

PROKURATURA I PRAWO

3
2016



Prokuratura i Prawo

NR 3/MARZEC 2016



ISSN 1233-2577


PROKURATURA
GENERALNA

RADA PROGRAMOWA

Przewodniczący – **Andrzej SEREMET**
Członkowie: Jerzy BRALCZYK, Władysław CZAPLIŃSKI, Tadeusz ERECIŃSKI, Lech K. PAPRZYCKI,
Zygfryd SIWIK, Bogusław SYGIT, Zbigniew SZCZAŚKA, Andrzej WAŻNY, Piotr
WIŚNIEWSKI, Andrzej WRÓBEL, Włodzimierz WRÓBEL

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczący – **Bogusław MICHALSKI**
Członkowie: Aleksander HERZOG, Krzysztof KARSZNICKI, Beata MIK, Andrzej NIEWIELSKI

REDAKCJA

Redaktor Naczelny – **Bogusław MICHALSKI**
Z-ca Redaktora Naczelnego – Krzysztof KARSZNICKI
Sekretarz Redakcji – Wojciech KOTOWSKI

Współpraca: Kinga MAJKOWSKA

WYDAJE PROKURATURA GENERALNA

Adres Redakcji:
02–528 Warszawa, ul. Rakowiecka 26/30,
Tel. 22 125 1833
e-mail: redakcja@pg.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

Ewa Bieńkowska, prof. Europejskiej Wyższej Szkoły Prawa i Administracji w Warszawie	
Pokrzywdzony w kontradiktoryjnym procesie karnym	5
<i>Victim in adversarial criminal procedure</i>	25
Katarzyna Prelińska, doktorantka Uniwersytetu Gdańskiego	
Wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania	26
<i>Prosecutor's request for provisional arrest</i>	40
dr Krzysztof Wróblewski, adwokat we Wrocławiu, dr Anna Marta Tęcza-Paciorek, sędzia Sądu Rejonowego w Wałbrzychu	
Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania po nowelizacji kodeksu postępowania karnego	41
<i>Access by accused persons to files of proceedings for provisional arrest, in the light of recent amendments to the Code of Criminal Procedure</i>	57
dr Jerzy Duży, prokurator Prokuratury Okręgowej w Bydgoszczy, delegowany do Prokuratury Generalnej, adiunkt Collegium Medicum UMK	
Teza dowodowa – narzędzie usprawniające i porządkujące proces karny czy hamulec jego efektywności	58
<i>Statement of facts to be ascertained – tool to streamline and organize or to hamper effectiveness of the criminal procedure</i>	67
dr Elżbieta Hryniewicz-Lach, adiunkt UAM w Poznaniu	
Kompensacja szkód i krzywd w prawie karnym	68
<i>Compensation for damage and injury in criminal law</i>	83
Anna Jaskuła, prokurator Prokuratury Okręgowej w Krakowie, delegowany do Prokuratury Generalnej	
Prawnokarna ocena przyjęcia i udzielenia korzyści majątkowej po zaprzestaniu pełnienia funkcji publicznej	84
<i>Criminal law-oriented assessment of obtaining and giving financial advantage after abandonment of public office</i>	100
dr hab. Antoni Bojańczyk, prof. UW, dr Tomasz Razowski, adwokat we Wrocławiu	
Kształt odpowiedzialności posiłkowej po nowelizacjach kodeksu karnego skarbowego	101
<i>Auxiliary liability upon amendments of 27 September 2013 and 20 February 2015 to the Criminal Code for Tax Offences</i>	117

Arkadiusz Krzysztof Cieśniewski, doktorant UMK w Toruniu	
Kodeks karny Singapuru	118
Penal Code of Singapore	141
Materiały szkoleniowe/Training materials	
Mikołaj Grzesik, aplikant prokuratorski Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury	
Funkcjonowanie art. 17 § 1-4 oraz art. 322 k.p.k. w praktyce prokuratorskiej	142
Practical application of Article 17, §§ 1 to 4 and Article 322 of the Code of Criminal Procedure by prosecutors	167
Recenzje/Reviews	
książki W. Kotowskiego, Problematyka wypadków drogowych, Biblioteka Palestry, Warszawa 2016 – oprac. prof. zw. dr hab. Bogusław Sygit, dr Damian Wąsik	168
of book by W. Kotowski, Traffic accident problem, Biblioteka Palestry, Warsaw 2016 – by prof. Bogusław Sygit, Damian Wąsik Ph.D.	168
Glosy/Commentaries	
do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 maja 2015 r., sygn. SK 1/14 (dot. art. 55 § 1 w zw. z art. 330 § 2 k.p.k.) – oprac. dr Marta Kolendowska-Matejczuk	173
to the Constitutional Tribunal judgment of 19 May 2015, ref. no. SK 1/14 (concerns the Code of Criminal Procedure, Article 55, § 1 in conjunction with Article 330, § 2) – by Marta Kolendowska-Matejczuk, Ph.D.	182
do wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 11 września 2014 r., sygn. VIII Ka 291/14 (dot. prowokacji) – oprac. dr Jan Kulesza	183
to the judgment issued by the District Court in Białystok on 11 September 2014, ref. no. VIII Ka 291/14 (concerns provocation) – by Jan Kulesza, Ph.D.	193
Sprawozdania i informacje/Reports and information	
Konferencja naukowa nt. „Intertemporalne zagadnienia nowelizacji kodeksu postępowania karnego” (Kraków, 19 czerwca 2015 r.) – oprac. Michał Toruński	194
Scientific conference: Intertemporal issues around the revision of the Code of Criminal Procedure (Cracow, 19 June 2015) – by Michał Toruński	194

ARTYKUŁY

Ewa Bienkowska

Pokrzywdzony w kontradiktoryjnym procesie karnym

Streszczenie

W artykule omówiono problematykę dotyczącą ukształtowania pozycji pokrzywdzonego w nowym modelu postępowania karnego, który funkcjonuje od 1 lipca 2015 r. Analizie poddano jego niektóre uprawnienia procesowe, a w szczególności te, które są ważne, ale zostały uregulowane w sposób wywołujący kontrowersje. W konkluzji stwierdzono, że sytuacja pokrzywdzonego w kontradiktoryjnym procesie karnym jest znacznie trudniejsza niż w poprzednio obowiązującym jego modelu, a niektóre unormowania z tego zakresu wymagają możliwie szybkiej zmiany.

Uwagi wprowadzające

Rewolucja w procesie karnym, pojedynek między prokuratorem i oskarżonym w postępowaniu sądowym, sąd wyłącznie arbitrem – tak w mediach bywa określane sedno nowelizacji wprowadzonej na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw¹, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

Istotę reformy odzwierciedla przede wszystkim zmiana dokonana w art. 167 k.p.k. Przed wejściem w życie powołanej ustawy przepis ten stanowił, że „Dowody przeprowadza się na wniosek stron (...) albo z urzędu”, a obecnie brzmi następująco: „§ 1. W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po

¹ Dz. U. poz. 1247 z późn. zm.

ich dopuszczeniu przez przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu. § 2. W innym postępowaniu przed sądem niż wymienione w § 1 oraz w postępowaniu przygotowawczym dowody przeprowadzane są przez organ procesowy prowadzący postępowanie. Nie wyłącza to prawa do zgłoszenia wniosku dowodowego przez stronę”.

Z kolei, w myśl zmodyfikowanego art. 297 § 1 pkt 3 k.p.k., celem postępowania przygotowawczego jest zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w niezbędnym zakresie do stwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem. Poprzednio przepis ten stanowił zaś, że chodzi tu o zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie w niezbędnym zakresie dowodów dla sądu. Z nowym ujęciem tego przepisu koresponduje treść zmienionego art. 334 § 1 k.p.k., stosownie do którego „Z aktem oskarżenia przekazuje się sądowi jedynie materiały postępowania przygotowawczego związane z kwestią odpowiedzialności osób wskazanych w tym akcie za czyny w nim zarzucone”. Przed reformą przepis ten przewidywał natomiast, że sądowi przesyła się akta postępowania przygotowawczego, a więc komplet zgromadzonych materiałów.

Przyjęcie opisanych rozwiązań jest bez wątplenia równoznaczne z przyznaniem priorytetu ustaleniom wynikającym z dowodów przedstawionych sądowi przez strony, a nie wykryciu prawdy obiektywnej. Zaskakuje w tej sytuacji utrzymanie w niezmiennym brzmieniu art. 4 k.p.k. statuującego zasadę obiektywizmu, której muszą przestrzegać wszystkie organy procesowe prowadzące postępowanie karne. Zupełnie nie przystaje to bowiem do przekształconego jego modelu.

Jak przedstawia się zatem obecnie sytuacja procesowa pokrzywdzonych? Jest to ważny problem także z tego powodu, że na mocy dwóch ustaw nowelizujących ustawę z dnia 27 września 2013 r. dokonano transpozycji dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW². Należy więc ocenić również efekt prac przeprowadzonych w tym zakresie.

² Dz. Urz. UE L 315 z dnia 14 listopada 2012 r., s. 57; szerzej zwłaszcza E. Bieñkowska, K. Dudka, C. Kulesza, L. Mazowiecka, P. Starzyński, W. Zalewski, E. Zielińska, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE, ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony. Komentarz, E. Bieñkowska, L. Mazowiecka (red.), Warszawa 2014, s. 13 i n. (dalej jako Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz).

Pytaniem zasadniczym jest w tej sytuacji pytanie o to, czy w nowym modelu procesu karnego zapewniono pokrzywdzonym właściwe, a w tym wymagane dyrektywą 2012/29/UE, uprawnienia, które umożliwią im skuteczną ochronę interesów. Choć nie wszyscy – mimo upływu lat – w pełni sobie to uświadamiają, pamiętać trzeba, że od chwili przyjęcia w dniu 29 listopada 1985 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych Deklaracji o podstawowych zasadach sprawiedliwości dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy³ na całym świecie zaczęła być wdrażana polityka karna zorientowana na ofiarę, a nie – jak wcześniej – wyłącznie na sprawcę przestępstwa⁴. Tym samym zainicjowany został ogólnosiwiatowy, bardzo dynamicznie rozwijający się proces przyznawania ofiarom praw podmiotowych, co dotyczy także, jeśli nie przede wszystkim, postępowania karnego.

Ze względu na dość ograniczone ramy tego opracowania nie omawiam wszystkich kwestii mających znaczenie z punktu widzenia ukształtowania sytuacji pokrzywdzonych w postępowaniu karnym. Skupiam się głównie na tych rozwiązaniach z tego zakresu, które są szczególnie istotne, ale zostały unormowane w sposób wywołujący niekiedy nawet bardzo poważne zastrzeżenia.

Uzyskiwanie informacji

W pierwszej kolejności odnieść się należy, i to szeroko, do zapewnienia pokrzywdzonym prawa do uzyskiwania informacji. O ich aktywności w postępowaniu karnym przesądza bowiem przede wszystkim wiedza o przysługujących uprawnieniach procesowych. Znaczenie ma również to, jaki status przysługuje im w postępowaniu karnym.

Kluczowym uprawnieniem ofiary w ujęciu dyrektywy 2012/29/UE jest prawo do uzyskiwania informacji, zwłaszcza od momentu pierwszego kontaktu z właściwym organem (art. 4). Informacje takie, zarówno ustne, jak i pisemne, muszą zostać przekazane w prostym i przystępnym języku (art. 4 ust. 1), co wynika z innego uprawnienia ofiar, a mianowicie z prawa do rozumienia wszystkiego, co się dzieje w postępowaniu, a w tym również istoty otrzymanywanych informacji (art. 3 ust. 2).

³ GA Resolution 34/40, Annex, UN Declaration on Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, (w:) United Nations General Assembly Resolutions, cz. III. Crime prevention and victims issues, United Nations, New York 1992, s. 303 i n.; tekst polski m.in. w: E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych, Warszawa 2009, s. 71–77; szerzej zob. E. Bieńkowska, Deklaracja ONZ o podstawowych zasadach sprawiedliwości dla ofiar przestępstw i nadużyć władzy, Państwo i Prawo 1987, nr 6, s. 88 i n.

⁴ Zob. zwłaszcza E. Bieńkowska, Ochrona interesów pokrzywdzonego – podstawy wiktymologiczne, (w:) A. Marek (red.), System prawa karnego, t. I: Zagadnienia ogólne, Warszawa 2010, s. 325 i n.

Przypomnę, że w myśl art. 4 ust. 1 dyrektywy informacje uzyskiwane przez ofiarę mają dwojaki charakter. Z jednej strony obejmują kwestie dotyczące rodzaju dostępnego wsparcia, podmiotów udzielających takiego wsparcia, a „w odpowiednich przypadkach” także informacje o dostępie do pomocy medycznej oraz wsparcia specjalistycznego z uwzględnieniem wsparcia psychologa i informacji o zakwaterowaniu zastępczym (lit. a). Z drugiej natomiast strony są to informacje o uprawnieniach przysługujących w postępowaniu karnym, jak m.in. o uzyskaniu ochrony (środków ochrony), porady i pomocy prawnej oraz porad innego rodzaju, odszkodowania, tłumaczenia ustnego i pisemnego, czy też zwrotu kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu (lit. b–k). Ofiary mają także prawo do – przekazywanych już nie z urzędu, lecz na wniosek – informacji o sprawie (art. 6 dyrektywy). W szczególności dotyczy to informacji o zaniechaniu ścigania, dacie i miejscu rozprawy oraz zarzutach postawionych sprawcy (ust. 1), jak też o ucieczce lub zbiegnięciu osoby tymczasowo aresztowanej, oskarżonej lub skazanej oraz zastosowanych w związku z tym środkach ochrony (ust. 5 i 6). Ofiary będące stronami postępowania mają również prawo do uzyskania informacji o prawomocnym orzeczeniu i możliwościach zapoznania się ze stanem postępowania (ust. 2)⁵.

Na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. dokonano istotnej zmiany w odniesieniu do informowania ofiary przed jej pierwszym przesłuchaniem. Kwestii tej dotyczą dodane do art. 300 k.p.k. § 2 oraz § 4 (początkowo § 3). Ten ostatni przepis przewiduje określenie przez Ministra Sprawiedliwości m.in. wzoru pisemnego pouczenia pokrzywdzonego, „mając na względzie takie poinformowanie o treści obowiązujących przepisów, które umożliwi ich zrozumienie także osobie niekorzystającej z pomocy (...) pełnomocnika”.

Trzeba zwrócić uwagę, że pierwotna regulacja art. 300 § 2 k.p.k. do chwili wejścia w życie ustawy z dnia 27 września 2013 r. była aż dwukrotnie nowelizowana. Pierwsze zmiany w tym zakresie, z dniem 8 kwietnia 2015 r., wprowadziła ustawa z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁶, co nie pociągnęło jednak za sobą dostosowania do nich wzoru pouczenia⁷. Dziwi to, ponieważ w ustawie tej przewidziano możliwość utrzymania w mocy dotychczasowych przepisów wykonawczych jedynie przez okres sześciu miesięcy (art. 26). Kolejnych zmian dokonano na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁸ i w tym kształcie obowiązują one od dnia 1 lipca

⁵ Szerzej por. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, (w:) Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz, s. 111 i n.

⁶ Dz. U z 2015 r., poz. 21.

⁷ Nadal obowiązywało rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 27 maja 2014 r. (Dz. U. poz. 739).

⁸ Dz. U. poz. 396.

2015 r. Istota modyfikacji w każdym z tych przypadków polegała na poszerzeniu – w stosunku do poprzedniego – katalogu uprawnień, o których pokrzywdzony powinien zostać pouczone. Podkreślić zarazem należy, że o ile ustawa z dnia 27 września 2013 r. w jej pierwotnym ujęciu nie wdrażała dyrektywy 2012/29/UE, o tyle dwie wymienione ustawy nowelizacyjne już to czyniły. Dokonywały one zatem m.in. dostosowania treści art. 300 § 2 k.p.k. do jej wymogów.

W myśl art. 300 § 2 k.p.k. – w aktualnym brzmieniu – pokrzywdzonemu należy wręczyć przed pierwszym przesłuchaniem pouczenie „o posiadaniu statusu strony procesowej w postępowaniu przygotowawczym oraz o wynikających z tego uprawnieniach, w szczególności: do składania wniosków o dokonanie czynności śledztwa lub dochodzenia i warunkach uczestniczenia w tych czynnościach określonych w art. 51, art. 52 i art. 315–318, do korzystania z pomocy pełnomocnika, w tym do złożenia wniosku o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu w okolicznościach wskazanych w art. 78, do końcowego zapoznania się z materiałami postępowania przygotowawczego, jak również o uprawnieniach określonych w art. 23a § 1, art. 87a, art. 204 i art. 306 (...), a także o treści art. 59a Kodeksu karnego. Pouczenie obejmuje również informacje o możliwościach naprawienia szkody przez oskarżonego lub uzyskania kompensaty państwowej, dostępie do pomocy prawnej, dostępnych środkach ochrony i pomocy, o których mowa w ustawie z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka (...), możliwości wydania europejskiego nakazu ochrony, organizacjach wsparcia pokrzywdzonych oraz możliwości zwrotu kosztów poniesionych w związku z udziałem w postępowaniu”.

Obowiązujące, wydane na podstawie art. 300 § 4 k.p.k., rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 3 czerwca 2015 r. w sprawie określenia wzoru pouczenia o uprawnieniach i obowiązkach pokrzywdzonego w postępowaniu karnym⁹ jest bardziej kompleksowe niż poprzednie przede wszystkim dlatego, że obejmuje również pouczenia dotyczące niektórych uprawnień przysługujących w postępowaniu sądowym, jak w szczególności informację o możliwości uzyskania statusu strony tego postępowania w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Z tego jednak względu wykracza ono poza zakres delegacji ustawowej. Nie wiadomo zarazem, po co we wzorze pouczenia zamieszczono definicję pokrzywdzonego. Daną osobę poucza się bowiem jako pokrzywdzonego tylko wtedy, gdy za takiego już została uznana przez organ procesowy.

Wzór pouczenia wywołuje też inne zastrzeżenia. W pierwszej kolejności należy odnotować, że wykaz informacji o poszczególnych uprawnieniach nie został dostatecznie uporządkowany i dlatego może wywoływać nieporozumienia. Przede wszystkim należałoby wyraźnie oddzielić uprawnienia przy-

⁹ Dz. U. poz. 848.

sługujące w postępowaniu karnym od pozostałych. Nie zawsze poszczególne informacje są również w pełni czytelne.

We wzorze pouczenia wskazano, że przedstawia on uprawnienia przysługujące pokrzywdzonemu w postępowaniu przygotowawczym jako stronie tego postępowania. Tymczasem, już w jego punkcie 1 jest mowa o prawie do ubiegania się o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu nie tylko na tym etapie postępowania, ale również w postępowaniu sądowym. Z drugiej strony niektóre uprawnienia zostały przypisane wyłącznie do postępowania przygotowawczego, jak prawo dostępu do akt sprawy (pkt 7 wzoru pouczenia), mimo że przysługują także w postępowaniu sądowym. Niekiedy informacja uwzględniona w pouczeniu nie ma dla pokrzywdzonego żadnego znaczenia, jak to, że pozytywne wyniki mediacji są przez sąd brane pod uwagę przy wymiarze kary (pkt 9 zdanie drugie). Oczekiwałby zaś z pewnością informacji o tym, co mediacja może dać jemu, a nie sprawcy przestępstwa.

Pokrzywdzony najczęściej nie rozumie terminu „kompensata”, w związku z czym samo powołanie ustawy, która upoważnia do ubiegania się o nią (pkt 14 wzoru pouczenia), to zdecydowanie za mało, aby mógł zorientować się, o co w tym przypadku chodzi. Pamiętać przy tym należy, że z kompensaty nie mogą korzystać wszyscy pokrzywdzeni, lecz jedynie ci, którzy spełniają warunki przewidziane w ustawie.

Niektóre informacje zamieszczone we wzorze pouczenia wydają się przedwczesne, co dotyczy zwłaszcza informacji o możliwości wydania europejskiego nakazu ochrony (pkt 18). Europejski nakaz ochrony, będący instrumentem wzajemnego uznawania środków ochrony w sprawach karnych, został wprowadzony dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/99/UE z dnia 13 grudnia 2011 r.¹⁰. Przewiduje ona możliwość ubiegania się przez ofiarę o taki nakaz wówczas, gdy w postępowaniu prowadzonym w kraju miejsca jej zamieszkania zostaje wydany jeden z konkretnych środków ochrony wymienionych w art. 5 dyrektywy. O uprawnieniu do ubiegania się o wydanie takiego nakazu powinna ona zaś zostać poinformowana przez organ orzekający odpowiedni środek ochrony wówczas, gdy zamierza się udać lub już przebywa w innym państwie członkowskim Unii Europejskiej (art. 6 ust. 5)¹¹. Przepis regulujący tę materię powinien zatem znaleźć się w przepisach dodanego na mocy ustawy z dnia 28 listopada 2014 r. do k.p.k. rozdziału 66j „Wystąpienie do państwa członkowskiego Unii Europejskiej o wykonanie europejskiego nakazu ochrony”¹².

¹⁰ Dz. Urz. UE L 338 z dnia 21 grudnia 2011 r., s. 2.

¹¹ Szerzej por. E. Bieñkowska, Europejski nakaz ochrony – istota i znaczenie, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2012, nr 12.4, s. 151 i n.

¹² Zob. też E. Bieñkowska, Uprawnienia pokrzywdzonego w ujęciu nowych projektów nowelizacji prawa karnego, *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 11–12, s. 83 i n.

I w końcu, poinformowanie o możliwości uzyskania określonych rodzajów wsparcia z Sieci Pomocy dla Osób Pokrzywdzonych Prześstępstwem (pkt 17 wzoru pouczenia) nie mówi pokrzywdzonemu nic. Nie wie on bowiem, czym owa Sieć jest. Pouczenie nie jest więc w niczym pomocne, a – przeciwnie – należy do kategorii tych, które są mylące. Jako taka, czyli w sensie fizycznym, Sieć bowiem nie istnieje. Tworzy ją kilkanaście pozarządowych organizacji wspierania ofiar usytuowanych w różnych częściach Polski. Pouczenie nie jest w tym zakresie zgodne z wymogami art. 4 ust. 1 lit. a dyrektywy 2012/29/UE. Brak jest w nim bowiem informacji o konkretnych podmiotach udzielających wsparcia i jego rodzaju, jak też o sposobie skontaktowania się z nimi.

Dodać poza tym należy, że pewne informacje zamieszczone we wzorze pouczenia nie opisują uprawnień pokrzywdzonego, lecz istniejący stan rzeczy, na który nie ma on żadnego wpływu, jak w szczególności informacja o utajnieniu danych o jego miejscu zamieszkania i miejscu pracy (pkt 15). Ważne jest również, że we wzorze pouczenia pokrzywdzonego nie uwzględniono jego uprawnień jako świadka. Powinien on zatem otrzymać jeszcze jedno pouczenie, a mianowicie to, które jest wręczane świadkowi. Jego wzór stanowi załącznik do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 czerwca 2015 r.¹³. Stosownie do art. 300 § 3 k.p.k. zawiera ono informacje o uprawnieniach wynikających z art. 177–192a k.p.k. oraz o środkach przewidzianych w ustawie o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka. O niektórych uprawnieniach przysługujących w postępowaniu sądowym pokrzywdzony dowiaduje się na późniejszym etapie postępowania z pisma informującego o przesłaniu aktu oskarżenia do sądu. Regulacja ta uległa z mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. zmianie. W obecnym brzmieniu przepis art. 334 § 5 k.p.k. stanowi, iż informacja ta dotyczy treści przepisów art. 343 i art. 343a k.p.k., a także art. 49a k.p.k. oraz prawa do złożenia oświadczenia o działaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego. W poprzednim stanie prawnym (art. 334 § 2 k.p.k.) obejmowała natomiast informację o treści art. 335 i 387 k.p.k., o uprawnieniach związanych z dochodzeniem roszczeń majątkowych, treści art. 49a k.p.k. oraz – w razie potrzeby – o prawie do złożenia oświadczenia o działaniu w charakterze oskarżyciela posiłkowego.

Aktualnie pokrzywdzony powinien zostać pouczone o prawie do wniesienia sprzeciwu, które wcześniej mu nie przysługiwało, wobec wniosków prokuratora o wydanie na posiedzeniu wyroku skazującego złożonych w trybie art. 335 § 1 lub 2 k.p.k., jak też wobec wniosku oskarżonego o skazanie bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, o którym jest mowa w art. 338a k.p.k. Sposób sformułowania treści art. 334 § 5 k.p.k. nie odzwierciedla jednak

¹³ Dz. U. poz. 873.

tego faktu. Dziwi przy tym pominięcie informacji o prawie do sprzeciwu wobec wniosku oskarżonego z art. 387 k.p.k.

O pewnych uprawnieniach w postępowaniu przed sądem pokrzywdzony dowiaduje się zatem zarówno z pouczenia wręczanego mu przed pierwszym przesłuchaniem, jak i z pisma powiadamiającego o przesłaniu aktu oskarżenia do sądu. Dotyczy to w szczególności uprawnienia do działania w charakterze oskarżyciela posiłkowego. W żadnym z nich nie wyjaśniono jednak, na czym uprawnienie to polega.

Dodać trzeba, że na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r. bądź ustaw ją nowelizujących wprowadzono także dość liczne nowe regulacje typu *lex specialis* zobowiązujące organy procesowe do poinformowania pokrzywdzonego o określonych uprawnieniach. W zdecydowanej większości rozwiązania te znajdują uzasadnienie w zmianach dokonanych w modelu postępowania karnego. W pewnym natomiast zakresie wynikają również z transpozycji dyrektywy 2012/29/UE. Pouczenia takie dotyczą m.in. takich kwestii, jak wycofanie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego (art. 14 § 2 k.p.k.), cele i zasady postępowania mediacyjnego (art. 23a § 1 i 4 k.p.k.), wniosek o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu w postępowaniu sądowym oraz możliwość obciążenia poniesionymi z tego tytułu kosztami w zależności od wyniku procesu (art. 87a § 2 k.p.k.), czy też składanie – po zapoznaniu się z materiałami postępowania przygotowawczego – wniosków dowodowych i wniosku o uzupełnienie materiału dowodowego (art. 321§ 1 w zw. z § 5 k.p.k.)¹⁴.

Nie można też pominąć innej, pozakodeksowej regulacji *lex specialis*, jaką stanowi art. 10 § 1 ustawy o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka. Na jego mocy organy dokonujące czynności sprawdzających, prowadzące postępowanie sprawdzające lub postępowanie przygotowawcze, albo sąd – w razie zagrożenia zdrowia psychicznego pokrzywdzonego – są zobowiązane do poinformowania go o możliwości uzyskania pomocy psychologicznej od pomiotów dotowanych na ten cel z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej bądź od innych podmiotów świadczących tego rodzaju usługi, jak również do przekazania mu listy takich podmiotów wraz z ich danymi kontaktowymi¹⁵.

Przypomnieć przy tym trzeba, że informowanie ofiar o możliwościach uzyskania różnego rodzaju wsparcia i podmiotach go udzielających wraz z ich danymi adresowymi nie jest w polskim prawie karnym niczym nowym. Pełne informacje na ten temat uzyskują bowiem ofiary przemocy w rodzinie,

¹⁴ Zob. też: J. Żylińska, Prawo pokrzywdzonego do informacji procesowej, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 6, s. 38 i n.; L. Mazowiecka, Prawo do informacji podstawowym prawem ofiary przestępstwa, *Zeszyty Prawnicze UKSW* 2015, nr 16.1 (w druku).

¹⁵ Szerzej zob. E. Bieńkowska, Nowe środki ochrony i pomocy dla pokrzywdzonych i świadków, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 10, s. 17 i n.

a zawarte są one we wręczanej im w trakcie interwencji środowiskowej „Niebieskiej Karcie – B. Pouczenie dla osób dotkniętych przemocą w rodzinie”¹⁶.

Dodać warto, że stosunkowo niedawno Komendant Główny Policji zobowiązał funkcjonariuszy przyjmujących zawiadomienie o popełnieniu przestępstw z art. 197–200 k.k. od osób pokrzywdzonych do informowania ich w prostym i przystępnym języku o przysługujących im prawach (ustnie i pisemnie), kolejnych podejmowanych krokach, w tym o konieczności zabrania i zabezpieczenia materiału dowodowego, przeprowadzenia badania lekarskiego oraz możliwości podjęcia działań profilaktycznych i leczniczych, a także o możliwości kontaktu ze wskazaną osobą, a w tym o możliwości jej obecności przy wykonywaniu czynności z udziałem osoby pokrzywdzonej. Policja powinna ponadto umożliwić kontakt z najbliższą jednostką dotowaną na cel udzielania pomocy prawnej i psychologicznej z Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej lub inną jednostką świadczącą takie usługi¹⁷.

Tłumaczenie ustne i pisemne

Na mocy nowelizacji z dnia 28 listopada 2014 r. wprowadzono rozwiązania, w myśl których oskarżycielowi posiłkowemu (art. 56a k.p.k.) oraz oskarżycielowi prywatnemu (art. 60a k.p.k.), jeżeli nie władają w dostatecznym stopniu językiem polskim, „orzeczenie podlegające zaskarżeniu kończące postępowanie doręcza się wraz z tłumaczeniem”, a za ich zgodą „można poprzestać na ogłoszeniu przetłumaczonego orzeczenia kończącego postępowanie, jeżeli nie podlega ono zaskarżeniu”.

Przewidziano zatem dostarczanie tłumaczenia wymienionych orzeczeń co prawda z urzędu, a nie na wniosek, jak wskazuje dyrektywa, ale wyłącznie pokrzywdzonym będącym stronami postępowania sądowego. Całkowicie pominięto natomiast fakt, że są oni także stronami postępowania przygotowawczego. Nie wyposażono też w prawo do tłumaczenia tak ustnego, jak i pisemnego pokrzywdzonych będących świadkami. W tych przypadkach obowiązuje unormowanie sprzed reformy stanowiące, że tłumacza wzywa się w razie konieczności przesłuchania osoby niewładającej językiem polskim (art. 204 § 1 pkt 2 k.p.k.).

¹⁶ Wzór „Niebieskiej Karty – B” zamieszczony jest w załączniku nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 13 września 2011 r. w sprawie procedury „Niebieskie Karty” oraz wzorów formularzy „Niebieska Karta”, Dz. U. Nr 209, poz. 1245.

¹⁷ Zob. Procedurę postępowania Policji z osobą, która doświadczyła przemocy seksualnej, którą to procedurę Policja ma obowiązek stosować na mocy § 58 ust. 12 Wytucznych nr 1 Komendanta Głównego Policji z dnia 23 lipca 2015 r. w sprawie wykonywania niektórych czynności dochodzeniowo-śledczych przez policjantów, Dz. Urz. KGP poz. 59.

Z całą pewnością obowiązujące rozwiązania nie czynią zadość wymogom art. 7 „Prawo do tłumaczenia ustnego i pisemnego” dyrektywy 2012/29/UE¹⁸. W szczególności nie przewidują one, jak powinny to czynić, prawa do tłumaczenia choćby na wzór tego, które przysługuje oskarżonemu (art. 72 k.p.k.).

Postępowanie mediacyjne

Regulacja dotycząca postępowania mediacyjnego w sprawach karnych po jego nowelizacji – dokonanej ustawą z dnia 27 września 2013 r. – nie spełnia standardów dotyczących tej instytucji określonych w art. 12 dyrektywy 2012/29/UE¹⁹. Nie jest bowiem instytucją nastawioną na pokrzywdzonego i ochronę jego interesów, ani też bezpieczną dla niego, o czym niejednokrotnie już pisałam²⁰. W tym miejscu chcę się odnieść do innej kwestii.

Jak stanowi § 9 ust. 1 pkt 2 obowiązującego od dnia 1 lipca 2015 r. rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 maja 2015 r. w sprawie postępowania mediacyjnego w sprawach karnych²¹, w postanowieniu o skierowaniu sprawy do instytucji lub osoby do tego uprawnionej w celu przeprowadzenia postępowania mediacyjnego należy wskazać m.in. imię i nazwisko albo nazwę pokrzywdzonego. Stosownie zaś do ust. 3 pkt 2 tego przepisu sąd, referendarz sądowy, prokurator lub inny organ przekazuje instytucji lub osobie powołanej do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego „posiadane dane (...) pokrzywdzonego, jak: adres zamieszkania lub pobytu, adres do doręczeń, numer telefonu lub adres poczty elektronicznej umożliwiające szybkie komunikowanie się z nimi”.

Jest oczywiste, że mediator powołany przez organ procesowy do przeprowadzenia postępowania mediacyjnego musi mieć możliwość nawiązania kontaktu z osobami, których konflikt ma być przedmiotem tego postępowania. W myśl § 14 pkt 1 rozporządzenia pierwszą jego czynnością po doręczeniu mu postanowienia o skierowaniu sprawy do mediacji jest właśnie niezwłoczne nawiązanie kontaktu z oskarżonym i pokrzywdzonym w celu ustalenia terminu i miejsca spotkania z każdym z nich.

W aktualnym stanie prawnym organ procesowy nie może przekazać mediatorowi danych o miejscu zamieszkania i miejscu pracy pokrzywdzonego

¹⁸ Szerzej E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz, s. 125 i n.

¹⁹ Zob. uwagi W. Zalewskiego, (w:) Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz, s. 154 i n.

²⁰ Zob. zwłaszcza: E. Bieńkowska, Pokrzywdzony w świetle..., s. 20 i n.; teź e, Mediacja w polskim systemie prawa karnego – czy rzeczywiście jest instytucją dla ofiary przestępstwa, (w:) L. Mazowiecka (red.), Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego, Warszawa 2013, s. 35 i n.; teź e, Mediacja w polskim systemie wymiaru sprawiedliwości *de lege lata* i *de lege ferenda*, (w:) L. Mazowiecka (red.), Unijne standardy programów sprawiedliwości naprawczej, Warszawa 2015, s. 109 i n.

²¹ Dz. U. poz. 716.

będącego osobą fizyczną, ponieważ dane te każdorazowo są utajniane i zamieszczane w załączniku adresowym (art. 148 § 2a i 2b k.p.k.). Sąd lub prokurator mogą ujawnić te dane w niezbędnym zakresie tylko wówczas, gdy „mają one znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy” (art. 148 § 2c k.p.k.). Mediacja nie ma w zasadzie istotnego znaczenia w tym zakresie, choć jej pozytywny wynik sąd bierze pod uwagę przy wymiarze kary (art. 53 § 3 k.k.), jak też może ona doprowadzić do spełnienia przez sprawcę wymogów z art. 59a k.k. Przepis art. 148 § 2c k.p.k. jest jednak jedyną regulacją pozwalającą na przekazanie mediatorowi danych adresowych pokrzywdzonego. Sądzę natomiast, że ustawodawca powinien przewidzieć odrębną podstawę prawną w tym zakresie, a więc odnoszącą się wprost do przypadków kierowania spraw do mediacji.

W myśl art. 23a § 2 k.p.k. okres postępowania mediacyjnego nie wlicza się do czasu trwania postępowania przygotowawczego. Ważne jest więc, co oznacza określenie „okres postępowania mediacyjnego”. W § 9 ust. 2 rozporządzenia wskazano, że termin zakończenia postępowania mediacyjnego biegnie od daty jego doręczenia instytucji lub osobie powołanej do jego przeprowadzenia. Oznacza to, że okres od daty wydania do daty doręczenia mediatorowi postanowienia nie jest takim okresem, a więc jest to okres wliczany do czasu trwania postępowania przygotowawczego. Nie określono natomiast, kiedy postępowanie mediacyjne się kończy: czy w dniu sporządzenia przez mediatora sprawozdania z wyników mediacji, czy też doręczenia go organowi procesowemu. Jeśli w tym pierwszym terminie, to do czasu trwania postępowania przygotowawczego wlicza się okres od sporządzenia do doręczenia sprawozdania, jeśli zaś od daty otrzymania sprawozdania przez organ procesowy – okres od sporządzenia do otrzymania sprawozdania jest okresem postępowania mediacyjnego.

Mimo więc, że regulacja § 9 ust. 2 rozporządzenia nieco przybliży znaczenie terminu „okres postępowania mediacyjnego”, nie precyzuje go w wystarczający sposób. O wiele poprawniej byłoby, gdyby po prostu powiedziano, że nie wlicza się do czasu trwania postępowania przygotowawczego okresu od daty wydania postanowienia o skierowaniu sprawy do mediacji do daty otrzymania sprawozdania z jej wyników, a okresem postępowania mediacyjnego jest czas od chwili otrzymania przez mediatora postanowienia do chwili sporządzenia sprawozdania.

Postępowanie przygotowawcze

Bardzo istotne zmiany z punktu widzenia sytuacji procesowej pokrzywdzonego dotyczą sytuacji, w której istnieją podstawy do zamknięcia śledztwa. Regulujący tę materię art. 321 k.p.k. został praktycznie całkowicie zmieniony. W szczególności przyznano w tym zakresie określone uprawnie-

nia pokrzywdzonemu i jego pełnomocnikowi. Stosownie do § 1 tego przepisu mogą oni wnioskować o umożliwienie im końcowego zapoznania się z materiałami postępowania, a wówczas prowadzący postępowanie powiadamia ich o możliwości przejrzenia w wyznaczonym terminie akt sprawy, zapewnia udostępnienie tych akt wraz z informacją, jakie spośród nich mają zostać przekazane sądowi wraz z aktem oskarżenia. Jednocześnie poucza ich o uprawnieniu wskazanym w § 5 art. 321 k.p.k. w postaci możliwości składania, w terminie 3 dni od zapoznania się z materiałami postępowania, wniosków dowodowych oraz wniosków o uzupełnienie o określone dokumenty materiału dowodowego, jaki ma być przekazany sądowi.

Jak natomiast stanowi art. 321 k.p.k. w § 6, zgłoszone przez te osoby wnioski dowodowe mogą zostać przez prokuratora nieuwzględnione tylko wówczas, gdy zostały już osiągnięte cele postępowania karnego, a zarazem nie mają one wpływu na „zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do potwierdzenia zasadności wniesienia aktu oskarżenia albo innego zakończenia postępowania, jak również do przedstawienia wniosku o dopuszczenie tych dowodów i przeprowadzenie ich przed sądem”. Wskazano zarazem, iż wyjątkiem jest sytuacja, w której nieprzeprowadzenie dowodu grozi jego utratą lub zniekształceniem. W razie nieuwzględnienia przedmiotowego wniosku dowodowego prokurator przekazuje go sądowi wraz z aktem oskarżenia, a przewodniczący składu lub sąd rozstrzygają o nim przed rozprawą. Do aktu oskarżenia dołącza się ponadto – na żądanie strony – wskazane w tym żądaniu materiały postępowania przygotowawczego (art. 334 § 2 k.p.k.)²².

Należy ponadto podnieść, że za sprawą nowych regulacji dokonano implementacji niektórych przepisów dyrektywy 2012/29/UE. Dotyczy to jej art. 20 lit. c²³ oraz art. 6 ust. 2 lit. a²⁴. Kwestie te są przedmiotem dodanego do k.p.k. art. 299a. W myśl jego § 1 podczas czynności z udziałem pokrzywdzonego przeprowadzanych na tym etapie postępowania może być obecna wskazana przez niego osoba, „jeżeli nie uniemożliwia to przeprowadzenia czynności albo nie utrudnia jej w istotny sposób”. Z kolei, stosownie do § 2 tego przepisu, „na wniosek pokrzywdzonego zgłoszony w postępowaniu przygotowawczym sąd powiadamia go o sposobie zakończenia sprawy listem zwykłym, przesłanym na wskazany przez pokrzywdzonego adres, wraz z podpisem prawomocnego orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie lub jego wyciągiem”.

²² Szerzej zwłaszcza R. A. Stefański, Końcowe zapoznanie z materiałami postępowania przygotowawczego w świetle noweli z dnia 27 września 2013 r., *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 1–2, s. 92 i n.

²³ Bliżej K. Dudka, (w:) *Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz*, s. 235 i n.

²⁴ Zob. E. Bieñkowska, L. Mazowiecka, (w:) *Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz*, s. 122 i n.

Nie przewidziano jednak – jak dotąd – transpozycji art. 5 „Prawa ofiar w chwili składania zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa” dyrektywy 2012/29/UE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby ofiary otrzymywały pisemne potwierdzenie złożenia oficjalnego zawiadomienia o przestępstwie, te zaś, które nie rozumieją lub nie mówią językiem, jakim posługuje się organ przyjmujący zawiadomienie – bezpłatne tłumaczenie takiego potwierdzenia na zrozumiały dla nich język²⁵.

Wycofanie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego

Jedną z ważnych kwestii, do której należy się odnieść, jest zmiana dokonana w art. 14 § 2 k.p.k. W miejsce wcześniejszego odstąpienia przez prokuratora od aktu oskarżenia wprowadzona została instytucja wycofania aktu oskarżenia. Odpowiednio do tego zmieniony został art. 54 § 2 k.p.k., do którego dodano nowe rozwiązanie stanowiące, iż pokrzywdzony niebędący dotąd oskarżycielem posiłkowym ma prawo w ciągu 14 dni od powiadomienia go o wycofaniu aktu oskarżenia oświadczyć, iż przystępuje w takim charakterze do postępowania.

Jak podnieśli twórcy omawianej nowelizacji, wprowadzona zmiana jest konsekwencją przemodelowania procesu w bardziej kontradictoryjny i sprawia, że strony mają większą swobodę w zakresie podejmowania decyzji o uczestniczeniu w procesie. Oskarżony powinien mieć przy tym prawo do uniewinnienia, które jest dla niego korzystniejsze niż umorzenie postępowania z powodu cofnięcia skargi. Przyjęte rozwiązanie zabezpiecza również interesy pokrzywdzonego jako oskarżyciela posiłkowego, który z tego samego powodu nie powinien zostać pozbawiony swoich uprawnień²⁶.

Pisałam wcześniej, że za sprawą opisanych zmian poszerzono możliwość uzyskania przez pokrzywdzonego statusu strony postępowania sądowego²⁷. Czy jednak nowowprowadzone rozwiązania są rzeczywiście dla niego korzystne?

Z tego punktu widzenia szczególnie istotne jest, że co innego oznacza odstąpienie, a co innego – wycofanie aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego. W pierwszej sytuacji dokument w postaci aktu oskarżenia pozostaje w sądzie, tyle że nie popiera go już jego autor, może to zaś robić pokrzywdzony jako oskarżyciel posiłkowy. Natomiast w przypadku wycofania aktu oskarżenia dochodzi do sytuacji, w której fizycznie, przynajmniej formalnie, dokumentu tego w sądzie już nie ma. Wycofanie czegoś oznacza bowiem odebranie, wzięcie z powrotem. Powstaje zatem zasadnicze pyta-

²⁵ Zob. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, (w:) *ibidem*, s. 118 i n.

²⁶ Zob. druk sejmowy 870, Uzasadnienie, s. 13–14.

²⁷ Zob. E. Bieńkowska, *Pokrzywdzony w świetle...*, s. 26.

nie: co pokrzywdzony jako oskarżyciel posiłkowy ma w tej sytuacji popierać przed sądem? W przyjętym kształcie opisana regulacja jest więc dla pokrzywdzonego będącego oskarżycielem posiłkowym całkowicie bezużyteczna. Aby nadać jej sens, należałoby – w razie wycofania aktu oskarżenia przez oskarżyciela publicznego – wprowadzić możliwość wniesienia subsidiarynego aktu oskarżenia.

W odniesieniu do tej ostatniej instytucji dokonano wprawdzie także pewnych modyfikacji, ale nie zmieniają one istoty dotychczasowego unormowania, a w szczególności nie wprowadzają okoliczności w postaci wycofania aktu oskarżenia przez prokuratora jako przesłanki wniesienia skargi subsidiarynej. Jest przy tym oczywiście wielce prawdopodobne, że na etapie wstępnej kontroli oskarżenia przez sąd skieruje sprawę z takim aktem oskarżenia na posiedzenie w celu rozważenia „umorzenia postępowania z powodu oczywistego braku faktycznych podstaw oskarżenia” (art. 339 § 3 pkt 2 k.p.k.). Jeśli natomiast sprawa stanie się przedmiotem dalszego postępowania przed sądem, zadanie pokrzywdzonego będzie znacznie trudniejsze niż przed reformą. Wyłącznie na nim spoczywa bowiem w tym przypadku ciężar udowodnienia oskarżonemu winy.

Wniosek prokuratora o wydanie wyroku skazującego na posiedzeniu

W aktualnym stanie prawnym, a więc po nowelizacji art. 335 k.p.k., jaka została ostatecznie dokonana ustawą z dnia 20 lutego 2015 r., istnieją dwie sytuacje, w których prokurator może wystąpić z wnioskiem o skazanie na posiedzeniu.

Pierwszą z nich określa § 1 art. 335 k.p.k. W myśl tego przepisu prokurator może – zamiast aktu oskarżenia – złożyć w sądzie wniosek o wydanie na posiedzeniu wyroku skazującego i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kar lub innych środków przewidzianych w k.k. za zarzucany mu występki. Warunkiem jest, że oskarżony przyznaje się do winy, a w świetle złożonych przez niego wyjaśnień okoliczności popełnienia występków oraz jego wina nie budzą wątpliwości, zaś postawa wykazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte. Natomiast drugą sytuację precyzuje § 2 omawianego przepisu, stanowiący, iż prokurator może dołączyć do aktu oskarżenia taki wniosek, jeżeli okoliczności popełnienia przestępstwa i wina oskarżonego nie budzą wątpliwości, a jego oświadczenia dowodowe nie są sprzeczne z dokonanymi ustaleniami. Czynnikiem przesądzającym o możliwości skorzystania z jednej bądź drugiej z tych opcji jest zatem to, czy oskarżony przyznaje się do winy, czy też nie.

W obu przedstawionych przypadkach – co stanowi istotne *novum* – ustawodawca wprowadził dodatkową przesłankę odnoszącą się do podjęcia decyzji o wniosku o skazanie na posiedzeniu w postaci uwzględnienia „również” prawnie chronionych interesów pokrzywdzonego. Takie, powtarzające po części treść ogólnego wskazania z art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k., zastrzeżenie ustawodawcy należy rozumieć jako oznaczające, iż nie jest możliwe wystąpienie do sądu z przedmiotowym wnioskiem, jeżeli godziłoby to w interesy pokrzywdzonego. Zanim zatem prokurator przygotuje wniosek, powinien przede wszystkim rozważyć, czy nie należałoby zachęcić sprawcy przestępstwa do naprawienia szkody lub zadośćuczynienia ofierze. .

Przekazanie do sądu wniosku o skazanie na posiedzeniu lub aktu oskarżenia, do którego taki wniosek dołączono, skutkuje tym, że sprawa zostaje skierowana przez prezesa sądu na posiedzenie (art. 339 § 1 punkty 3 i 3a k.p.k.)²⁸. Sąd zaś – rozstrzygając w przedmiocie wniosku – może uzależnić jego uwzględnienie, o ile nie wchodzi w grę orzeczenie o wniosku złożonym na podstawie art. 46 k.k., od naprawienia przez sprawcę szkody w całości lub w części albo zadośćuczynienia za doznaną krzywdę (art. 343 § 1 k.p.k.). Jeżeli zaś uzna to „za celowe”, może odwołać się do porozumienia oskarżonego z pokrzywdzonym w kwestii naprawienia szkody lub zadośćuczynienia (art. 343 § 1 zdanie 2 w zw. z art. 341 § 3 k.p.k.).

Ustawodawca w tym przypadku przyznaje prymat instytucji porozumienia się, a nie mediacji. Tymczasem już dawno zwracałam uwagę²⁹, że porozumienie pozostaje poza jakąkolwiek kontrolą. Może więc okazać się niebezpieczne dla tej strony, a najczęściej pokrzywdzonego, która jest słabsza psychicznie, fizycznie, społecznie itp., i z tego powodu bardziej skłonna do poddania się woli silniejszego, nawet jeżeli nie leży to w jej interesie. O wiele bezpieczniejsze jest odwołanie się do mediacji, w trakcie której przebieg negocjacji na bieżąco monitoruje bezstronny mediator, nawet mimo to, że jej unormowanie w polskim prawie karnym nie jest dobre.

Przeszkodą wykluczającą możliwość uwzględnienia wniosku prokuratora z art. 335 § 1 lub § 2 k.p.k. jest wniesienie sprzeciwu przez pokrzywdzonego należycie powiadomionego o terminie posiedzenia (art. 343 § 2 k.p.k.). Aby zapobiec takiej sytuacji, warto więc już na samym początku pomyśleć o zaspokojeniu jego potrzeb. Organy procesowe – jak wiadomo – są bowiem zainteresowane przede wszystkim jak najszybszym zakończeniem postępowania. Było to zresztą również intencją ustawodawcy preferującego wykorzystywanie dla osiągnięcia tego celu instytucji o charakterze konsensualnym³⁰.

²⁸ Doszło tu zapewne do pomyłki, ponieważ w obu tych punktach jest mowa o sytuacji opisanej w § 1 art. 335 k.p.k., zabrakło natomiast rozwiązania dotyczącego wniosku z § 2 tego przepisu.

²⁹ Zob. m.in. E. Bieńkowska, *Poradnik mediatora (Mediacja od A do Z)*, Warszawa 1999, s. 50.

³⁰ Druk sejmowy nr 870, *Uzasadnienie*, s. 3.

Umorzenie kompensacyjne

O przewidzianej w art. 59a k.k. nowej instytucji tzw. umorzenia kompensacyjnego już się wypowiadałam³¹. Wymaga ona jednak jeszcze kilku uwag, które należy poczynić przede wszystkim w kontekście dotyczących jej unormowań procesowych.

Mianowicie, na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. do k.p.k. dodano art. 23b stanowiący w § 1, iż rozstrzygnięcie w przedmiocie wniosku z art. 59a k.k. należy do prokuratora, a do sądu, jeśli został on złożony po wniesieniu aktu oskarżenia do sądu. W tym ostatnim przypadku prezes sądu kieruje sprawę na posiedzenie w celu „rozważenia kwestii umorzenia postępowania” (art. 339 § 1 pkt 5 k.p.k.). Ponadto przewidziano możliwość zaskarżenia postanowienia wydanego w tej kwestii (art. 23b § 2 k.p.k.).

Dzięki tej ostatniej regulacji ustawodawca wskazał, że postanowienie organu procesowego w przedmiotowej materii nie jest ostateczne, lecz podlega weryfikacji. W świetle obowiązujących regulacji dotyczyć to może jedynie przypadku, gdy odmawia on umorzenia postępowania ze względu na „szczególne okoliczności”, o których jest mowa w § 3 art. 59a k.k. Pamiętać jednak trzeba, że decyzja umarzająca postępowanie z całą pewnością leży w interesie organu procesowego, który w ten sposób szybciej kończy sprawę, a także spełnia oczekiwania sprawcy.

Wskazane unormowania należy rozumieć w ten sposób, że – mimo użycia w § 1 art. 59a k.k. zwrotu „umarza” – nie mamy tu do czynienia, jak można było sądzić, z automatycznym umorzeniem postępowania po wniesieniu przez pokrzywdzonego wniosku z art. 59a k.k., lecz pozostaje to pod kontrolą organu procesowego. Jego zadaniem jest bowiem ustalenie, czy w konkretnym przypadku nie występują owe „szczególne okoliczności” stanowiące przeciwwskazanie do umorzenia postępowania.

Powstaje jednak pytanie, czy w ten sposób zniknie, a przynajmniej znacząco zmaleje, ryzyko wywierania przez sprawcę presji na pokrzywdzonego, aby zgłosił przedmiotowy wniosek, bądź też zaskarżył decyzję o nieumorzeniu postępowania mimo jego złożenia. Sądzę, że ryzyko takie będzie istniało zawsze, ponieważ w każdym przypadku warunkiem wstępnym zastosowania omawianej instytucji jest przejawienie stosownej inicjatywy przez pokrzywdzonego.

Podkreślić też trzeba, iż utrzymana została istotna rozbieżność pomiędzy unormowaniem § 1 i § 2 art. 59a k.k.³². W pierwszym z tych przepisów jest bowiem mowa o naprawieniu szkody lub zadośćuczynieniu pokrzywdzone-

³¹ E. Bieńkowska, Pokrzywdzony w świetle..., s. 22 i n.; zob. też: A. L a c h, Umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 59a k.k., Prokuratura i Prawo 2015, nr 1–2, s. 137 i n.; A. R ę k a s, Mediacja w polskim prawie karnym, (w:) Unijne standardy..., s. 154 i n.

³² Zob. E. Bieńkowska, *ibidem*, s. 23.

mu, natomiast drugi wymaga, aby wówczas, gdy w sprawie występuje więcej niż jeden pokrzywdzony, każdemu z nich sprawca naprawił szkodę oraz zadośćuczynił wyrządzonej krzywdzie. Jeżeli więc różnica ta jest jedynie wynikiem przeoczenia, jej konsekwencje prawne są bardzo poważne.

Regulacja art. 59a k.k. – należy dodać – odbiega od innych unormowań k.k. o charakterze kompensacyjnym. Jest to bowiem jedyne rozwiązanie, które przewiduje pełne naprawienie szkody, a nie w całości lub w części. Trudno jednak także w tym przypadku ocenić, czy ustawodawca wprowadził taką regulację świadomie, wymagając od sprawcy uczynienia na rzecz pokrzywdzonego więcej niż w we wszystkich innych sytuacjach.

Orzeczenie o naprawieniu szkody lub zadośćuczynieniu

Wraz z wyeliminowaniem z procesu karnego na mocy ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. instytucji powództwa adhezyjnego dokonano istotnej modyfikacji przepisu art. 46 k.k., który stanowił jej alternatywę oraz umożliwił i nadal zresztą umożliwia – stanowiąc jedyną taką podstawę prawną – orzeczenie nie tylko o naprawieniu szkody, lecz także o zadośćuczynieniu, choć wyłącznie alternatywnie.

W zasadniczej mierze o istocie zmian wprowadzonych w samej regulacji art. 46 k.k. przesądza fakt, że środek opisany w tym przepisie przestał być środkiem karnym, a stał się środkiem kompensacyjnym normowanym w dodanym do k.k. rozdziale Va „Przepadek i środki kompensacyjne” i orzekanym na podstawie przepisów prawa cywilnego z wyjątkiem przepisów dotyczących zasądzenia renty. Nie uwzględniono jednak propozycji, aby orzekać o naprawieniu szkody w całości. Projektodawcy uważali to za zasadne w związku ze zmianą charakteru prawnego środka z art. 46 k.k. z karnego na cywilny³³. W tym zakresie utrzymano jednak wcześniejsze rozwiązanie, w myśl którego o naprawieniu szkody orzeka się „w całości lub w części”.

Szczególnie daleko idące zmiany wprowadzono w unormowaniu § 2 art. 46 k.k. Dotychczasową regulację dotyczącą orzeczenia nawiazki zamiast obowiązku określonego w § 1 tego przepisu doprecyzowano poprzez wprowadzenie wskazania następującej treści: „Jeżeli orzeczenie obowiązku (...) jest znacznie utrudnione”. Ponadto określono maksymalną wysokość nawiazki na kwotę do 200 000 złotych na rzecz pokrzywdzonego. Uregulowano także kwestię orzekania nawiazki w takiej samej wysokości na rzecz osoby najbliższej dla pokrzywdzonego, który w wyniku przestępstwa poniósł śmierć. Wchodzi to w grę pod warunkiem, że wskutek jego śmierci sytuacja życiowa tej osoby „uległa znacznemu pogorszeniu”, a regulacja ta obejmuje,

³³ Szerzej E. Bieńkowska, *Uprawnienia pokrzywdzonego...*, s. 71 i n.

jeśli osób najbliższych jest więcej niż jedna, każdą z nich. I wreszcie, w § 3 art. 46 k.k. wskazano, że orzeczenie obowiązku na podstawie § 1 bądź nawiązki w oparciu o § 2 tego przepisu „nie stoi na przeszkodzie dochodzeniu niezaspokojonej części roszczenia w drodze postępowania cywilnego”.

Trzeba jednak przypomnieć, że – inaczej niż w razie zgłoszenia powództwa adhezyjnego – pokrzywdzony składający wniosek o orzeczenie obowiązku kompensacyjnego na podstawie art. 46 § 1 k.k. nie uzyskuje statusu strony postępowania sądowego. Swoich racji może więc skutecznie bronić, także poprzez wnoszenie środków odwoławczych wówczas, gdy działa jako oskarżyciel posiłkowy, a więc posiadając status strony procesowej postępowania sądowego. Jeśli zaś oskarżycielem posiłkowym nie jest, może jedynie wnieść o dokonanie określonych czynności (art. 9 k.p.k.). Dopuszczenie w tym przypadku do udziału w sprawie jego pełnomocnika, i to tylko z wyboru, zależy zaś od uznania organu procesowego (art. 87 § 3 k.p.k.).

Trudno w tej sytuacji nie odnieść wrażenia, że intencją ustawodawcy było uzyskanie efektu w postaci odciążenia sądów karnych od orzekania o roszczeniach cywilnych wynikających z przestępstwa i poprzez to doprowadzenia do skrócenia czasu trwania postępowania. Dodać bowiem trzeba, że w obecnym jego brzmieniu w art. 415 § 2 k.p.k. wyrażono ogólną zasadę, w myśl której w razie, gdy orzeczone na rzecz pokrzywdzonego obowiązki naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę albo nawiązka nie pokrywają całej szkody lub nie stanowią pełnego zadośćuczynienia, może on dochodzić niezaspokojonych roszczeń w postępowaniu cywilnym.

Regulacja art. 46 k.k. formalnie czyni zadość wymogom art. 16 „Prawo do decyzji w sprawie odszkodowania od sprawcy w toku postępowania karnego” dyrektywy 2012/29/UE³⁴. W praktyce może jednak oznaczać nieuzyskanie przez pokrzywdzonego w procesie karnym decyzji o odpowiednim wyrównaniu szkód i krzywd powstałych wskutek przestępstwa, tym samym zaś odesłanie go dla dalszego dochodzenia roszczeń na drogę postępowania cywilnego, a to z dyrektywą zgodne już nie jest.

Pełnomocnik z urzędu

Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że w obecnym modelu procesu karnego szczególnego znaczenia nabrała kwestia możliwości korzystania przez pokrzywdzonego z prawa do pomocy pełnomocnika nie tylko z wyboru, ale również z urzędu. Dość istotnej zmianie w porównaniu do stanu sprzed reformy uległy w tym zakresie przepisy normujące to ostatnie uprawnienie na

³⁴ Bliżej C. Kulesza, P. Starzyński, (w:) Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz, s. 204 i n.

etapie postępowania sądowego. Choć o kwestiach tych już pisałam³⁵, niezbędne jest poszerzenie rozważań na ten temat.

O ile w stadium postępowania przygotowawczego – tak samo jak miało to miejsce wcześniej i dotyczyło również postępowania sądowego – pokrzywdzony ma prawo do ubiegania się o wyznaczenie mu pełnomocnika z urzędu, jeżeli w należyty sposób wykaże, że nie stać go, bez uszczerbku dla utrzymania siebie i swojej rodziny, na opłacenie usług pełnomocnika z wyboru (art. 88 w zw. z art. 78 § 1 k.p.k.), nie ponosząc z tego tytułu żadnych kosztów, o tyle w odniesieniu do postępowania sądowego wprowadzono w tym zakresie zupełnie inne zasady.

Przypomnę, że stosownie do dodanego do k.p.k. art. 87a pełnomocnik z urzędu wyznaczany jest w postępowaniu sądowym zawsze bez względu na jego sytuację materialną, jeżeli zawnioskuje o to pokrzywdzony będący stroną postępowania sądowego, czyli w praktyce oskarżycielem posiłkowym lub oskarżycielem prywatnym (§ 1). Odnosi się to również wyznaczenia pełnomocnika z urzędu dla dokonania określonej czynności procesowej (§ 2), co dotyczy sporządzenia i podpisania przez pełnomocnika skargi subsydiarnej (art. 55 § 2 k.p.k.). Jak jednak stanowi § 3 art. 87a k.p.k. – poza obowiązkiem organu procesowego poinformowania pokrzywdzonego o prawie do wystąpienia z takim wnioskiem – musi on zostać również pouczony o możliwych konsekwencjach wyznaczenia pełnomocnika z urzędu, a mianowicie o ewentualnym obciążeniu go – w zależności od wyniku procesu – kosztami poniesionymi z tego tytułu.

Nowowprowadzona regulacja łączy więc ubieganie się o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu przez pokrzywdzonego będącego stroną postępowania sądowego z ryzykiem poniesienia strat materialnych i z tego powodu może stanowić dla niego poważną barierę. Takie rozwiązanie należy uznać za oczywiście niezgodne z art. 13 „Prawo do pomocy prawnej” dyrektywy 2012/29/UE³⁶. Częstokroć uniemożliwi ono bowiem skorzystanie z usług pełnomocnika, co dotyczy zwłaszcza pokrzywdzonych mniej zasobnych.

Uwagi końcowe

W świetle przedstawionych rozważań nie ulega wątpliwości, że w nowym, bardziej kontradiktoryjnym modelu procesu karnego sytuacja procesowa pokrzywdzonych znacznie się zmieniła. Z jednej strony przyznano im uprawnienia pozwalające na pewną kontrolę nad decyzjami podejmowanymi przez organy procesowe, co dotyczy zwłaszcza końcowego etapu postępowania przygotowawczego, a w szczególności podejmowania decyzji

³⁵ E. Bieńkowska, *Pokrzywdzony w świetle...*, s. 26 i n.

³⁶ Szerzej C. Kulesza, P. Starzyński, (w:) *Dyrektywa 2012/29/UE. Komentarz*, s. 169 i n.

w przedmiocie konsensualnego zakończenia postępowania karnego. Nie można jednak nie zauważyć niespójności pewnych unormowań, jak ma to miejsce w odniesieniu do mediacji i utajniania danych adresowych pokrzywdzonych. Zupełnie nie przemyślano również kwestii uprawnień pokrzywdzonego w przypadku wycofania aktu oskarżenia przez prokuratora.

Do szczególnie widocznego osłabienia pozycji pokrzywdzonych doszło na etapie postępowania sądowego zwłaszcza wówczas, gdy nie posiadają oni statusu strony tego postępowania bądź działają w nim zamiast, a nie obok oskarżyciela publicznego. Znacznie większego znaczenia nabrała w tym przypadku kwestia możliwości korzystania przez nich z pomocy pełnomocnika. Bez jego udziału pokrzywdzeni na ogół nie mają szansy na należyłą ochronę swoich interesów.

Tymczasem, wyraźnie uprzywilejowano pod tym względem tych spośród nich, którzy dysponują dostatecznymi środkami na opłacenie usług pełnomocnika z wyboru. Jednocześnie wprowadzono poważną barierę natury finansowej w ubieganiu się o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu. Sytuacja pokrzywdzonych stała się w tym zakresie zdecydowanie gorsza niż oskarżonych. Wówczas bowiem, gdy na ich wniosek organ procesowy wyznaczył im obrońcę z urzędu w postępowaniu sądowym, w żadnym razie, a więc bez względu na wynik procesu, nie prowadzi to do ewentualnego obciążenia ich powstałymi z tego tytułu kosztami (art. 80a k.p.k.). Uznać należy, że przyjęte rozwiązania godzą w konstytucyjną zasadę równości wobec prawa wyrażającą się w traktowaniu wszystkich przez władze publiczne w sposób pozbawiony dyskryminacji z jakiegokolwiek powodu, czyli również ze względu na niski status ekonomiczny (art. 32 Konstytucji RP³⁷).

Liczne z obowiązujących unormowań należałoby w tej sytuacji w miarę szybko istotnie zmodyfikować bądź też nawet usunąć, co poprzedzać powinna wnikliwa analiza całokształtu unormowań wyznaczających pozycję pokrzywdzonego na tle wszystkich tych, które przesądzają o dzisiejszym modelu procesu karnego.

Uważam, że obecny stan rzeczy w omawianym zakresie jest w zasadniczej mierze wynikiem przeoczenia jednego ważnego faktu. Przenosząc na grunt polskiego procesu karnego model amerykański, w zasadzie zupełnie zapomniano, że w systemach *common law*, w których model kontradiktoryjny funkcjonuje, jak ma to miejsce w USA, ofiara przestępstwa nie jest stroną procesu karnego, choć przyznano jej określone uprawnienia procesowe związane przede wszystkim z uzyskaniem wyrównania szkód wyrządzonych przestępstwem od jego sprawcy³⁸. W Polsce natomiast pokrzywdzony zaw-

³⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

³⁸ Zob. U. S. Code, Title 18 "Crime and Criminal Procedure", Part II "Criminal Procedure", Section 3771 "Crime Victims Rights".

sze jest stroną postępowania przygotowawczego (art. 299 § 1 k.p.k.). Użytkuje natomiast status strony postępowania sądowego, jeżeli w terminie złoży oświadczenie o chęci działania w charakterze oskarżyciela posiłkowego (art. 54 § 1 k.p.k.). W takim zaś przypadku ma prawo do występowania nie tylko obok, ale również zamiast oskarżyciela publicznego (art. 53 k.p.k.).

Aktualnie trwają prace nad nowelizacją procesu karnego. Ich zasadniczym celem jest powrót, choć nie w pełni, do jego modelu w kształcie sprzed reformy obowiązującej od dnia 1 lipca 2015 r., a więc do modelu kontradiktoryjno-inkwizycyjnego, w którym zachowana jest nadrzędność prawdy materialnej, a kontradiktoryjność stanowi jedną z zasad ułatwiających dotarcie do prawdy³⁹. Przewidziano, że reforma wchodzi w życie z dniem 1 kwietnia 2016 r. Będzie wtedy czas na rozważenie, czy wprowadzone na jej mocy zmiany modyfikują również, a jeśli tak, to w jaki sposób, sytuację pokrzywdzonych.

Victim in adversarial criminal procedure

Abstract

The position of victims in the model of criminal proceedings in place since 1 July 2005 is discussed. Some procedural powers, including specifically those which are essential though regulated in a controversial manner, are examined. The conclusion is drawn that the situation of victims in the adversarial criminal procedure is much more difficult than it used to be with the old model and some victim-related regulations should be modified as soon as possible.

³⁹ Zob. Uzasadnienie projektu z dnia 8 stycznia 2016 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, s. 39; dostępne na stronie www.ms.gov.pl.

Katarzyna Prelińska

Wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania w świetle prawa oskarżonego do obrony

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania, który w świetle nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. wzmacnia zasady prawa do obrony. Zdaniem Autorki prawidłowo sformułowany wniosek prokuratora stanowi podstawę właściwego procedowania sądu, a co za tym idzie usprawnia jego działanie. W konsekwencji wskazanie w jego uzasadnieniu podstawy ogólnej i szczególnej, reguł minimalizacji i proporcjonalności, oznaczenia materiału dowodowego, daje rękojmię poszanowania praw oskarżonego.

1. Uwagi wstępne

Środek zapobiegawczy w postaci tymczasowego aresztowania powinien być stosowany ze szczególną ostrożnością z uwagi na fakt, że w sposób bezpośredni narusza obywatelskie prawo do wolności, którego przestrzeganie nie jest gwarantowane w Konstytucji¹. Tymczasowe aresztowanie jest środkiem najbardziej dolegliwym dla podejrzanego, gdyż pozbawia go on jego przyrodzonego prawa do wolności². Ponadto, jest to środek ostateczny, tzw. *ultima ratio* – powinien być on stosowany jedynie, gdy inne środki przewidziane prawem nie będą w stanie zabezpieczyć celów postępowania. W związku z charakterem tymczasowego aresztowania podejrzany może skorzystać z przysługującego mu prawa do obrony. Zasada prawa do obrony stanowi część międzynarodowego i krajowego systemu prawnego³.

¹ Art. 41 ust. 1 Konstytucji stanowi: „Każdemu zapewnia się nietykalność osobistą i wolność osobistą. Pozbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie” (Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.).

² J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2010, t. I, s. 440; Ł. Cora, Funkcje zatrzymania właściwego i tymczasowego aresztowania, PiP 2009, nr 1, s. 60–61.

³ Zasada prawa do obrony została sformułowana m.in. w art. 6 ust. 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz), art. 14 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP), a w polskim systemie prawnym w art. 42 ust. 2 Konstytucji.

Nowelizacją z dnia 27 września 2013 r. wejdzie w życie art. 250 § 2a k.p.k. dotyczący treści wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania⁴. Należy podkreślić, iż do tej pory materia ta nie była uregulowana wprost w ustawie i stanowi *novum* w prawie polskim⁵. Ponadto zmiana art. 250 § 2a k.p.k. jest ściśle skorelowana z obowiązkiem udostępnienia oskarżonemu i jego obrońcy akt sprawy w części zawierającej treść dowodów wskazanych we wniosku o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania. Problem właściwego formułowania wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania oraz jego uzasadnienia przez prokuratora jest doniosły, gdyż wniosek prokuratora inicjuje to postępowanie i powinien on pozostawać w zgodności z zasadą prawa do obrony, z gwarancjami prawnymi zawartymi w Konstytucji oraz orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz)⁶. W niniejszym artykule na tle rozwiązań prawa niemieckiego zostanie dokonana analiza rozwiązań przyjętych w prawie polskim w celu oceny kierunku dokonywanych zmian.

2. Wniosek prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania w Niemczech

W Niemczech sąd stosuje tymczasowe aresztowanie na wniosek prokuratora – § 125 ust. 1 Strafprozessordnung (StPO)⁷. Treść wniosku prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania oraz jego uzasadnienie nie zostały uregulowane w StPO. W § 114 ust. 1 StPO wskazano wyłącznie, jakie wymogi powinno spełniać postanowienie sądu o zastosowaniu tymczasowego aresztowania. Sąd obligatoryjnie wskazuje w postanowieniu: osobę podejrzanego, zarzucany mu czyn wraz z kwalifikacją prawną i podstawą prawną zastosowania tego środka, czas i miejsce jego popelnienia, podstawę szczególną stosowania tymczasowego aresztowania (*Haftgrund*), dowo-

⁴ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247). Wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania obejmuje zastosowanie tymczasowego aresztowania po raz pierwszy, każde kolejne zastosowanie tego środka oraz zastosowanie tego środka na dalszy okres (uchwała SN z dnia 26 września 2002 r., sygn. I KZP 32/02, LEX nr 54952).

⁵ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 25, <http://bip.ms.gov.pl/pl/projekty-aktow-prawnych/prawo-karne/>.

⁶ Z. Świda, R. Ponikowski, W. Posnow, Postępowanie karne. Część ogólna, Warszawa 2008, s. 410. Uregulowanie treści uzasadnienia wniosku prokuratora oraz decyzji sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania był jednym z postulatów prezentowanych na konferencji pt. „Stosowanie środków zapobiegawczych” zorganizowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości w dniu 6 lipca 2010 r. w Warszawie.

⁷ W. Joecks, Strafprozessordnung. Studienkommentar, München 2006, s. 114; A. Hartmann, R. Schmidt, Strafprozessrecht. Grundzüge des Strafverfahrens, Bremen 2008, s. 213.

dy wskazujące, że zachodzi przesłanka ogólna stosowania tymczasowego aresztowania poprzez wykazanie, iż zachodzi duże prawdopodobieństwo popełnienia przez podejrzanego przestępstwa oraz dowody świadczące o tym, że zachodzi konkretna przesłanka szczególna stosowania tymczasowego aresztowania⁸. Oberlandesgericht Koblenz (OLG Koblenz) w orzeczeniu z dnia 23 stycznia 2006 r. podkreślił, iż sąd razem z prokuratorem muszą zadbać, aby postanowienie w przedmiocie tymczasowego aresztowania spełniało wymogi określone w § 114 ust. 1 StPO⁹. Ustawodawca ponadto odrębnie wskazał przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania: przesłankę ogólną (*dringender Tatverdacht*) – duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa oraz przesłankę szczególną (*Haftgrund* § 112 ust. 2 i 3, § 112a StPO) stosowania tymczasowego aresztowania¹⁰ oraz wprost sformułował zasadę proporcjonalności w § 112 ust. 1 zd. 2 StPO. W wytycznych Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczących postępowania karnego oraz postępowania w sprawie grzywnien z dnia 1 stycznia 1977 r. z późniejszymi zmianami z dnia 1 kwietnia 2012 r. zawarto zalecenia, iż prokurator jest zobowiązany do uzasadnienia wszystkich wniosków, które dotyczą stosowania, przedłużania i uchylania tymczasowego aresztowania, oraz jest on zobowiązany do przytoczenia faktów, z których wynika, iż zaistniała przesłanka ogólna (*dringender Tatverdacht*) oraz przesłanka szczególna (*Haftgrund*) stosowania tymczasowego aresztowania¹¹. Prokurator obowiązany jest uzasadnić dlaczego uważa zastosowanie środka w postaci tymczasowego aresztowania za właściwe w odniesieniu do reguły proporcjonalności zawartej w § 112 ust. 1 zd. 2 StPO, a w razie ujawnienia okoliczności zagrażającym bezpieczeństwu państwa w szczególności odnieść się do treści § 114

⁸ L. Meyer-Goßner, J. Cierniak, Strafprozessordnung. Kommentar, München 2009, s. 503; uchwała z dnia 15 grudnia 1965 r., Bundesverfassungsgericht (BVerfG) (E 19, 342). Zgodnie z ww. orzeczeniem do zastosowania tymczasowego aresztowania nie wystarczy stwierdzenie dużego prawdopodobieństwa popełnienia przestępstwa przez podejrzanego, musi wystąpić co najmniej jedna przesłanka szczególna.

⁹ Do podstaw szczególnych stosowania tymczasowego aresztowania zaliczamy: ucieczkę lub obawę ucieczki (*Flucht oder Fluchtgefahr des Beschuldigten*), obawę matactwa (*Verdunkelungsgefahr durch den Beschuldigten*), obawę popełnienia nowego, ciężkiego przestępstwa (*Schwerstriminalität*), obawę popełnienia nowego przestępstwa (*Wiederholungsgefahr*). Zob. O. R a n f t, Strafprozessrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis, Stuttgart 2005, s. 621.

¹⁰ Uchwała OLG Koblenz z dnia 23 stycznia 2006 r., (1) 4420 BL–III–51/05. W Niemczech obowiązuje trzystopniowy system sądownictwa: Amtsgericht (AG), Landesgericht (LG), Oberlandesgericht (OLG) oraz Bundesgerichtshof (BGH). Sądami pierwszej instancji są AG oraz LG, od których wyroków przysługuje apelacja – odpowiednio do LG lub OLG.

¹¹ http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_01011977_420821R5902002.htm (dostęp w dniu 2 czerwca 2014 r.). Wytyczne Ministerstwa Sprawiedliwości mają charakter instrukcyjny i nie mają mocy prawnej. Zostały one wydane przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości we współpracy z Ministerstwami Sprawiedliwości poszczególnych Landów, aby zapewnić jednolite stosowanie przepisów postępowania karnego.

ust. 2 nr 4 StPO. Prokurator musi starannie sprawdzić, czy zachodzi duże prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa przez podejrzanego. W razie gdy wniosek jest całkowicie niedopuszczalny, spełnione są przesłanki, które aktualizują odpowiedzialność państwa za niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej¹². Natomiast niezachowanie przez prokuratora ww. zaleceń nie powoduje, iż wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania dotknięty jest brakami formalnymi, gdyż zalecenia te mają wyłącznie charakter instrukcyjny i nie mają mocy prawnej.

Obecnie zasadą jest, że obrońca ma dostęp do akt sprawy i zebranych dowodów. Wyjątkowo, gdy prowadzone postępowanie przygotowawcze nie zostało zakończone, a ujawnienie dowodów lub akt sprawy mogłoby zagrozić celom postępowania i jednocześnie podejrzany jest tymczasowo aresztowany, informacje istotne dla oceny legalności pozbawienia wolności są udostępniane obrońcy w odpowiednim zakresie, tzn. ujawniane są wyłącznie te materiały, które stanowią podstawę wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Prawo do zapoznania się z aktami sprawy może być ograniczone, aż do ukończenia postępowania przygotowawczego i tak długo jak ujawnienie dowodów utrudniłoby postępowanie zgodnie z § 147 ust. 2 StPO, czyli ujawnienie akt sprawy mogłoby zagrozić celom postępowania¹³. Uprzednia regulacja § 147 ust. 2 StPO stanowiła przedmiot krytyki ETPCz, gdyż stanowiła naruszenie art. 5 ust. 4 EKPCz, który dotyczy prawa do obrony osób pozbawionych wolności przez zatrzymanie lub aresztowanie poprzez możliwość złożenia odwołania do sądu w celu ustalenia bezzwłocznie przez sąd legalności pozbawienia wolności. Na tym tle zapadło istotne orzeczenie w sprawie *Mooren przeciwko Niemcom* nr 11364/03, wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r., gdzie ETPCz stwierdził, że podejrzany musi mieć dostęp do istotnych informacji, które pozwolą mu na podjęcie obrony wobec legalności pozbawienia wolności. W sprawie *Garcia Alva przeciwko Niemcom* ETPCz orzekł, iż prawo dostępu do akt może być ograniczone tylko do materiałów, które są niezbędne do zmiany lub uchylecia orzeczenia o tymczasowym aresztowaniu. Powyższe orzeczenie i kolejne (*Erdem przeciwko Niemcom*, skarga 38321/97, wyrok z dnia 5 sierpień 2001 r.; *Lietzow przeciwko Niemcom*, skarga 24479/94, wyrok z dnia 13 luty 2001 r.; *Garcia Alva przeciwko Niemcom*, skarga 23541/94, wyrok z dnia 13 luty 2001 r.) doprowadziły do nowelizacji § 147 ust. 2 StPO w obecnym kształcie, który gwarantuje prawo oskarżonego do obrony.

¹² BGH NJW 1998, 751; StV 2004, 330.

¹³ Nowelizacja StPO w zakresie tymczasowego aresztowania z dnia 29 lipca 2009 r. (BGBl. I S. 2274), która weszła w życie dnia 1 stycznia 2010 r.

3. Wniosek prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania w Polsce

Organem uprawnionym do stosowania tymczasowego aresztowania jest niezależny sąd, co pozostaje w zgodzie z treścią art. 5 ust. 3 EKPCz i art. 9 ust. 3 MPPOiP. Dnia 29 czerwca 1995 r. znowelizowano art. 210 § 3 k.p.k. zawarty w Kodeksie postępowania karnego z dnia 19 kwietnia 1969 r. (d.k.p.k.), który wszedł w życie 4 sierpnia 1996 r. Rezultatem tego zapisu było odebranie prokuratorom uprawnienia do stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym¹⁴. Tym samym prokurator w zakresie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania stał się stroną postępowania wobec niezależnego sądu, który ostatecznie rozstrzyga w przedmiocie tymczasowego aresztowania w formie postanowienia. Kompetencje prokuratora zostały w obowiązującym stanie prawnym określone wprost w art. 248 § 1 k.p.k. w zw. z art. 250 § 3 k.p.k. Po przesłuchaniu podejrzanego prokurator składa wniosek do sądu o zastosowanie tymczasowego aresztowania wraz z aktami oraz zarządza doprowadzenie podejrzanego do dyspozycji sądu¹⁵ lub występuje z wnioskiem o rozpoznanie sprawy w postępowaniu przyspieszonym albo zarządza zwolnienie podejrzanego. Zatem, prokurator w zakresie środka zapobiegawczego w postaci tymczasowego aresztowania podejmuje wszystkie czynności w celu zebrania podstawowych dowodów, które w wysokim stopniu uprawdopodobnią, iż dana osoba popełniła czyn zabroniony. Formułując wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania, prokurator występuje do sądu o zastosowanie ww. środka, jeśli dowody zebrane w toku postępowania przygotowawczego uprawdopodobniają, iż dana osoba popełniła czyn zabroniony oraz gdy zachodzi przesłanka ogólna i szczególna stosowania tymczasowego aresztowania¹⁶. Uzasadnienie wniosku prokuratora i jego właściwe sformułowanie przez wskazanie elementów niezbędnych do wydania decyzji w przedmiocie tymczasowego aresztowania gwarantuje, że ten środek zapobiegawczy sąd będzie stosował z szczególną ostrożnością, z uwzględnieniem gwarancji procesowych stron.

¹⁴ T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 568–569. Dnia 29 czerwca 1995 r. znowelizowano art. 210 § 3 k.p.k., który wszedł w życie dnia 4 sierpnia 1996 r.

¹⁵ A. Szymacha-Zwolińska, *Kompetencje sądu w zakresie stosowania środków zapobiegawczych w toku postępowania przygotowawczego*, PS 1997, nr 2, s. 36–37.

¹⁶ W przypadku zaistnienia przesłanek określonych w art. 258 § 1–3 k.p.k. Policja nie ma kompetencji do samodzielnego formułowania wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Policja może tylko wystąpić do prokuratora, aby skierował ww. wniosek do sądu.

3.1. Zarzuty podnoszone wobec wniosku prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania

Obecnie treść wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania nie jest uregulowana w kodeksie postępowania karnego. Potrzeba zmiany tej sytuacji ma walor praktyczny i ma na celu wyeliminowanie nieprawidłowości, które były podnoszone przez ETPCz jako naruszające prawa tymczasowo aresztowanych. Postępowanie incydentalne w przedmiocie tymczasowego aresztowania inicjuje zgodnie z zasadą skargowości wyrażoną w art. 14 k.p.k. skarga prokuratora, która przyjmuje formę wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania¹⁷. Wniosek ma charakter pisma procesowego i powinien spełniać kryteria określone w art. 119 k.p.k.¹⁸. Ponadto prokurator powinien odnieść się do reguły proporcjonalności oraz zasady *ultima ratio* wyrażonej w art. 257 k.p.k. poprzez wskazanie, dlaczego inny środek zapobiegawczy w konkretnej sprawie nie jest wystarczający do zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania. Praktyka uzasadniania wniosków o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, jak i uzasadniania postanowień sądu o zastosowanie ww. środka spotyka się z podobnymi zarzutami. Do najczęściej podnoszonych zarzutów w piśmiennictwie i orzecznictwie należą:

- 1) brak uzasadnienia, dlaczego środek zapobiegawczy o mniejszej dolegliwości uważa za niewystarczający¹⁹, przez co nie uwzględnia się obowiązku wynikającego z art. 257 § 1 k.p.k.;
- 2) uzasadnienie nie uwzględnia wszystkich okoliczności sprawy, a przesłanki stosowania tymczasowego aresztowania są stosowane blankietowo²⁰;
- 3) ograniczenie uzasadnienia dalszego stosowania tymczasowego aresztowania do stwierdzenia, „iż w świetle okoliczności przedstawionych przez prokuratora istnieje takie uzasadnione podejrzenie”²¹;

¹⁷ K. Dąbkiewicz, Wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania, Prokuratura i Prawo 2013, nr 2, s. 110.

¹⁸ Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 kwietnia 2010 r. (Dz. U. 2010 r., Nr 49, poz. 296) – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury prokurator we wniosku wskazywał dowody świadczące o popełnieniu przez podejrzanego zarzucanego mu przestępstwa oraz przytaczał okoliczności, które przemawiały za koniecznością stosowania lub przedłużania tego środka zapobiegawczego na podstawie prawnej powołanej we wniosku. Rozporządzenie to obowiązywało do dnia 1 stycznia 2015 r., gdy w życie weszło rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. (Dz. U. 2014 r., poz. 1218) – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, które nie porusza kwestii treści wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania.

¹⁹ Jabłoński przeciwko Polsce (skarga nr 33492/96, wyrok z dnia 21 grudnia 2000 r.); Chodecki przeciwko Polsce (skarga nr 49929/99, wyrok z dnia 26 kwietnia 2005 r.); Pyrak przeciwko Polsce (skarga nr 54476/00, wyrok z dnia 12 lutego 2008 r.).

²⁰ Kauczor przeciwko Polsce (skarga nr 45219/06, wyrok z dnia 3 lutego 2009 r.); Jamroz przeciwko Polsce (skarga nr 6093/04, wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r.).

- 4) brak lub wadliwe wskazania materiału dowodowego stanowiącego uzasadnienie wniosku²²;
- 5) formułowanie zbiorczego uzasadnienia wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania wobec kilku podejrzanych²³;
- 6) formułowanie uzasadnienia wniosku o przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania w oparciu o przesłanki pozaprocesowe: „rozwojowy charakter sprawy”, „przedłużający się okres opracowywania opinii przez biegłego”²⁴;
- 7) brak wskazania ogólnej podstawy stosowania tymczasowego aresztowania w powiązaniu z co najmniej jedną podstawą szczególną stosowania tymczasowego aresztowania²⁵;
- 8) określenie, że zachodzi podstawa szczególna zastosowania tymczasowego aresztowania bez wskazania konkretnych okoliczności sprawy, które uzasadniają twierdzenie, iż istnieje zagrożenie dla prawidłowego toku postępowania²⁶;
- 9) uzasadnienie postanowienia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania zawiera zwroty ustawowe bez wskazania argumentów, które przemawiają za stosowaniem tego środka zapobiegawczego, oraz powodów, dla których zastosowanie innych środków było uznane za niewystarczające²⁷;
- 10) wskazywanie po raz kolejny przesłanek, które były przytoczone w postanowieniu o zastosowaniu tymczasowego aresztowania²⁸;
- 11) brak analizy, czy istnieją ciągle przesłanki uzasadniające przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania²⁹.

3.2. Treść wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania po nowelizacji

Zgodnie z treścią art. 250 § 2a k.p.k.³⁰ – we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania prokurator wymienia:

²¹ Jabłoński przeciwko Polsce (skarga nr 33492/96, wyrok z dnia 21 grudnia 2000 r.).

²² T. Wróbel, Dostęp podejrzanego do akt sprawy w postępowaniu mającym za przedmiot tymczasowe aresztowanie na etapie przedjurysdykcyjnym procesu karnego – regulacja polska w świetle standardów europejskich, CzPKiNP 2008, nr 1, s. 172.

²³ Postanowienie SA we Wrocławiu z dnia 23 maja 2007 r., sygn. II AKz 243/07, LEX nr 271951.

²⁴ Postanowienie SN z dnia 10 czerwca 2008 r., sygn. WZ 39/08, LEX nr 419569.

²⁵ Baranowski przeciwko Polsce (skarga nr 28358/95, wyrok z dnia 28 marca 2000 r.).

²⁶ J. Skorpka, Konstytucyjny i konwencyjny standard tymczasowego aresztowania, PiP 2007, nr 7, s. 57.

²⁷ Kauczor przeciwko Polsce (skarga nr 45219/06, wyrok z dnia 3 lutego 2009 r.); Pyrak przeciwko Polsce (skarga nr 54476/00, wyrok dnia z 12 lutego 2008 r.).

²⁸ Pyrak przeciwko Polsce (skarga nr 54476/00, wyrok dnia z 12 lutego 2008 r.); Oleksy przeciwko Polsce (skarga nr 64284/01, wyrok dnia z 28 lutego 2007 r.).

²⁹ Jabłoński przeciwko Polsce (skarga nr 33492/96, wyrok z dnia 21 grudnia 2000 r.).

- 1) dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo,
- 2) okoliczności przemawiające za istnieniem zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania lub możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa lub określonej podstawy stosowania tego środka zapobiegawczego,
- 3) a także przesłanki konieczności jego stosowania.

Prokurator w uzasadnieniu wniosku w pierwszej kolejności powinien wymienić dowody, które wskazują na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo, co stanowi przesłankę ogólną stosowania tymczasowego aresztowania zawartą w art. 249 § 1 k.p.k. Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 249a k.p.k. ww. dowody muszą być dowodami jawnymi dla oskarżonego i jego obrońcy, a wynika to z art. 156 § 5a k.p.k., iż w razie złożenia w toku postępowania przygotowawczego wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania podejrzanemu i jego obrońcy udostępnia się niezwłocznie akta sprawy w części zawierającej treść dowodów wskazanych we wniosku³¹. Zatem, dowody te muszą być jawne nie tylko dla oskarżonego, ale również dla jego obrońcy, oraz muszą być one jawne, a nie ujawnione przez prokuratora, co wskazuje na to, iż wystarczy, że oskarżony i jego obrońca mają do nich dostęp. W przeciwnym razie sąd nie uwzględni przedstawionych przez prokuratora dowodów. Należy podkreślić, iż dowody w postępowaniu w przedmiocie zastosowania lub przedłużenia stosowania tymczasowego aresztowania mają stwarzać prawdopodobieństwo określone w art. 249 k.p.k., nie podlegają zaś ocenie merytorycznej w tym stadium postępowania³². Obecna zmiana przepisów ma charakter gwarancyjny i urzeczywistnia prawo podejrzanego do obrony, gdyż ma na celu wykluczenie sytuacji, gdy podstawą wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania były dowody niejawne dla oskarżonego i jego obrońcy, a stanowiły one podstawę wydania postanowienia o zastosowanie tymczasowego aresztowania³³. Ponadto, sąd uwzględni z urzędu okoliczności ustalone na podsta-

³⁰ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

³¹ W wyroku z dnia 3 czerwca 2008 r. (sygn. K 42/07, Dz. U. z dnia 11 czerwca 2008 r.) Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż art. 156 § 5 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 z późn. zm.) w zakresie, w jakim umożliwia arbitralne wyłączenie jawności materiałów postępowania przygotowawczego, które uzasadniają wniosek prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania, jest niezgodny z art. 2 oraz art. 42 ust. 2 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, że oskarżony ma prawo wglądu do akt postępowania przygotowawczego w części, która stanowi uzasadnienie wniosku prokuratora o zastosowanie lub przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania.

³² Postanowienie SN z dnia 26 listopada 2007 r., sygn. WZ 47/07, OSNwSK 2007, poz. 2684.

³³ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 24 czerwca 2009 r., sygn. II AKz 358/09, LEX nr 519610.

wie dowodów niejawnych, ale wyłącznie, gdy kumulatywnie zostaną spełnione dwie przesłanki. Okoliczności te zostaną ujawnione podczas posiedzenia o zastosowanie lub przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania oraz okoliczności te będą korzystne dla oskarżonego.

W dalszej kolejności prokurator powinien wskazać okoliczności przemawiające za istnieniem zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania lub możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa. Okoliczności te należy wykazać poprzez wskazanie odpowiednich dowodów. W oparciu o przedstawiony materiał dowodowy prokurator powinien wskazać podstawę prawną zastosowania tymczasowego aresztowania zgodnie z treścią art. 258 § 1–3 k.p.k., czyli wskazać podstawę szczególną zastosowania tymczasowego aresztowania – obawa ucieczki, obawa mactwa, obawa zagrożenia surową karą, obawa popełnienia nowego, ciężkiego przestępstwa. Zgodnie z projektem nowelizacji ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 25 stycznia 2011 r. art. 250 § 2a k.p.k. brzmiał: „We wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania należy wymienić dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo oraz okoliczności przemawiające za istnieniem określonych zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania lub możliwość popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa oraz okoliczności wskazujące na istnienie określonej podstawy stosowania tego środka zapobiegawczego i konieczności jego stosowania”. W treści art. 250 § 2a k.p.k. nastąpiła istotna zmiana, gdyż ustawodawca nowelizacją z dnia 27 września 2014 r. wprowadził spójnik „lub” w miejsce spójnika „oraz”³⁴. Dokonana zmiana redakcyjna jest sprzeczna z założeniami art. 250 § 2a k.p.k. W obecnym kształcie art. 250 § 2a k.p.k. prokurator w uzasadnieniu wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania nie musi wykazać związku pomiędzy wcześniej wskazanymi okolicznościami a określoną podstawą stosowania środka zapobiegawczego. Wystarczy, że finalnie wykaże, iż zachodzi konieczność zastosowania tymczasowego aresztowania. Niezbędna wydaje się ponowna korekta ww. artykułu.

Treść art. 250 § 2a k.p.k. *in fine* wiąże się bezpośrednio z art. 257 § 1 k.p.k., który zawiera dyrektywę minimalizacji, polegającej na obowiązku stosowania środka łagodniejszego, gdy niecelowe byłoby zastosowanie środka ostrzejszego³⁵. Jak podkreśla R. A. Stefański, środki zapobiegawcze muszą

³⁴ Art. 250 § 2a k.p.k. stanowi: „We wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania wymienienia się dowody wskazujące na duże prawdopodobieństwo, że oskarżony popełnił przestępstwo, okoliczności przemawiające za istnieniem zagrożeń dla prawidłowego toku postępowania lub możliwości popełnienia przez oskarżonego nowego, ciężkiego przestępstwa lub określonej podstawy stosowania tego środka zapobiegawczego i konieczności jego stosowania” (ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 1247).

³⁵ S. Waltoś, *Proces...*, s. 374.

być stosowane w sposób adekwatny, z uwzględnieniem istniejącego zagrożenia dla prawidłowego toku postępowania³⁶. Należy unikać stosowania tymczasowego aresztowania – najbardziej rygorystycznego środka zapobiegawczego, gdy nie zachodzi potrzeba zabezpieczenia przebiegu postępowania. W uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw z dnia 27 września 2013 r. wskazano, że ocena, czy zachodzi konieczność zastosowania tymczasowego aresztowania, wiąże się również z obowiązkiem uwzględnienia nowej regulacji art. 258 § 4 k.p.k., czyli wymogiem uwzględniania stopnia nasilenia zagrożenia danej obawy w określonym stadium procesu.

Należy również zauważyć, iż w proponowanym nowym brzmieniu art. 250 k.p.k. ustawodawca przewiduje w § 3, że prokurator, przesyłając wraz z aktami sprawy wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania, pouczy oskarżonego o przysługujących mu uprawnieniach i zarządzi jego doprowadzenie do sądu. Jeżeli w postępowaniu sądowym stosowane jest tymczasowe aresztowanie, to sąd powinien niezwłocznie pouczyć oskarżonego o przysługujących mu uprawnieniach w związku z zastosowaniem tymczasowego aresztowania po ogłoszeniu lub doręczeniu ww. postanowienia³⁷. Przewidziana zmiana ma charakter gwarancyjny i również zmierza do pełnego urzeczywistnienia prawa oskarżonego do obrony.

3.3. Braki formalne wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania i ich konsekwencje

Pismo procesowe, które nie odpowiada wymogom formalnym wskazanym w art. 119 k.p.k. lub w przepisanych szczególnych, nie wywołuje skutków prawnych, jeśli braki nie zostaną usunięte w terminie 7 dni. Powyższa zasada zgodnie z treścią art. 120 k.p.k. dotyczy wyłącznie braków takiego rodzaju, iż pismo nie może otrzymać prawidłowego biegu, wniosek nie został złożony wraz z opłatą lub nie dołączono upoważnienia do podjęcia czynności procesowej³⁸. Brak formalny w postaci sformułowania przez prokuratora wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania sprzecznie z treścią art. 250 § 2a k.p.k. oraz art. 249a k.p.k. uzasadnia stosowanie trybu art. 120 k.p.k., jeśli nie można nadać mu prawidłowego biegu. Sporządzenie wniosku sprzecznie z treścią art. 250 § 2a k.p.k. uzasadnia zwrot wniosku, gdyż prokurator jako strona postępowania powinna zawrzeć we wniosku wszystkie

³⁶ Głos w dyskusji podczas konferencji „Stosowanie środków zapobiegawczych” zorganizowanej przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości w dniu 6 lipca 2010 r. w Warszawie.

³⁷ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw – druk sejmowy nr 2393, s. 60; <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393> (strona z dnia 18 września 2014 r.).

³⁸ J. Grajewski, L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Kodeks..., t. I, s. 228.

elementy wskazane w art. 250 § 2a k.p.k. Nie można się zgodzić ze stanowiskiem, że wezwanie do uzupełnienia braków formalnych w trybie art. 120 k.p.k. winno następować na zasadzie wyjątku, gdyż, co do zasady, to sąd *in concreto* decyduje o istnieniu podstawy ogólnej oraz szczególnej stosowania tymczasowego aresztowania³⁹. Ustawodawca, określając wprost wymogi wniosku prokuratora, w art. 250 § 2a k.p.k. stworzył instrument gwarancyjny, który ma chronić prawa podejrzanego. Jeśli wniosek prokuratora nie spełnia tych wymogów, sąd nie może podejmować decyzji o zastosowaniu lub przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania, gdyż nie ma podstaw do rozpatrzenia wniosku obciążonego brakami formalnymi. Treść art. 250 § 2a k.p.k. nie ma charakteru przypadkowego i konsekwencje jego naruszenia, w proponowanym w nowelizacji kształcie kodeksu postępowania karnego, wymuszają na prokuratorach bezwzględne dochowania ww. wymogów. Uzasadnionym postulatem *de lege ferenda* w tym zakresie będzie skrócenie terminu do uzupełnienia braków przez prokuratora.

3.4. Wzmocnienie zasady prawa do obrony na tle regulacji art. 250 § 2a k.p.k. w zw. z art. 249a k.p.k.

Zasada prawa do obrony została zawarta w art. 6 k.p.k. O przysługujących prawach należy oskarżonego pouczyć. Prawo do obrony obejmuje wszystkie stadia procesu karnego i może przyjąć dwie formy: obrony formalnej lub materialnej. Prawo do obrony jest nierozzerwalnie związane z zasadą kontradiktoryjności oraz równości stron. Zasada kontradiktoryjności nie jest wprost skodyfikowana w treści kodeksu postępowania karnego. Wyraża ona dyrektywę prowadzenia procesu w formie sporu równouprawnionych stron przed bezstronnym sądem⁴⁰. Tym samym strony mają możliwość korzystania z tych samych uprawnień procesowych w jednakowym stopniu. Zasada kontradiktoryjności odnosi się nie tylko do postępowania zasadniczego, ale również do postępowań incydentalnych⁴¹, w tym postępowań w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Przejawem realizacji ww. zasady w postępowaniu w przedmiocie tymczasowego aresztowania stanowi zastrzeżenie wyłącznie dla sądu możliwości stosowania tymczasowego aresztowania, co zostało zrealizowane wraz z nowelizacją z dnia 29 czerwca 1995 r., która weszła w życie dnia 4 sierpnia 1996 r. Istotnym przepisem postępowania karnego, który wzmacnia zasadę kontradiktoryjności, stanowi uregulowanie, iż tymczasowo aresztowany ma prawo złożyć zażalenie w terminie 7 dni od daty ogłoszenia lub doręczenia postanowienia – art. 460 § 1 k.p.k. oraz ma możliwość złożyć w każdym czasie wniosek o uchylenie tymczasowego aresztowania lub jego zmianę na inny środek zapobiegawczy. Możliwość

³⁹ K. Dąbkiewicz, Wniosek prokuratora..., s. 117.

⁴⁰ S. Waltoś, Proces..., s. 374.

⁴¹ J. Grajewski (red.), Prawo karne procesowe – część ogólna, Warszawa 2007, s. 110.

zaskarżenia postanowienia w przedmiocie tymczasowego aresztowania nie byłaby pełna bez zagwarantowania tymczasowo aresztowanemu prawa do zaznajomienia się z materiałem dowodowym stanowiącym podstawę dowodową ww. postanowienia⁴². Niemożność zapoznania się z aktami sprawy zostało przez ETPCz uznane za ograniczenie prawa do obrony⁴³ jako naruszające zasadę równości stron. Ponadto niedoręczenie tymczasowo aresztowanemu odpisu wniosku prokuratora o przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania również w ocenie ETPCz stanowi naruszenie prawa do obrony, gdyż takie działanie uniemożliwia mu podjęcie adekwatnych środków obrony⁴⁴. Dotychczasowa formuła wniosku prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania dopuszczała odstępstwo od pełnego urzeczywistnienia zasady kontrydiktoryjności procesu i w tym równości stron na rzecz zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania lub ochrony ważnego interesu państwa. Należy podkreślić, iż postępowanie przygotowawcze ze względu na swój charakter nigdy nie będzie w pełni realizowało zasady kontrydiktoryjności, gdyż oparte jest na zasadzie śledczej. Jednakże za niekonstytucyjne należy uznać pozbawienie tymczasowo aresztowanego prawa do obrony w sytuacji, gdy nie mógł zaznajomić się z materiałem dowodowym stanowiącym podstawę wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania i braku możliwości odniesienia się do przedstawionego materiału dowodowego. Zgodnie z linią orzeczniczą ETPCz postępowanie w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania musi być kontrydiktoryjne i winno zapewniać „równość broni” między stronami, prokuratorem i osobą pozbawioną wolności⁴⁵. Zasada równości broni jest naruszana w każdym wypadku, gdy dokonano odmowy udostępnienia akt sprawy

⁴² Nadto, wprowadzenie wymogu zapewnienia osobom zatrzymanym i tymczasowo aresztowanym dostępu do akt sprawy wynika z art. 4 ust. 2 dyrektywy 2012/13/UE z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym (Dz. Urz. UE L 142 z dnia 1 czerwca 2012 r., s. 1). Stosownie do treści art. 7 ust. 1 dyrektywy 2012/13/UE przewiduje on bezwzględne prawo dostępu do akt dla osoby pozbawionej wolności lub jej obrońcy, które mają istotne znaczenie dla skutecznego zakwestionowania legalności zatrzymania lub aresztowania.

⁴³ Lietzow przeciwko Niemcom (skarga nr 24479/94, wyrok z dnia 13 lutego 2001 r.); Garcia Alva przeciwko Niemcom (skarga nr 23541/94, wyrok z dnia 13 lutego 2001 r.); Schöps przeciwko Niemcom (skarga nr 25116/94, wyrok z dnia 13 lutego 2001 r.); Migoń przeciwko Polsce (skarga nr 24244/94, wyrok z dnia 25 czerwca 2002 r.); Piechowicz przeciwko Polsce (skarga nr 20071/07, wyrok z dnia 17 kwietnia 2012 r.).

⁴⁴ Osvath przeciwko Węgrom (skarga nr 20723/02, wyrok z dnia 5 października 2005 r.). W obecnym kształcie k.p.k nie istnieje regulacja prawna, która wprost nakładałaby na organy procesowe obowiązek doręczenia podejrzanemu i jego obrońcy odpisu wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Należy rozróżnić prawo podejrzanego do zaznajomienia się z materiałem dowodowym od prawa do uzyskania odpisu wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Prawo podejrzanego do obrony dla swojej skuteczności winno obejmować, zgodnie z orzecnictwem ETPCz, oba wskazane obszary.

⁴⁵ Piechowicz przeciwko Polsce (skarga nr 20071/07, wyrok z dnia 17 kwietnia 2012 r.).

w zakresie niezbędnym do jej podważenia⁴⁶. Zatem, regulacja art. 249a k.p.k. zaproponowana ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw trafnie koresponduje z orzecznictwem ETPCz.

4. Podsumowanie

Wniosek prokuratora w przedmiocie tymczasowego aresztowania w świetle nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. zmierza w kierunku wzmocnienia zasady prawa do obrony. Prawdłowo sformułowany wniosek prokuratora tworzy podstawę do właściwego procedowania sądu i ma przyspieszyć jego działanie. Jednocześnie uzasadnienie wniosku przez wskazanie wszystkich istotnych elementów: podstawy ogólnej, szczególnej, reguł minimalizacji i proporcjonalności, oznaczenie materiału dowodowego, daje rękojmię poszanowania praw oskarżonego. Wprowadzony obowiązek dokładnego i wyczerpującego uzasadniania przez prokuratora wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania wyraźnie wskazuje, że prokurator jest stroną tego postępowania zgodnie z art. 299 § 3 k.p.k. wobec niezawisłego sądu, który ma wyłączną kompetencję do stosowania tymczasowego aresztowania. Na tym tle ustawodawca sprecyzował ponownie, że działania prokuratora podlegają ocenie przez sąd. Wyraźnie zatem ustawodawca wyodrębnił kompetencje prokuratora jako strony w zakresie stosowania tymczasowego aresztowania. Ponadto, sąd poprzez nałożenie na prokuratora obowiązku uzasadniania wniosku w przedmiocie tymczasowego aresztowania został wyposażony w kolejny instrument weryfikacyjny zasadności stosowania tego środka zapobiegawczego jako środka ostatecznego, stosowanego, gdy inne środki zapobiegawcze nie są wystarczające⁴⁷.

Zarówno w Polsce, jak i w Niemczech ustawodawca określił wyłącznie treść postanowienia sądu w przedmiocie tymczasowego aresztowania oraz ogólne wymogi ww. decyzji procesowej, pomijając w kodeksie postępowania karnego treść wniosku prokuratora. W konsekwencji prokuratorzy, formułując wniosek o zastosowanie tymczasowego aresztowania, kierowali się regulacjami dotyczącymi postanowienia sądu. W Niemczech właściwą treść wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania zawarto w wytycznych Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczących postępowania karnego oraz postępowania w sprawie grzywien z dnia 1 stycznia 1977 r., które nie mają mocy prawnej oraz w orzecznictwie. W Polsce prokuratorzy kierują

⁴⁶ Schöps przeciwko Niemcom (skarga nr 25116/94, wyrok z dnia 13 lutego 2001 r.); Svipta przeciwko Łotwie (skarga nr 66820/01, wyrok z dnia 9 czerwca 2006 r.).

⁴⁷ S. Waltoś, *Proces...*, s. 430.

się wyłącznie treścią k.p.k.⁴⁸ oraz z chwilą wejścia nowelizacji z dnia 27 września 2013 r. treścią art. 250 § 2a k.p.k. Umieszczenie art. 250 § 2a k.p.k. jako nowego instrumentu prawnego w k.p.k. wskazuje na ostatecznie odmienne uformowanie instytucji wniosku prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania w odniesieniu do niemieckiego StPO. Sformułowanie art. 250 § 2a k.p.k. oraz jego umiejscowienie w kodeksie postępowania karnego przesądza o bezwzględnym charakterze przesłanek, jakie ma spełniać wniosek prokuratora o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Stwierdzenie braków formalnych wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania obliguje sąd do zastosowania trybu art. 120 k.p.k., który nie jest dostosowany do zmian wchodzących w życie wraz z nowelizacją z dnia 27 września 2013 r.

Wyroki, które zapadły przed ETPCz, wskazują, iż Niemcy oraz Polska w dalszym ciągu kształtują swój system prawny w celu zabezpieczenia praw stron postępowania karnego. Zmiany k.p.k. zapowiedziane nowelizacją z dnia 27 września 2013 r., które wejdą w życie dnia 1 lipca 2015 r., korespondują treścią w zakresie wzmocnienia prawa do obrony tymczasowo aresztowanego z nowelizacją niemieckiego StPO z dnia 29 lipca 2009 r., która weszła w życie już ponad cztery lata temu, czyli dnia 1 stycznia 2010 r. Nowelizacja art. 156 § 5a k.p.k. w powiązaniu z nową regulacją art. 249a k.p.k. jest zmianą pożądaną, gdyż wychodzi naprzeciw przemianom zachodzącym w systemach innych państw. Na przykładzie nowelizacji niemieckiego StPO widać, że konieczne są zmiany o charakterze fundamentalnym w zakresie zasady kontrydiktoryjności oraz prawa do obrony tymczasowo aresztowanego. Niestety zmiany te na przykładzie art. 156 § 5a k.p.k. w zw. z art. 249a k.p.k. są wprowadzane z opóźnieniem. Ustawodawca winien temu zapobiegać poprzez adekwatną reakcję na naruszenia praw stron postępowania.

⁴⁸ W dniu 30 grudnia 2010 r. został skierowany zgodnie z ustawą o prokuraturze projekt wytycznych Prokuratora Generalnego w zakresie tymczasowego aresztowania do Krajowej Rady Prokuratury. Projekt został negatywnie zaopiniowany. W dniu 16 czerwca 2011 r. zostały skierowane zalecenia Prokuratora Generalnego w formie polecenia w przedmiocie konstruowania wniosków o przedłużenie tymczasowego aresztowania do podległych mu prokuratorów. W obecnym kształcie ustawy o prokuraturze Prokurator Generalny nie może wydawać poleceń o charakterze merytorycznym wobec prokuratorów niższego szczebla. Zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy o prokuraturze – prokurator jest obowiązany wykonywać zarządzenia, wytyczne i polecenia przełożonego prokuratora.

Prosecutor's request for provisional arrest in the light of a defendant's right of defence

Abstract

This study explores a prosecutor's request for provisional arrest, which request strengthens the right of defence given the amendments of 27 September 2013. It is claimed herein that a correctly formulated request from a prosecutor constitutes a basis for a court to proceed properly, improving court performance. Accordingly, indication of a general basis, a specific basis, rules of minimisation and proportionality, and relevant evidence in the rationale for the provisional arrest request is essential to ensure that the defendant's rights are respected.

Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania po nowelizacji kodeksu postępowania karnego

Streszczenie

Autorzy omawiają zagadnienie dostępu podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania w świetle ostatnich zmian kodeksu postępowania karnego. Przedmiotem rozważań jest analiza nowych regulacji, w tym przede wszystkim art. 156 § 5a k.p.k. i art. 249a k.p.k., w kontekście realizacji prawa podejrzanego do obrony, zachowania standardów rzetelnego procesu oraz równości broni.

1. Po długim okresie *vacatio legis* weszła w życie nowelizacja kodeksu postępowania karnego¹. Wprowadzone zmiany, jeszcze przed wejściem w życie, wywoływały liczne obawy oraz wątpliwości i to we wszystkich środowiskach prawniczych. Dokonując analizy uchwalonych zmian, należy podkreślić, że obawy te w wielu aspektach są słuszne, a wątpliwości będą zapewne towarzyszyły nowym przepisom jeszcze przez długi czas. Potrzeba zmian jest silna i nieunikniona, ale wszelkie zmiany powinny być bardzo wyważone, zwłaszcza w tak szczególnym postępowaniu, jakim jest postępowanie karne.

Celem niniejszego opracowania jest omówienie materii dotyczącej dostępu podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania. Przy czym wskazać należy, że jeszcze przed wejściem w życie wspomnianej nowelizacji regulacje normujące powyższą kwestię (art. 156 § 5 i 5a k.p.k.) były dostosowywane do standardów gwarantujących prawa osób, wobec których stosowane jest tymczasowe aresztowanie. Już wówczas na tym tle pojawiło się wiele kontrowersji². Krytyka dotychczasowego

¹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247); zob. także zmiany wynikające z ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396).

² A. Tęcza-Paciorek, K. Wróblewski, Dostęp podejrzanego do akt postępowania w przedmiocie tymczasowego aresztowania, PiP 2010, nr 5, s. 68–79 oraz tychże, Skutki wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07, dla realizacji prawa podejrzanego do obrony w postępowaniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania w świetle art. 156 § 5a k.p.k., *Ius Novum* 2011, nr 3, s. 36–54 i powołana tam literatura.

brzmienia przepisów powinna, jak się wydaje, spowodować zmiany regulacji zmierzające w pożądanym kierunku. Jednak, czy tak się rzeczywiście stało? Próba odpowiedzi na to pytanie zostanie podjęta w poniższych rozważaniach.

2. Zgodnie z poprzednim brzmieniem art. 156 § 5a k.p.k., prokurator zobowiązany był w toku postępowania przygotowawczego udostępnić podejrzanemu i jego obrońcy akta sprawy w części zawierającej dowody wskazane we wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania oraz wymienione w postanowieniu o zastosowaniu albo przedłużeniu tymczasowego aresztowania, z tym jednak zastrzeżeniem, że mógł odmówić zgody na udostępnienie akt w tej części wówczas, gdy zachodziła uzasadniona obawa, że narażałoby to na niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia pokrzywdzonego lub innego uczestnika postępowania, groziłoby zniszczeniem lub ukryciem dowodów albo tworzeniem dowodów fałszywych, groziłoby uniemożliwieniem ustalenia i ujęcia współsprawcy czynu zarzucanego podejrzanemu lub sprawców innych czynów ujawnionych w toku postępowania, ujawniłoby prowadzone czynności operacyjno-rozpoznawcze lub zagrażałoby utrudnieniem postępowania przygotowawczego w inny bezprawny sposób.

Znowelizowany art. 156 § 5a k.p.k. stanowi, że w razie złożenia w toku postępowania przygotowawczego wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania podejrzanemu i jego obrońcy udostępnia się niezwłocznie akta sprawy w części zawierającej treść dowodów wskazanych we wniosku. Z przepisu uchylono dotychczasowy katalog przesłanek uzasadniających odmowę udostępnienia akt sprawy. Zostały one natomiast, w formie klauzuli generalnej, wprowadzone do art. 156 § 5 k.p.k. normującego ogólne reguły udostępniania materiałów w toku śledztwa albo dochodzenia. Zgodnie z art. 156 § 5 k.p.k. w toku postępowania przygotowawczego akta udostępnia się stronom, obrońcom, pełnomocnikom i przedstawicielom ustawowym, jeżeli nie zachodzi potrzeba zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania lub ochrony ważnego interesu państwa.

3. Tak dokonana zmiana, w kontekście wzajemnej relacji art. 156 § 5 i 5a k.p.k., wskazuje na wyłączenie możliwości wydania przez prokuratora decyzji odmawiającej podejrzanemu i jego obrońcy dostępu do akt postępowania w części zawierającej treść dowodów wskazanych we wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania. Artykuł 156 § 5a k.p.k. zarówno w zakresie podmiotowym, jak i przedmiotowym stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 156 § 5 k.p.k. Przyjąć zatem należy, że w przypadku złożenia wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania prokurator jest każdorazowo zobowiązany do wyrażenia podejrzanemu i jego obrońcy zgody na dostęp do akt we wskazanej części. Ustawa nie wskazuje wprost, w jakim trybie zgoda taka ma zostać wydana.

Niewątpliwie decyzja o udostępnieniu akt powinna przybrać formę zarządzenia, do czego obliguje prowadzącego postępowanie art. 156 § 5 zd. 2 k.p.k. Nie jest jednak jednoznaczne, czy obowiązek podjęcia rozstrzygnięcia w przedmiocie udostępnienia akt aktualizuje się jedynie w przypadku złożenia przez podejrzanego lub obrońcę stosownego wniosku, czy też decyzja taka powinna być podjęta z urzędu. Dotychczas obowiązujące rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury³ przewidywało, że stanowisko oraz uzasadnienie w przedmiocie udostępnienia podejrzanemu i jego obrońcy akt sprawy powinno być zawarte we wniosku prokuratora o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania, o jakim mowa w art. 156 § 5a k.p.k., a wniosek taki powinien być przesłany do sądu wraz z odpowiednią liczbą kopii dla podejrzanego i jego obrońcy (§ 162 ust. 1 i 2). Zastępujące je rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r.⁴ nie zawiera regulacji stanowiących odpowiednik powołanych przepisów. Tym niemniej, uwzględniając bezwzględny charakter przepisu art. 156 § 5a k.p.k. oraz wynikający z ustawy obowiązek wydania w tym przedmiocie zarządzenia, rozstrzygnięcie takie powinno być wydane z urzędu. Wniosek taki jest tym bardziej zasadny, jeśli zważy się, że podejrzany oraz jego obrońca nie muszą posiadać wiedzy o sporządzeniu przez prokuratora wniosku o zastosowanie bądź przedłużenie tymczasowego aresztowania, a więc istnienia podstaw do złożenia wniosku o dostęp do akt w trybie art. 156 § 5a k.p.k. Żaden przepis ustawy nie nakłada na prokuratora obowiązku informowania podejrzanego i obrońcy o zamiarze albo fakcie złożenia takiego wniosku, ani też doręczania jego odpisu. Ponadto, biorąc pod uwagę czas, jaki upływa od przesłania do sądu wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania do chwili rozstrzygnięcia w tym przedmiocie, trudno byłoby oczekiwać, a następnie rozstrzygać w zakresie wniosku o udostępnienie akt. Podjęcie więc tej kwestii z urzędu przez prokuratora jest nie tylko pożądane, ale wręcz konieczne. Nie rozwiązuje to jednak dalszych problemów związanych z podnoszoną kwestią, o czym szerzej za chwilę.

Należy również zwrócić uwagę, że art. 156 § 5a k.p.k., formułując obowiązek udostępnienia podejrzanemu i jego obrońcy akt sprawy w części zawierającej treść określonych dowodów, wiąże go ze złożeniem w toku postępowania przygotowawczego wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania. Poprzednia redakcja omawianego przepisu obligowała do ujawnienia dowodów wskazanych we wniosku. Mogłoby się

³ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 24 marca 2010 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tekst jedn. Dz. U. z 2014 r., poz. 144).

⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 2014 r., poz. 1218).

wydawać, że nie jest to zmiana istotna, skoro w dotychczasowym stanie prawnym udostępnieniu podlegały jedynie te materiały, które wskazane zostały we wniosku prokuratora, a więc wniosek taki musiał być sporządzony i, podobnie jak obecnie, podlegał złożeniu do sądu. Przedmiotowa zmiana redakcyjna podkreśla jednak istotne konsekwencje przyjętego rozwiązania.

Zgodnie z art. 250 § 3 k.p.k. prokurator przesyła wniosek o tymczasowe aresztowanie wraz z aktami sprawy, zarządzając jednocześnie doprowadzenie podejrzanego do sądu. Podejrzanemu podlega w takiej sytuacji zatrzymaniu (art. 247 § 2 i 5 k.p.k.), co powoduje rozpoczęcie biegu terminu 48 godzin, w ciągu którego musi on zostać przekazany do dyspozycji sądu wraz z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania, a następnie termin 24 godzin od momentu przekazania zatrzymanego do dyspozycji sądu, w ciągu którego należy mu doręczyć postanowienie sądu o zastosowaniu w stosunku do niego tymczasowego aresztowania albo go zwolnić (art. 248 § 1 i 2 k.p.k.). Zestawienie dyspozycji art. 156 § 5a k.p.k. z powołanymi regulacjami prowadzi do wniosku, że ziszczenie się gwarancji podejrzanemu do dostępu do akt w przypadku wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztu następuje na 24 godziny przed zastosowaniem co do jego osoby izolacyjnego środka zapobiegawczego. Obowiązek udostępnienia podejrzanemu i jego obrońcy akt sprawy w części zawierającej treść dowodów wskazanych we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania powstaje bowiem wraz ze złożeniem tego wniosku do sądu, a więc równocześnie z przesłaniem akt sprawy i przekazaniem podejrzanego do dyspozycji sądu, który posiada od tej chwili 24 godziny na rozstrzygnięcie wniosku prokuratora.

4. Jak się trafnie wskazuje, gwarantowana konstytucyjnie obrona powinna być realna i efektywna, a nie iluzoryczna i abstrakcyjna. Musi umożliwiać przedstawienie i obronę własnego stanowiska osobie uczestniczącej w określonym postępowaniu⁵. Nie ulega wątpliwości, że udostępnienie akt sprawy podejrzanemu i obrońcy służyć ma realizacji przez podejrzanego prawa do obrony, z zachowaniem standardów rzetelnego procesu, w tym zasad kontrydiktoryjności oraz równości broni, umożliwiając zapoznanie się z argumentacją oraz dowodami mającymi być podstawą tymczasowego pozbawienia wolności oraz stwarzając realne możliwości ich kwestionowania. Z tej perspektywy, wprowadzona w art. 156 § 5a k.p.k. norma gwarancyjna okazać może się iluzoryczna. Przede wszystkim, okres 24 godzin, który i tak jest okresem maksymalnym, uznać należy za niewątpliwie niewystarczający do rzetelnego zapoznania się z dostępnymi materiałami i przygotowania skutecznej obrony, zwłaszcza w sprawach o rozbudowanym materiale do-

⁵ Por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 listopada 2007 r., sygn. K 39/07 (Dz. U. Nr 230, poz. 1698).

wodowym i ustaleniach faktycznych. Należy przy tym uwzględnić, że wskazany okres nie jest przeznaczony w całości na zapoznanie się z materiałami. Obejmuje także między innymi obieg dokumentów, zarejestrowanie sprawy, wyznaczenie sędziego i terminu posiedzenia sądowego w przedmiocie tymczasowego aresztowania, przygotowanie sędziego do posiedzenia oraz zawiadomienie obrońcy o tym posiedzeniu, przygotowanie (wyodrębnienie) części akt podlegających ujawnieniu (przy ewentualnym czasie niezbędnym na sprowadzenie podejrzanego, np. występującego bez obrońcy), kontakt obrońcy z podejrzanym w czasie umożliwiającym przygotowanie linii obrony. W tym zakresie wskazanie w art. 156 § 5a k.p.k., że udostępnienie akt sprawy nastąpić ma niezwłocznie, zdaje się nie posiadać jakiegokolwiek znaczenia. Ponadto, nie można zapomnieć, że ustawodawca utrzymał w mocy art. 249 § 3 k.p.k. zwalniający sąd z obowiązku zawiadomienia obrońcy o terminie przesłuchania (posiedzenia) przed zastosowaniem środka zapobiegawczego, w szczególności w sytuacji, gdy miałyby to utrudnić przeprowadzenie czynności (wówczas nawet wtedy, gdy wnosi o to podejrzany). Otwartym pozostaje pytanie o zastosowanie w praktyce wspomnianego wyjątku w sytuacji uznania przez sąd, że zawiadomienie o przesłuchaniu i związana z tym konieczność zapewniania obrońcy dostępu do akt doprowadzi do niemożliwości rozstrzygnięcia w przedmiocie tymczasowego aresztowania przed upływem 24 godzin, a co za tym idzie, zwolnienia podejrzanego mimo podstaw do jego tymczasowego aresztowania. Z całą pewnością działanie takie pozostawać będzie w oczywistej sprzeczności z konstytucyjną gwarancją prawa do obrony. Niemniej, obecnie obowiązujące przepisy pozwalają na powstanie takich wątpliwości interpretacyjnych i niebezpieczeństwo ingerencji w konstytucyjne wolności oraz prawo podejrzanego do obrony nie tylko w zakresie niespełniającym konstytucyjnych wymogów konieczności i proporcjonalności, ale naruszającym istotę tego prawa (art. 31 ust. 3 Konstytucji⁶). W najgorszej sytuacji pozostaje podejrzany, który nie posiada obrońcy. Jeśli złoży on wniosek o wyznaczenie obrońcy z urzędu, wniosek taki powinien być rozpoznany, co generuje kolejną zwłokę, zmniejszając efektywny czas na zapoznanie się z aktami sprawy. Problem polega jednak na tym, że ustawa nie przewiduje wyrażonego wprost obowiązku pouczenia podejrzanego o możliwości złożenia na etapie składania wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania zarówno wniosku o ustanowienie obrońcy z urzędu, jak i wniosku o zapoznanie się z aktami postępowania. Co prawda, art. 249 § 5 k.p.k. stanowi, że na żądanie oskarżonego, który nie ma obrońcy, wyznacza się obrońcę z urzędu, jednak obowiązek ten dotyczy wyłącznie posiedzenia w przedmiocie przedłużenia sto-

⁶ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.).

sowania tymczasowego aresztowania oraz rozpoznania zażalenia na zastosowanie lub przedłużenie tego środka zapobiegawczego. Nie odnosi się więc do etapu poprzedzającego zastosowanie tymczasowego aresztowania. Podobnie, przewidziane w art. 250 § 3 k.p.k. pouczenie podejrzanego dotyczy jedynie uprawnień przysługujących mu w wypadku zastosowania tymczasowego aresztowania. Brak jest takiego pouczenia również w wydanym na podstawie art. 263 § 8 k.p.k. rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie określenia wzoru pouczenia o uprawnieniach tymczasowo aresztowanego w postępowaniu karnym⁷. Wzór stanowiący załącznik do powołanego rozporządzenia określa – stosownie do upoważnienia ustawowego – jedynie uprawnienia osoby, w stosunku do której wydane zostało postanowienie sądu o tymczasowym aresztowaniu. Brak jest stanowiących ich odpowiednik rozporządzenia i wzoru, które dotyczyłyby osoby, co do której nie zastosowano jeszcze tymczasowego aresztowania, ale złożony został wniosek o jego zastosowanie. Sytuacja taka jest niezrozumiała. Natomiast argument, że zawsze do dyspozycji pozostaje art. 16 § 2 k.p.k., jest niewystarczający, zwłaszcza w świetle wagi i charakteru przedmiotowych uprawnień związanych z postępowaniem w przedmiocie pozbawienia wolności.

5. Umknęło także uwadze ustawodawcy, że podejrzany i obrońca mogą, niezależnie od wniosku o dostęp do akt sprawy w trybie art. 156 § 5a k.p.k., a więc w części zawierającej treść dowodów wskazanych we wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania, wnioskować również o udostępnienie akt w pozostałym zakresie na podstawie art. 156 § 5 k.p.k. W tym przypadku nawet istniejące wzory pouczeń nie przewidują poinformowania podejrzanego o wskazanym uprawnieniu. Ponadto, wydanie przez prokuratora zarządzenia o odmowie udostępnienia akt śledztwa lub dochodzenia wiązać się może z uruchomieniem postępowania odwoławczego. Zgodnie z treścią znowelizowanego art. 159 k.p.k., właściwym do rozpoznania zażalenia jest obecnie sąd, a konkretnie, wobec braku regulacji szczególnej, sąd właściwy do rozpoznania sprawy (art. 465 § 2 k.p.k.). Zauważyć należy, że sąd ten nie musi być sądem właściwym do rozpoznania wniosku prokuratora o zastosowanie bądź przedłużenie tymczasowego aresztowania. Stosownie do art. 250 § 2 k.p.k. tymczasowe aresztowanie stosuje w postępowaniu przygotowawczym sąd rejonowy, w którego okręgu prowadzi się postępowanie, a w wypadkach niecierpiących zwłoki także inny sąd rejonowy. To z kolei w sposób oczywisty wpływać może na możliwość zachowania, i tak już ograniczonych, gwarancji podejrzanego przy rozstrzy-

⁷ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie określenia wzoru pouczenia o uprawnieniach tymczasowo aresztowanego w postępowaniu karnym (Dz. U. z 2015 r., poz. 885).

ganiu o tymczasowym aresztowaniu w okresie 24 godzin od momentu wpłynięcia wniosku o zastosowanie tego środka wraz z przekazaniem podejrzanego do dyspozycji sądu.

Istotne zastrzeżenia zgłosić należy również w odniesieniu do zakresu materiałów, które prokurator obowiązany jest udostępnić podejrzanemu i jego obrońcy. Artykuł 156 § 5a k.p.k. wyznacza minimalny zakres akt sprawy, na które rozciągnięty zostaje obowiązek udostępnienia, odnosząc ten nakaz zarówno do etapu postępowania związanego z wnioskowaniem o zastosowanie tymczasowego aresztowania, jak i do przedłużenia jego stosowania. Ujawnieniu podlegają akta sprawy w części zawierającej treść dowodów wskazanych we wniosku. Ustawa utrzymała zatem krytykowane⁸ na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy rozwiązanie, zgodnie z którym zakres akt sprawy, jakie obowiązany jest udostępnić podejrzanemu prokurator, uzależniony został od treści sporządzanego przez niego wniosku. Podnoszone w tym zakresie wątpliwości wynikały przede wszystkim z faktu, że zakres materiałów, które miały być udostępniane podejrzanemu i obrońcy na etapie wnioskowania o tymczasowe aresztowanie, uzależniony został ściśle od subiektywnej oceny prokuratora i dokonanego przez niego doboru dowodów, na które powoła się we wniosku. Prokurator obecnie nadal sam decyduje o zakresie swego obowiązku. Przepis nie stanowi co najmniej o dostępie do materiałów obciążających podejrzanego i przemawiających za zastosowaniem lub przedłużeniem tymczasowego aresztowania, ale jedynie o dowodach wyraźnie we wniosku wskazanych. Dowodów, których wyboru dokonuje organ bezpośrednio zainteresowany w rozstrzygnięciu i który przed sądem, tak jak podejrzany, występuje na prawach strony. Pozwala to na sytuację, w której gwarancyjna funkcja art. 156 § 5a k.p.k. nie obejmuje pominiętych we wniosku materiałów obciążających podejrzanego, co oznacza, że może on być arbitralnie i bezzasadnie pozbawiony możliwości poznania dowodów, które mogą stanowić podstawę pozbawienia go wolności i podjęcia skutecznej obrony, przez ich kwestionowanie na etapie postępowania przed sądem. Istotą zapewnienia rzetelności postępowania i równości broni w ramach postępowania o zastosowanie lub przedłużenie tymczasowego aresztowania jest dążenie do zrównania stron w ich uprawnieniach do poznania materiałów znajdujących się w aktach i przedstawienia na ich podstawie swych argumentów w taki sposób, aby żadna ze stron nie była uprzywilejowana względem drugiej, w szczególności, aby podejrzany miał zapewnioną możliwość skutecznej reakcji i kwestionowania zasadności stosowania środka zapobiegawczego. Dlatego też istotnym *novum* w tym zakresie jest ograniczenie podstaw orzekania przez sąd jedynie do materiałów jawnych dla podejrzanego i jego obrońcy. Z uzasadnienia projektu ustawy wynika, że

⁸ A. Tęcza-Paciorek, K. Wróblewski, Dostęp podejrzanego..., s. 70–74.

założeniem nowelizacji jest stworzenie ram prawnych gwarantujących oskarżonemu (podejrzanemu) możliwość efektywnego podważania zasadności stosowania lub przedłużania tymczasowego aresztowania oraz zapewnienie kontradyktoryjnego procedowania i kontroli zasadności przedłużania tymczasowego aresztowania wobec wszystkich tymczasowo aresztowanych⁹. Wskazany kierunek zmian zasygnalizowany został już wcześniej w art. 156 § 5a k.p.k., z którego wyeliminowano rozróżnienie nakazujące udostępnienie akt sprawy zarówno w części zawierającej dowody wskazane we wniosku o zastosowanie albo przedłużenie tymczasowego aresztowania, jak i wymienionych w postanowieniu sądu o zastosowaniu albo przedłużeniu tego środka zapobiegawczego. Tym samym ustawodawca odszedł od konstrukcji dopuszczającej możliwość rozstrzygnięcia i powoływania się w postanowieniu sądu na inne, dodatkowe dowody przemawiające za zastosowaniem tymczasowego aresztowania niż te powołane przez prokuratora w złożonym przez niego wniosku. Regulacja taka potwierdzała, że we wniosku prokuratora nie muszą zostać powołane wszystkie dowody przemawiające za stosowaniem lub przedłużaniem tymczasowego aresztowania i w tym zakresie podejrzany pozbawiany był możliwości podjęcia efektywnej obrony swych praw¹⁰.

Najistotniejszym elementem wprowadzonych zmian jest art. 249a k.p.k., zgodnie z którym podstawę orzeczenia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania mogą stanowić jedynie ustalenia poczynione na podstawie dowodów jawnych dla oskarżonego i jego obrońcy. Sąd uwzględnia z urzędu także okoliczności, których prokurator nie ujawnił, po ich ujawnieniu na posiedzeniu, jeżeli są one korzystne dla oskarżonego. Wynikające z przyjętego rozwiązania ograniczenia chronić mają podejrzanego przed rozstrzygnięciem o tymczasowym aresztowaniu w oparciu o dowody, z którymi nie miał on możliwości się zapoznać.

Wątpliwości budzi jednak, czy w kontekście założeń wprowadzonej reformy nowe przepisy faktycznie zapewniają podejrzanemu równość broni, rozumianą jako pełną możliwość przedstawiania argumentacji oraz kwestionowania zasadności stosowania bądź przedłużania w stosunku do niego tymczasowego aresztowania.

Jak się wydaje, nie wymaga szczególnego uzasadnienia stwierdzenie, że prowadzenie sporu w oparciu o zasady kontradyktoryjności, to nie tylko zwalczanie argumentów przeciwnika procesowego, ale także przedstawianie własnych twierdzeń i okoliczności (oraz potwierdzających je dowodów). Sprowadzenie zakresu obrony wyłącznie do tego, że zagwarantuje się po-

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 870, dostępny na stronie www.sejm.gov.pl, s. 49 oraz 122–124.

¹⁰ A. Tęcza-Paciorek, K. Wróblewski, *Dostęp podejrzanego...*, s. 71 i 74.

dejrzanemu poznanie treści dowodów, które w ocenie prokuratora są dla niego obciążające (a właściwie tych powołanych we wniosku), nie oznacza, że umożliwia się podejrzanemu kwestionowanie zasadności stosowania bądź przedłużania w stosunku do niego tymczasowego aresztowania, a taka zdaje się być idea ustanawianych gwarancji. Możliwość skutecznego kwestionowania przez podejrzanego zasadności wniosku prokuratora o zastosowanie bądź przedłużenie stosowania tymczasowego aresztowania wiąże się z kompleksową oceną zgromadzonego w toku postępowania przygotowawczego materiału dowodowego. W aktach mogą się znajdować dowody przemawiające za niestosowaniem albo nieprzedłużaniem tymczasowego aresztowania. Okoliczność ta nabiera szczególnego znaczenia po zmianach wprowadzonych ustawą z dnia 27 września 2013 r. Podejrzanym może między innymi wywodzić nieistnienia ogólnej przesłanki stosowania środków zapobiegawczych, a więc dużego prawdopodobieństwa, że popełnił zarzucane mu przestępstwo (art. 249 § 1 k.p.k.), podważać na podstawie pozostałego materiału dowodowego wiarygodność dowodów powołanych we wniosku przez prokuratora, wykazywać brak przesłanek szczególnych (art. 258 § 1–3 k.p.k.), istnienie przesłanek negatywnych (art. 259 § 1 i 2 k.p.k.), argumentować, że za zastosowaniem tymczasowego aresztowania nie przemawia rodzaj i charakter obaw wskazanych w art. 258 § 1–3 k.p.k., przyjętych za podstawę stosowania danego środka oraz nasilenie ich zagrożenia dla prawidłowego przebiegu postępowania w określonym jego stadium (art. 258 § 4 k.p.k.), kwestionować prawidłowość przyjętej przez prowadzącego postępowanie kwalifikacji prawnej czynu z punktu widzenia ujemnej przesłanki określonej w art. 259 § 2 k.p.k., czy dowodzić, że w okolicznościach sprawy wystarczające jest zastosowanie innego środka zapobiegawczego (art. 257 § 1 k.p.k.).

Artykuł 249a zd. 2 k.p.k. zobowiązuje w tym zakresie sąd do uwzględnienia z urzędu i ujawnienia podejrzanemu okoliczności, których prokurator nie ujawnił, jeżeli są one korzystne dla oskarżonego. Rozwiązanie takie zakłada jednak, że sąd, który ma być arbitrem rozstrzygającym spór prowadzony przez strony, decydował będzie o zakresie i kierunku obrony. Decyzja o ujawnieniu poprzedzona jest bowiem wcześniejszą oceną, czy określona okoliczność (dowód) jest dla podejrzanego korzystna. Oceny tej dokonywać ma sąd, a nie podejrzanym. Ocena ta nie musi się pokrywać. Co więcej, ocena ta może być błędna, o czym podejrzanym i obrońcą nie będą mieli szansy się dowiedzieć, a co za tym idzie, kwestionować jej w formie zarzutu odwoławczego. Skoro sąd, który z naruszeniem reguł wynikających z art. 7 k.p.k. ocenił dany dowód jako niekorzystny, a w konsekwencji nie ujawnił wynikających z niego okoliczności, choć w rzeczywistości zawiera on treści korzystne dla podejrzanego, zaś dowód taki nie został wskazany we wniosku prokuratora o zastosowanie bądź przedłużenie tymczasowego aresztowania i nie musi być powołany w postanowieniu sądu (sąd zobowiązany jest do podania podstawy dowodo-

wej w zakresie ograniczonym art. 251 § 3 k.p.k., a omawiany dowód nie może być podstawą tymczasowego aresztowania zgodnie z art. 249a zdanie 1 k.p.k., gdyż nie został powołany we wniosku prokuratora), to ustawa nakazuje utrzymanie wiedzy o tym uchybieniu w tajemnicy przed podejrzanym. Nie można uznać, aby rozwiązanie takie spełniało standardy rzetelnego procesu.

Ponadto, nie jest jednoznaczne, czy oceny, że określony dowód jest dla podejrzanego korzystny, sąd ma dokonać na podstawie przekonania opartego o wszystkie przeprowadzone dowody i całokształt okoliczności ujawnionych w postępowaniu, mających znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy też ocena taka ma się odbywać z wyłączeniem dowodów, które – stosownie do art. 249a zd. 1 k.p.k. – nie mogą stanowić podstawy ustaleń i orzekania o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania, a więc niejawnych dla podejrzanego i jego obrońcy. Wydaje się, że choć art. 249a k.p.k. zawiera normę szczególną w stosunku do art. 92 k.p.k., to reguła określona w art. 7 k.p.k. nie doznaje tu ograniczeń. W takim jednak przypadku dowody niepowołane we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania, a prowadzące sąd do niekorzystnych dla podejrzanego ustaleń, skutkujących pozbawieniem go wolności, pozostają poza zakresem gwarancji ustanowionych w art. 249a w zw. z art. 156 § 5a k.p.k.

Ustawa nie precyzuje również, w jaki dokładnie sposób nastąpić ma ujawnienie podejrzanemu dodatkowych okoliczności, ani na czym ma ono konkretnie polegać. Z art. 249a zd. 2 k.p.k. wynika, że ujawnienie nastąpić ma na posiedzeniu. Podkreślić należy, że w przeciwieństwie do art. 156 § 5a k.p.k. artykuł 249a zd. 2 k.p.k. nie zobowiązuje do ujawnienia treści dowodów, ale jedynie do ujawnienia podejrzanemu korzystnych dla niego okoliczności. Wobec wyraźnego brzmienia art. 156 § 5 zd. 1 i 2 k.p.k. ustawa zastrzega prawo udostępnienia stronom akt w toku postępowania przygotowawczego wyłącznie do kompetencji prowadzącego postępowanie. Wnioskując *a contrario*, należałoby przyjąć, że sądowi nie wolno ujawnić podejrzanemu korzystnych dla niego dowodów, a jedynie wskazać na określone okoliczności. Problematyczne wydawałoby się w tym przypadku ujawnienie przez sąd, z jakiego konkretnie dowodu (dowodów) okoliczności te wynikają, choć wiedza taka jest niezwykle istotna, chociażby z punktu widzenia powołania się na nie w środoku odwoławczym. Zwłaszcza, że art. 427 § 1 k.p.k. w obecnym brzmieniu nakłada także na stronę (podejrzanego) obowiązek sformułowania zarzutów stawianych zaskarżanemu rozstrzygnięciu. Wydaje się jednak, że skoro zdanie 1 art. 249a k.p.k. stanowi, że podstawę orzeczenia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania stanowią mogą jedynie ustalenia poczynione na podstawie dowodów jawnych, to także ustalenia korzystne dla podejrzanego poprzedzone muszą zostać ujawnieniem owych korzystnych dowodów. Ustawa nie wskazuje, czy przedmiotowa jawność ma mieć charakter jedynie formalny, a więc sprowadzać się

do poinformowania o określonym dowodzie, czy też materialny. Racje natury celowościowej i systemowej przemawiają za przyjęciem, że sąd powinien umożliwić podejrzanemu i obrońcy zapoznanie się z aktami sprawy w części zawierającej treść dowodów, uznanych przez sąd za źródło korzystnych dla podejrzanego ustaleń faktycznych. Celem ujawnienia jest stworzenie warunków podjęcia rzeczywistej obrony materialnej, a to wiąże się z potrzebą zapoznania się z treścią dowodu. Brak jest również argumentu, dla którego dowód korzystny miałby być ujawniany podejrzanemu w innym zakresie i na innych zasadach niż dowody, o jakich mowa w art. 156 § 5a k.p.k.

Należy również zwrócić uwagę na implikacje wynikające z obecnego brzmienia art. 167 § 1 k.p.k. W postępowaniu przed sądem, które zostało wszczęte z inicjatywy strony, dowody przeprowadzane są przez strony po ich dopuszczeniu przez przewodniczącego lub sąd. W razie niestawiennictwa strony, na której wniosek dowód został dopuszczony, a także w wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, dowód przeprowadza sąd w granicach tezy dowodowej. W wyjątkowych wypadkach, uzasadnionych szczególnymi okolicznościami, sąd może dopuścić i przeprowadzić dowód z urzędu. Wyjątek taki wprowadza niewątpliwie art. 249a zd. 2 k.p.k., nie tylko uprawniając, ale zobowiązując sąd do uwzględnienia z urzędu dowodów korzystnych dla podejrzanego.

Sama jednak gwarancja wynikająca z art. 249a k.p.k. nie jest zabezpieczona sankcją. W art. 427 § 4 k.p.k. uregulowane jest istotne ograniczenie w zakresie zarzutów dotyczących aktywności dowodowej sądu pierwszej instancji. W środku odwoławczym nie można podnosić zarzutu nie przeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeżeli strona nie składała w tym zakresie wniosku dowodowego, niedostatecznej aktywności sądu w przeprowadzaniu dowodu, ani też zarzutu przeprowadzenia dowodu, pomimo braku wniosku strony w tym przedmiocie lub poza zakresem wniosku, z wyjątkiem przypadków, kiedy przeprowadzenie dowodu jest obowiązkowe. Z powyższego wynika, że podejrzanemu pozbawiony zostaje możliwości skutecznego kwestionowania postanowienia sądu z powodu orzeczenia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania na podstawie niekorzystnych dowodów niejawnych dla niego i jego obrońcy. Przepis dopuszcza co prawda możliwość postawienia zarzutu niedostatecznej aktywności sądu w przeprowadzeniu dowodów przemawiających za niestosowaniem środka zapobiegawczego, których przeprowadzenie jest obowiązkowe, jednak podstawowym warunkiem, aby podejrzanemu mógł z powyższego uprawnienia skorzystać, jest posiadanie przez niego wiedzy o uchybieniu sądu w tym zakresie. To natomiast, jak wskazano, może być znacznie ograniczone.

Ponadto, odmiennie określone cele postępowania przygotowawczego w zakresie zbierania, zabezpieczenia i utrwalania dowodów (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.), w tym możliwość utrwalenia przesłuchania świadków w formie

protokołu ograniczonego do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń, które nie muszą zostać zamieszczone z możliwą dokładnością (art. 311 § 3 w zw. z art. 148 § 2 zd. 1 k.p.k.), czy utrwalanie wypowiedzi świadka w formie notatki urzędowej (art. 311 § 5 k.p.k.), budzą wątpliwości co do jakości dowodów (materiałów) podlegających ocenie sądu w postępowaniu w przedmiocie zastosowania bądź przedłużenia tymczasowego aresztowania. Wydaje się, że wymienione osoby winny być przesłuchane w charakterze świadków na posiedzeniu w przedmiocie zastosowania bądź przedłużenia tymczasowego aresztowania, co wynika z art. 97 k.p.k. Niewątpliwie spowodować to może daleko idące opóźnienie w rozpoznaniu wniosku prokuratora, a w niektórych wypadkach prowadzić wręcz do niemożliwości orzekania w czasie określonym w art. 248 § 2 k.p.k.

Nie można także zapomnieć, że utrzymywanie w tajemnicy materiałów zgromadzonych w postępowaniu przygotowawczym, aż do rozpoczęcia biegu terminu 24 godzin przez podjęciem decyzji o zastosowaniu tymczasowego aresztowania, ma i ten skutek, że dopiero w tym okresie podejrzany ma możliwość złożenia wniosków dowodowych celem wykazania okoliczności przeciwnych tym, o których dowiedział się z ujawnionych dowodów. Oznacza to, że podejrzany ma możliwość zgłoszenia wniosków dowodowych (i to jedynie w zakresie ograniczonym ujawnionymi dowodami) na mniej niż 24 godziny przed posiedzeniem sądu. O ile w przypadku dowodu z dokumentów istnieją szanse, aby dowód taki został przedstawiony sądowi, o tyle, jeśli chodzi o zeznania świadka, w większości przypadków, przeprowadzenie takiego dowodu okaże się niewykonalne.

Obawy w tym zakresie budzi możliwość nadużywania utrzymanego w mocy art. 170 § 1 pkt 5 k.p.k., choć, jak się wydaje, w większości przypadków wnioski takie nie będą zmierzały do obstrukcji postępowania, lecz służyć będą rzeczywistej obronie.

Nie bez znaczenia pozostaje również charakter czynności sądu w postępowaniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania. Trafnie zagadnienie to ujął Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 24 lipca 2006 r., sygn. akt SK 58/03¹¹, wskazując, że o ile już na etapie postępowania sądowego stosujący (czy przedłużający) areszt tymczasowy sąd obejmuje swoją wiedzą każdy aspekt toczącego się postępowania, i tym samym jego realna odpowiedzialność za przebieg tego postępowania może już być i jest pełna, to sytuacja, w której sąd nie jest gospodarzem tej fazy postępowania, co wynika z istoty postępowania przygotowawczego, nasuwa obawy, że podejmowane decyzje (*de facto* kontrolne) następują w tym przypadku niejako „na wyrost”, przed uzyskaniem pełnego obrazu możliwego do zebrania ma-

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 lipca 2006 r., sygn. SK 58/03 (Dz. U. Nr 141, poz. 1009).

teriału dowodowego. Rodzić to może po stronie sądu daleko idącą ostrożność przed zakwestionowaniem stanowiska prowadzącego postępowanie przygotowawcze w obawie o dobro (skuteczność) tego postępowania.

6. Podobnie jak w poprzednim stanie prawnym, także obecnie zakwestionować należy brak przepisów ustawy, które gwarantowałyby podejrzanemu doręczenie postanowienia sądu o zastosowaniu bądź przedłużeniu tymczasowego aresztowania. Zgodnie z art. 100 § 4 w zw. z art. 106 k.p.k., postanowienie należy doręczyć podejrzanemu jedynie wówczas, gdy nie był obecny przy jego ogłoszeniu. Uwzględniając przepis art. 250 § 3 k.p.k., przewidujący doprowadzenie podejrzanego do sądu, oraz art. 249 § 3 k.p.k., statuujący obowiązek przesłuchania podejrzanego przez sąd przed wydaniem postanowienia, regułą będzie branie przez podejrzanego udziału w posiedzeniu i obecność przy ogłoszeniu postanowienia. W takiej sytuacji przepisy kodeksu poprzestają na obowiązku ustnego ogłoszenia orzeczenia (art. 100 § 2 w zw. z art. 106 k.p.k. k.p.k.). Uprawnienie podejrzanego do otrzymania odpisu postanowienia gwarantuje wprost jedynie § 298 regulaminu urzędowania sądów powszechnych¹², choć jego realizacja nie jest zabezpieczona żadną sankcją, z której na tym etapie mógłby skutecznie skorzystać podejrzanym w celu zapewnienia sobie wglądu w akta postępowania. W okolicznościach zaś art. 100 § 4 k.p.k. doręczenie odpisu postanowienia następuje stosownie do § 307 ust. 2 powołanego regulaminu, a zatem już na etapie wykonawczym – przez organ wykonujący to postanowienie. Co więcej, przedstawionemu brakowi towarzyszy, wynikające z art. 106 k.p.k., wyłączenie zastosowania w postępowaniu przygotowawczym art. 100 § 8 k.p.k., a więc obowiązku pouczenia podejrzanego o przysługującym mu prawie, terminie i sposobie wniesienia środka zaskarżenia lub o tym, że orzeczenie nie podlega zaskarżeniu¹³. Pouczenie takie przewiduje wzór stanowiący załącznik do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 czerwca 2015 r.¹⁴. Nie wiadomo jednak, kiedy owo pouczenie ma zostać podejrzanemu doręczone. Co natomiast ważniejsze, informuje podejrzanego, że przysługuje mu prawo do wniesienia zażalenia w terminie 7 dni od dnia otrzymania odpisu postanowienia o zastosowaniu lub przedłużeniu tymczasowego aresztowania, podczas gdy, jak wskazano, ustawa w większości przypadków nie nakazuje doręczenia podejrzanemu przedmiotowego postanowienia, a jedynie

¹² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2015 r. – Regulamin urzędowania sądów powszechnych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2316).

¹³ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego, t. I: Artykuły 1–467, Warszawa 2014, s. 430.

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 czerwca 2015 r. w sprawie określenia wzoru pouczenia o uprawnieniach tymczasowo aresztowanego w postępowaniu karnym (Dz. U. z 2015 r., poz. 885).

jego ogłoszenie. Zatem, we wszystkich tych sytuacjach, zgodnie z art. 460 k.p.k., termin do wniesienia przez podejrzanego zażalenia rozpocznie bieg od chwili ogłoszenia postanowienia, a nie, jak wskazuje pouczenie, od jego doręczenia.

7. Podniesione w niniejszym artykule zastrzeżenia mają charakter systemowy. Dotyczą podstawowych założeń związanych z zakresem dowodów podlegających ujawnieniu oraz momentu, w którym materiały te mają być podejrzanemu udostępniane.

Nie znajduje żadnego uzasadnienia przyjęcie jako kryterium jawności akt tego, czy dany dowód zostanie powołany we wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Z definicji wyłącza to bowiem z kategorii materiałów jawnych dowody korzystne dla podejrzanego, nie tylko z tego względu, że przepisy nie zobowiązują do ich wskazania (art. 250 § 2a k.p.k.), ale przede wszystkim dlatego, że powołanie się na nie we wniosku nie leży w interesie prokuratora. Poznanie treści dowodów korzystnych dla podejrzanego może w żaden sposób nie utrudniać postępowania i nie zagrażać jego uczestnikom (a nawet większe jest prawdopodobieństwo, że dowody korzystne dla podejrzanego nie spowodują bezprawnego wpływania przez niego na jego tok). Brak jest zatem jakiegokolwiek powodu, dla którego mają one być z założenia utrzymywane w tajemnicy. Przyjęte rozwiązania wprowadzają natomiast swoiste domniemanie istnienia przeszkody dla ujawnienia akt w tej części. Natomiast przewidziana w art. 156 § 5 k.p.k. możliwość wnioskowania o dostęp do akt postępowania w tej części tworzy pole do arbitralnych ocen prowadzącego postępowanie, wobec ogólnych przesłanek odmowy dostępu, przez co decyzja taka może być całkowicie dowolna i wolna od zewnętrznej kontroli sądowej. Rozwiązania tego rodzaju budzą uzasadnione wątpliwości co do ich konstytucyjności, wobec wcześniejszych rozstrzygnięć Trybunału Konstytucyjnego¹⁵.

Wynikający z nowelizującej ustawy kierunek zmian w zakresie zwiększenia odpowiedzialności stron za wynik postępowania prowadzonego w warunkach sporu przed sądem winien znaleźć odzwierciedlenie również w postępowaniu w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania. To na prokuratorze winien spoczywać ciężar poniesienia ryzyka związanego z wniesieniem wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Skoro prokurator występuje z przedmiotowym wnioskiem, to winien być przekonany, że wniosek ten jest zasadny. Przemawia to za przyjęciem, że we wszystkich przypadkach, w których przed skierowaniem do sądu wniosku o areszt podejrzanego jest zatrzymywany, ujawnieniu podejrzanemu i obrońcy podlegać powinny wszystkie

¹⁵ Por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 3 czerwca 2008 r., sygn. K 42/07 (Dz. U. Nr 100, poz. 648); z dnia 20 maja 2014 r., sygn. SK 13/13 (Dz. U. poz. 694) oraz z dnia 24 lipca 2006 r., sygn. SK 58/03 (Dz. U. Nr 141, poz. 1009).

dowody. Z tej perspektywy można by powiedzieć, że jeśli sąd nie uwzględni wniosku, potwierdzi w ten sposób brak obaw, aby podejrzanym miał utrudniać postępowanie, a także brak podstaw do odmowy udostępnienia akt. Jeśli natomiast sąd zastosuje tymczasowe aresztowanie, to podejrzanym nie powinien mieć już możliwości bezprawnego wpływania na tok postępowania.

Również wprowadzony termin ujawnienia podejrzanemu i obrońcy akt postępowania uznać należy za niewystarczający, a nieobjęty tajemnicą materiał sprawy winien być udostępniony podejrzanemu na wcześniejszym etapie. Nawet uwzględniając przyjęte przez ustawodawcę założenia, minimalnym standardem winno być udostępnienie akt sprawy na etapie zatrzymania i oceny, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy daje podstawę do wystąpienia z wnioskiem o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Takie same przesłanki, które legły u podstaw udostępnienia akt sprawy przy złożeniu wniosku, mogą zostać zrealizowane na wskazanym etapie bez uszczerbku dla prawidłowego toku postępowania, bowiem podejrzanym jest już wówczas izolowany. Rozwiązanie takie zwiększyłoby trzykrotnie czas, w którym podejrzanym miałby, chociażby ograniczoną, możliwość przygotowania się do obrony.

Jednak zasadne wydaje się podtrzymanie postulowanego w poprzednim stanie prawnym wniosku *de lege ferenda*¹⁶, tj. wprowadzenia rozwiązań polegających na wydawaniu decyzji w zakresie dostępu do akt na wcześniejszym etapie postępowania przygotowawczego. W granicach możliwości wynikających z okoliczności konkretnej sprawy mogłoby to polegać na wydaniu jeszcze przed sporządzeniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów lub postawieniem zarzutu w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego zarządzenia, określającego, na podstawie już zebranego w sprawie materiału dowodowego, czy, a jeżeli tak, to w jakim zakresie, uzasadnione jest utrzymanie określonych materiałów w tajemnicy przed podejrzanym, a tym samym, czy uzasadniona jest w tym zakresie odmowa udzielenia mu dostępu do akt. W toku dalszego postępowania i poszerzenia materiału sprawy określano, czy dany materiał winien być również objęty tajemnicą, czy też wydane uprzednio orzeczenie nie powinno go obejmować. Pozwoliłoby to w przypadku późniejszego wnioskowania o tymczasowe aresztowanie na wcześniejsze zaskarżenie przez podejrzanego decyzji odmawiającej mu dostępu do akt, wydłużenie czasu, w jakim miałby on możliwość zaznajomienia się z aktami sprawy oraz zapewniłoby pełniejsze urzeczywistnienie prawa do obrony.

Konkludując powyższe uwagi, wskazać należy, że obecnie obowiązujące przepisy kodeksu postępowania karnego nie rozwiązały problemów dotyczących udostępnienia akt na etapie składania i rozstrzygnięcia wniosku

¹⁶ A. Tęcza-Paciorek, K. Wróblewski, Dostęp podejrzanego..., s. 77.

o zastosowanie tymczasowego aresztowania. Można by nawet pokusić się o stwierdzenie, że problemów tych przybyło.

Pierwsze nieścisłości przy udostępnianiu akt w postępowaniu w przedmiocie stosowania tymczasowego aresztowania pojawiają się już na samym początku. Nie wiadomo bowiem, czy udostępnianie powinno nastąpić z urzędu, czy na wniosek. *De lege ferenda* wydaje się, że winno następować to z urzędu z uwagi na krótki czas między wpływem wniosku do sądu a jego rozstrzygnięciem. Niezwłoczność w postępowaniu w zakresie udostępnienia akt powinna być oczywiście przy tym regułą. Ponadto, należy wskazać, że pożądane jest wprowadzenie regulacji nakładającej na prokuratora obowiązek pouczenia podejrzanego na etapie składania wniosku o zastosowanie tymczasowego aresztowania o możliwości zgłoszenia wniosku o ustanowienie obrońcy z urzędu oraz dostępu do akt, a zatem zrównania w tym zakresie sytuacji osoby, wobec której stosowane jest tymczasowe aresztowanie po raz pierwszy, oraz takiej, wobec której powyższy środek zapobiegawczy ma zostać przedłużony. Obecny model postępowania karnego zmierzać ma do maksymalnego rozszerzenia zasady kontrydiktoryjności, a co za tym idzie, podejrzany i jego obrońca muszą mieć realną, a nie abstrakcyjną możliwość kwestionowania argumentów przedstawionych przez prokuratora. Strony postępowania powinny mieć więc szeroki dostęp do akt postępowania przygotowawczego. Niewystarczającym jest regulacja zawarta w art. 249a zdanie 2 k.p.k., nakładająca na sąd obowiązek uwzględnienia z urzędu i ujawnienia podejrzanemu okoliczności, których prokurator nie ujawnił, jeżeli są one korzystne dla podejrzanego. Jest to bowiem przełamywanie zasady kontrydiktoryjności procesu, oparte o dokonywaną przez sąd ocenę zebranego materiału dowodowego i prowadzącą do wytyczenia ewentualnej linii obrony, co nie musi być korzystne dla podejrzanego. Ciężar prowadzenia obrony zostaje w tym zakresie przesunięty na sąd, który ma być przecież wyłącznie bezstronnym arbitrem. Dopuszczenie podejrzanego do akt postępowania przygotowawczego na wcześniejszym (ze zgłoszonymi powyżej zastrzeżeniami) etapie postępowania powodowałoby, że prokurator, wnosząc o zastosowanie tymczasowego aresztowania, powoływałby we wniosku dowody, które uzna za stosowane, a podejrzany i jego obrońca mogliby wnosić o niestosowanie środka zapobiegawczego, powołując się na dowody zebrane w toku postępowania przygotowawczego, które według ich oceny przemawiają na korzyść podejrzanego. Realizowałoby to w sposób pełniejszy zasadę równości broni, której konsekwencją jest ponoszenie odpowiedzialności za wynik postępowania. Odebranie sądowi na etapie postępowania o zastosowanie tymczasowego aresztowania roli bezstronnego arbitra wydaje się rozwiązaniem nieuzasadnionym. Oczywiście, nie zostaje tu wysunięty postulat o nieograniczony dostęp podejrzanego do akt postępowania przygotowawczego, a jedynie o taki dostęp, którego ograniczenia nie będą naruszać isto-

ty prawa do obrony. Mowa jest zatem o ograniczeniach spełniających konstytucyjny wymóg konieczności i proporcjonalności.

Jednocześnie jako trafne rozwiązanie należy wskazać zmianę przepisu art. 156 § 5a k.p.k. w ten sposób, że sąd, orzekając w przedmiocie zastosowania tymczasowego aresztowania, będzie brał za podstawę rozstrzygnięcia jedynie te niekorzystne materiały, które zostały wskazane we wniosku prokuratora, a nie jak dotychczas również te, które sam uznał za podstawę stosowania tymczasowego aresztowania i w związku z tym powoływał je w orzeczeniu rozstrzygającym w powyższym przedmiocie.

Na koniec wskazać należy, że do katalogu postulatów wypada dołączyć również propozycje wprowadzenia przepisu obligującego sąd do doręczenia z urzędu podejrzanemu i jego obrońcy odpisu postanowienia o zastosowaniu lub przedłużeniu stosowania tymczasowego aresztowania. Poznanie argumentów przemawiających za stosowaniem środka zapobiegawczego ma kluczowe znaczenie dla nakreślenia ewentualnego zażalenia. Samo natomiast ogłoszenie postanowienia na posiedzeniu, na którym z reguły obecny jest podejrzany, nie jest rozwiązaniem wystarczającym. Nie można tracić z pola widzenia okoliczności, że stosuje się wobec podejrzanego najbardziej dolegliwy środek zapobiegawczy, ingerujący w jego podstawowe, konstytucyjne prawo do wolności.

Access by accused persons to files of proceedings for provisional arrest, in the light of recent amendments to the Code of Criminal Procedure

Abstract

This contribution addresses the access by accused persons to files of proceedings for provisional arrest, in the light of recent amendments to the Code of Criminal Procedure. The new regulations, including specifically Article 156, § 5a and Article 249a of the Code of Criminal Procedures, are examined in the context of the implementation of defendants' right of defence and the maintenance of standards for the fair trial and equality of arms.

Jerzy Duży

Teza dowodowa – narzędzie usprawniające i porządkujące proces karny czy hamulec jego efektywności

Streszczenie

Autor krytycznie ocenia koncepcję aktu oskarżenia opartą o formułowanie tez dowodowych. Wyraża pogląd, że konieczne jest odejście od wymogu przedstawiania dowodów w polskim procesie karnym w granicach tez dowodowych, ponieważ nie przystaje ona do realiów procesu karnego.

Teza dowodowa i wymóg przedstawiania dowodów w jej granicach – istotne *novum* wprowadzonej nowelizacji kodeksu postępowania karnego (zob. art. 167 § 1 k.p.k., art. 333 § 1 k.p.k.) – nie doczekała się jeszcze szerszych wypowiedzi doktryny i praktyki prawniczej. Wzmocnieniu roli tezy dowodowej (określenie to pojawiło się wprost w przepisach prawa – art. 167 § 1 k.p.k. i art. 427 § 4 k.p.k.) nie poświęcili należytej uwagi także twórcy dokonanej reformy procesu karnego. Problematyka tezy dowodowej nawet w kontekście planowanego powrotu do rozwiązań sprzed 1 lipca 2015 r.¹ domaga się podjęcia. W dyskusji bowiem nad przyszłością procesu karnego, w tym i nad oceną funkcjonowania modelu procesu kontradyktoryjnego i powodami ewentualnego częściowego powrotu do rozwiązań sprzed 1 lipca 2015 r., powinna zajmować miejsce szczególne.

W pierwszych miesiącach od wejścia w życie znowelizowanej procedury karnej dał się zauważyć proces znacznego spadku kierowanych do sądów aktów oskarżenia. Jedną z przyczyn tego stanu rzeczy była zapewne trudność związana z nową koncepcją aktu oskarżenia opartą o konieczność formułowania tez dowodowych. Wstrzemięźliwość prokuratorów w kierowaniu aktów oskarżenia mogła być podyktowana między innymi obawami przed dokonywanymi przez sądy zwrotami formalnymi w trybie art. 337 § 1 k.p.k. właśnie z powołaniem się na niepoprawność formułowania tez dowodowych. Na problem ten zwrócił uwagę Zastępca Prokuratora Generalnego, prokurator Robert Hernand, otwierając konferencję naukową pod honorowym patronatem Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, która odbyła się

¹ Zob. projekt ustawy z dnia 8 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (opublikowany na stronach Rządowego Centrum Legislacji).

w siedzibie Prokuratury Generalnej w Warszawie w dniu 29 września 2015 r. nt. „Postępowanie karne przed sądem po 1 lipca 2015 r. – pierwsze doświadczenia”. W świetle powyższego rodziło się pytanie: czyżby prokuraturę paraliżowało zadanie opracowania właściwych tez dowodowych z podaniem dowodów na ich poparcie, a ograniczenia wynikające z utrwalonych przyzwyczajęń okazywały się zbyt silne?

Sytuacja dla przeciętnego obserwatora pierwszych miesięcy funkcjonowania znowelizowanej procedury karnej mogła wywołać wątpliwość, czy aby prokuratorzy wiedzą o co, dlaczego i na podstawie jakich dowodów zamierzają oskarżyć i wykazać czyjaś winę przed sądem. Gdyby takie spostrzeżenie było trafne, bardzo źle świadczyłoby to o ich prawniczych kwalifikacjach. Tak oczywiście nie jest. Można było jednak domniemywać, że skoro przed nowelizacją prokuratorzy potrafili wnosić skuteczne akty oskarżenia (w 2014 r. mniej niż co 50 oskarżony został przez sąd uniewinniony, co stanowiło dokładnie 1,94% wszystkich osądzonych)², a więc i dokonywać właściwych ocen, czy uzyskują wyrok skazujący w oparciu o dowody, którymi dysponują i które zamierzali przedstawić w sądzie, to zapewne po 1 lipca 2015 r. z powodu technicznych zmian w tym dokumencie i konieczności innej jego redakcji (wskazanie tez dowodowych) tych umiejętności nagle nie utracili. Czy jednak akt oskarżenia po nowelizacji k.p.k. wprowadza tylko techniczne zmiany. Otóż nie. Problemem w procedurze karnej po 1 lipca 2015 r. stała się zarówno konieczność sformułowania, a następnie przedstawiania dowodów poprzez tezy dowodowe, a także przeprowadzania ich w granicach tez dowodowych. Tak bowiem należy rozumieć treść art. 167 § 1 k.p.k.³. Powoduje to dwa istotne ograniczenia. Pierwsze ma aspekt czysto procesowy. Jeżeli prokurator zbyt wąsko zakreśli tezę dowodową, będzie musiał przez cały przebieg procesu w sądzie czuwać nad tym, by każdorazowo przy przeprowadzaniu dowodu zgłaszać wnioski dowodowe zmierzające do rozszerzenia tej tezy stosownie do przebiegu czynności procesowej. Jeżeli zakreśli je zbyt szeroko, narazi się na zwrot sprawy w trybie art. 337 § 1 k.p.k., a w najlepszym razie na uwagi, że chyba do końca nie wie, o co mu chodzi i czego tak naprawdę chce dowieść. Sądy pomimo likwidacji instytucji zwrotu sprawy prokuratorowi do uzupełnienia istotnych braków postępowania przygotowawczego (zob. uchylony art. 345 k.p.k.) nadal mają zatem możliwość uchylecia się od orzekania poprzez kontrolę formalną aktu oskarżenia. Praktyka stosowania art. 337 § 1 k.p.k. po 1 lipca 2015 r. pokazuje, iż najczęstszą przyczyną zwrotów dokonywanych w tym trybie jest, cyt. „nieprawidłowe

² Zob. Sprawozdanie Prokuratora Generalnego z rocznej działalności Prokuratury za 2014 rok, Warszawa 2015, s. 1–2.

³ Trzeba jednak przyznać, że w świetle literalnej wykładni treści art. 167 § 1 k.p.k. taki wniosek wcale nie jest oczywisty. Można bowiem argumentować, że jeżeli sąd dopuścił dowód, to jego przeprowadzenie nie jest zawężone do uprzednio sformułowanej tezy dowodowej.

sformułowanie tez dowodowych”. Wydaje się, że zarządzenia o zwrocie akt sprawy tak uzasadniane, bez podania, na czym owa nieprawidłowość polega, nie mają podstaw prawnych. Skarga uprawnionego oskarżyciela, jeżeli tylko dostatecznie jasno precyzuje, kto i o co zostaje oskarżony, powinna skutecznie zainicjować proces niezależnie od tego, czy sądowi podoba się, czy też nie, sposób sformułowania w niej tez dowodowych. Niestety, sędziowie zdają się tego nie dostrzegać, wymagając od prokuratorów, by przesłali im akty oskarżenia odpowiadające ich wyobrażeniom, to jest z drobiazgowym zakreśleniem nie tylko, jakie dowody, ale także w jakich granicach, na potwierdzenie z drobnymi szczegółami, czego i w jakiej kolejności zamierzają przedstawić w sądzie. W istocie takie oczekiwania stanowią zaprzeczenie idei skargowości i kontrydiktoryjności postępowania. Trudno wyobrazić sobie kontrydiktoryjny proces karny, w którym to strony mają przekonać sąd do swoich racji, przeprowadzając dowody, a jednocześnie ma on przebiegać według z góry wymaganego i oczekiwanego przez sąd (i stronę przeciwną) scenariusza (przedstawianie dowodów w granicach drobiazgowo rozpisanych w akcie oskarżenia tez dowodowych).

Na tle rysującej się praktyki czynienia przez sądy z nieprawidłowego formułowania tez dowodowych powodu zwrotu aktu oskarżenia prokuratorowi w trybie art. 337 § 1 k.p.k. ujawnia się podstawowa wada dokonanej nowelizacji. Zamiast uprościć proces, w istocie w oparciu o wymóg formułowania tez dowodowych i przedstawiania dowodów w ich granicach, doszło do znacznego skomplikowania tak formuły sporządzenia aktu oskarżenia, jak i przedstawiania dowodów przed sądem. Okazuje się bowiem, że ważniejsze od tego, jakie dowody ma prokurator w sprawie, jest to, jak będą one przedstawione. Koreponduje to z nową, bardzo uciążliwą, co należy jednak podkreślić stanowiącą konsekwencję znowelizowanych przepisów k.p.k., metodą dzielenia akt postępowania przygotowawczego na odrębne zbiory⁴. Wszystko to powoduje, że stronie procesowej nie tylko narzuca się sposób prezentowania dowodów, ale i określa granice dowodzenia. Oczywiście, teza dowodowa wyznacza ramy przeprowadzenia dowodu nieostatecznie, ponieważ można ją rozszerzyć, niemniej sama konieczność czuwania nad tym przez cały przebieg procesu stanowi przykład przerostu formy nad treścią. W konsekwencji wprowadzenia wymogu formułowania tez dowodowych i przedstawiania dowodów w ich granicach stopień sformalizowania procesu bardzo wzrósł. Z tezą tą oczywiście można polemizować, trudniej jednak polemizuje się z liczbami.

Przypomnijmy w tym miejscu, że w 2014 r. wskaźnik procentowy spraw skierowanych do sądu z aktem oskarżenia (w tym z wnioskami w trybie art. 335 k.p.k.) wynosił 34,7% w stosunku do ogółu spraw zakończonych⁵.

⁴ Por. szerzej artykuł M. Szeroczyńskiej pod wymownym tytułem „Czy ktoś chce wprowadzić bałagan w akta postępowania przygotowawczego”, *Palestra* 2015, nr 9–10, s. 32–40.

⁵ Zob. Sprawozdanie Prokuratora Generalnego cyt. w przypisie 2, s. 40.

Analiza, co prawda fragmentarycznych danych dotyczących liczby aktów oskarżenia i wniosków w trybie 335 k.p.k. skierowanych do sądów w pierwszych miesiącach funkcjonowania znowelizowanej procedury karnej⁶, prowadzi do wniosku, że prokuratorzy najwyraźniej „wstrzymywali się” tam, gdzie to możliwe, przed kierowaniem aktów oskarżenia w sprawach skomplikowanych, czekając na ukształtowanie się pewnej praktyki między innymi co do formułowania tez dowodowych.

Przypomnijmy, że akty oskarżenia przed pierwszym lipca 2015 r. nie zawierały wyszczególnienia tez dowodowych, a pomimo to, jak już podano, sądy podzielały zdanie prokuratora, wydając wyroki skazujące w blisko dziewięćdziesięciu ośmiu procentach spraw zakończonych wniesieniem aktu oskarżenia. Mniemam, że w przytłaczającej większości spraw były to wyroki sprawiedliwe i z takim właśnie poczuciem zostały wydane, na skutek wniesionych z równym przekonaniem przez prokuratorów aktów oskarżenia⁷.

Na tle wiązania wymogów stawianych skardze publicznej w postaci sformułowania tez dowodowych, a następnie prezentowania dowodów w ich granicach, ujawniło się podstawowe niebezpieczeństwo znowelizowanej procedury. Nie tylko zwiększenia formalizmu, ale nade wszystko zagrożenie dla prawdy materialnej w procesie i zasady swobodnej oceny dowodów. Okazuje się bowiem, że obecnie nie tylko ważne jest to, jakie są dowody w sprawie, ale czy „zmieszczą się” one w zakreślonej uprzednio tezie dowodowej. Zdaje się to oczywistym nadużyciem powyższych zasad, a także zasady skargowości i kontradiktoryjności postępowania – stronie procesowej narzuca się bowiem poprzez instytucję tezy dowodowej i wymóg przedstawiania dowodów w jej granicach sposób ich prezentowania. W konsekwencji prokuratora zmusza to do przyjęcia niekorzystnej taktyki procesowej. Ten tylko wniosek wystarcza, aby koncepcję dotyczącą tezy dowodowej w znowelizowanej procedurze uznać za chybioną.

Wymóg formułowania przez prokuratora tez dowodowych wymaga zachowania wzmożonej czujności przez prokuratora przez cały przebieg procesu, bowiem jeżeli nie złoży on nowych wniosków dowodowych i tym samym nie rozszerzy tez dowodowych, strona przeciwna będzie mogła podnieść zarzut, że przeprowadzony dowód wyszedł poza tezę dowodową i jako taki nie może stanowić podstawy wyroku. Co więcej, błędu tego nie uda się

⁶ Dane za trzeci kwartał 2015 r. odnośnie liczby skierowanych aktów oskarżenia i wniosków w trybie art. 335 k.p.k. do sądów okręgu warszawskiego i krakowskiego pokazują drastyczny spadek ich liczby w stosunku do analogicznego okresu z roku poprzedniego – zob. szerzej artykuł opublikowany w „Gazecie Prawnej” z dnia 28 października 2015 r. pt. „Nowela k.p.k. odbija się czkawką. Czy należy cofnąć reformę?”.

⁷ Znamiennym jest, że dokonując reformy procesu karnego, w motywach nowelizacji ani razu nie powołano się na niesprawiedliwość orzeczeń wydawanych przed nowelizacją, takie głosy nie były także podnoszone w doktrynie w ramach dyskusji nad koniecznością reformy procesu karnego.

już w związku z przepisami dotyczącymi prekluzji dowodowej naprawić w postępowaniu odwoławczym (zob. art. 427 k.p.k.). Taka teza jest co prawda dyskusyjna, ponieważ można argumentować, że skoro sąd dopuścił dowód nawet w sposób dorozumiany (zob. zdanie pierwsze art. 167 § 1 k.p.k.), to on istnieje niezależnie od granic sformułowanej tezy dowodowej. Niezależnie jednak od tego, jak orzecznictwo rozstrzygnie zarysowany dylemat, istnieje realne niebezpieczeństwo zniweczenia dowodu przeprowadzonego przez stronę poza tezą dowodową. Co więcej, sąd nie ma obowiązku naprawienia zaniechania prokuratora w rozszerzeniu tezy dowodowej nawet wtedy, gdy przyglądając się zmaganiom stron na sali sądowej, zaniechanie to zauważy. Co więcej, przepis art. 167 § 1 k.p.k. zdanie trzecie uprawnia takie (przeprowadzenie dowodu poza granicami tezy dowodowej) daje sądowi tylko na zasadzie „wyjątku od wyjątku”⁸.

Wreszcie, powstaje problem co z efektami czynnościami, które dopiero z perspektywy kolejnych dowodów przedstawianych przed sądem nabierają znaczenia. Jeżeli nie mieściły się w granicach wcześniej zgłoszonych tez dowodowych, i w tym przypadku powstaje pytanie o ich wartość dowodową. Jeżeli przyjęć rygorystyczną interpretację konsekwencji, do jakich prowadzi przeprowadzenie dowodu poza tezą dowodową, konieczne będzie powtórzenie takich czynności przed sądem w granicach nowej lub rozszerzonej tezy dowodowej. Ewidentnie wydłuży to proces, nie mówiąc o tym, że prokurator po każdym terminie będzie musiał dokonywać swoistej rekapitulacji wcześniej zaprezentowanych dowodów, czy aby nie wymagają one powtórzenia w związku z koniecznością rozszerzenia tez dowodowych. Wbrew intencjom ustawodawcy grozi to wydłużeniem procesu.

Oczywiście, w przypadku przedstawiania dowodów odciążających tożsame problemy z przedstawianiem dowodów w granicach tez dowodowych będzie miała obrona, niemniej prokurator znajduje się w znacznie trudniejszej sytuacji. Po pierwsze, w przeciwieństwie do obrońcy musi swoje tezy dowodowe ujawnić już na samym początku procesu, w akcie oskarżenia. Po drugie, to jego obciąża ciężar dowodu. Po trzecie wreszcie, obowiązuje go bezstronność na każdym etapie postępowania, co powoduje, że nie może tak po prostu ignorować informacji, które pojawiły się poza tezą dowodową strony przeciwnej. W kontradiktoryjnym procesie karnym na tle tez dowo-

⁸ Jak trafnie zauważa W. Gontarski, „na gruncie noweli wrześniowej sąd w zakresie zadania poznawczego ma co do zasady odpowiedzieć nie na pytanie jak było, tylko na pytanie o wiarygodność cudzych twierdzeń, chyba że sąd na zasadzie wyjątku od wyjątku («w wyjątkowych wypadkach uzasadnionych szczególnymi okolicznościami») i w ramach dowolności («sąd może») przeprowadzi postępowanie dowodowe z urzędu” – zob. tegoż, (w:) System Prawa Karnego Procesowego. Proces karny. Rozwiązania modelowe w ujęciu prawnoopównawczym, t. II, pod red. P. Kruszyńskiego, Warszawa 2014, s. 151.

dowych mamy zatem do czynienia z ewidentnym naruszeniem zasady równości broni – zasady, która przecież taki model procesu warunkuje.

Ograniczenia procesowe związane z instytucją tezy dowodowej nie wyczerpują niestety zastrzeżeń, jakie można kierować pod adresem tej instytucji. Koncepcji przedstawiania dowodów w granicach tez dowodowych i tezie dowodowej w ogóle postawić można daleko poważniejsze, systemowe zarzuty. I tak, po pierwsze prezentowanie dowodów w granicach tez dowodowych zdaje się stanowić emanację formalnej teorii prawdy z jej najgorszymi konotacjami. Nie liczy się bowiem to, co np. świadek powiedział w sądzie, ale to, czy to, co powiedział, mieści się w granicach odpowiednio sformułowanej tezy dowodowej. Nazwać to zbędnym formalizmem procesu to zdecydowanie za mało. Jest to raczej współczesny przejaw starej koncepcji legalnej teorii dowodów. Utrzymanie takiego rozwiązania może prowadzić do obniżenia poziomu sprawowanego przez sądy wymiaru sprawiedliwości. Zamiast bowiem oceniać, co jest prawdą, a co nie, rola sędziego będzie sprowadzała się w pierwszym rzędzie do oceny, czy wymóg przedstawienia dowodów w granicach tez dowodowych został spełniony. Prokuratorów natomiast może skłaniać do przyjmowania postaw oportunistycznych. Skoro nowy proces inicjowany nowym aktem oskarżenia ma być tak skomplikowany i sformalizowany, a jego wynik ma obciążać tylko prokuratora⁹, to zgodnie z regułami wyboru optymalnego rośnie pokusa, by za wszelką cenę zakończyć go w trybie konsensualnym¹⁰ bądź w jakiś inny sposób (przede wszystkim w postaci rezygnacji z aktu oskarżenia).

Wszystkie powyższe uwagi można by traktować w kategoriach mniej lub bardziej uprawnionej krytyki nadmiernych obciążeń i wymogów, jakie poprzez instytucję tezy dowodowej i rygor przeprowadzania dowodów w jej granicach nowelizacja procedury karnej nałożyła na prokuratorów, gdyby nie daleko poważniejsze możliwe skutki konieczności przedstawiania dowodów w granicach tez dowodowych w określonych kategoriach spraw.

W dyskusji nad nowelizacją procedury karnej dominuje spojrzenie zderzające punktem odniesienia. Stąd też prokuratorzy, sędziowie i adwokaci oceniając poszczególne rozwiązania odnoszą się do nich z perspektywy swojej profesji prawniczej¹¹. Niniejsza publikacja także nie jest od tego wol-

⁹ Jak pisze P. Hofmański odnośnie znowelizowanej procedury, „zadaniem sądu nie będzie poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, jak było, ale na pytanie, czy oskarżyciel, na którym spoczywa ciężar dowodu w znaczeniu formalnym dowiódł, że oskarżony jest winny” – Zasada prawdy w postulowanym modelu procesu karnego, (w:) K. Kremens, J. Skrupka (red.), Pojęcie, miejsce i znaczenie prawdy w polskim procesie karnym, Wrocław 2013, s. 47.

¹⁰ Mimo jednoznacznie pozytywnej oceny trybów konsensualnych należy jednak zauważyć, że są jednak granice, których nie powinno się, korzystając z tych trybów, przekraczać.

¹¹ Bardzo ciekawe uwagi zawarł na ten temat w swoim wystąpieniu pt. „Sprawiedliwy wyrok w nowym modelu postępowania karnego” na konferencji naukowej „Postępowanie karne przed sądem po 1 lipca 2015 r. – pierwsze doświadczenia”, która odbyła się w dniu 29 września 2015 r. w Warszawie, adw. dr Łukasz Chojniak.

na. W dyskusji tej, z oczywistych względów, brakuje jednej jakże istotnej perspektywy – sprawcy. Spróbujmy, choć to oczywiście zadanie nie do końca wykonalne, spojrzeć na problem tezy dowodowej i przedstawienia dowodów w jej granicach oraz odpowiadający jej akt oskarżenia jego oczyma.

Kategoria sprawcy czynu zabronionego nie jest jednorodna. Na użytek prowadzonych rozważań podzielmy sprawców niezależnie od ciężaru gatunkowego przestępstw, których się dopuścili, na niezorganizowanych i zorganizowanych. W przypadku tych pierwszych akt oskarżenia oparty o tezy dowodowe i proces oparty na przedstawieniu dowodów w granicach tez dowodowych może w zgodzie z celem procesu ułatwić rzetelny proces karny, dając im możliwość ustosunkowania się do przedstawianych dowodów i podjęcia skutecznej obrony. Oczywiście, w tym kontekście, pomimo opisywanych wyżej słabości koncepcji prezentowania dowodów w granicach tez dowodowych, nie jest to zarzut (z zastrzeżeniem jednak koniecznego udziału autora aktu oskarżenia, ponieważ w przeciwnym wypadku występujący w sądzie prokurator na podstawie tez dowodowych nie będzie wiedział, dlaczego jego kolega postanowił wnieść akt oskarżenia, zorientuje się dopiero wówczas, gdy „na ślepo” dowody te w myśl tez przeprowadzi).

Akt oskarżenia po nowelizacji można tu porównać do konstrukcji pozwu w prawie cywilnym i w takich przypadkach nie będzie to wadą. W zdecydowanej jednak większości przypadków perspektywę procesu wobec takich sprawców będą jednak kształtować realia konsensualne. Wystarczy spojrzeć na rozszerzenie możliwości stosowania instytucji z art. 335 k.p.k. na zbrodnie, wprowadzenie art. 59a k.k., aby uznać, że w zdecydowanej większości przypadków wobec takich sprawców proces zakończy się w trybie konsensualnym, względnie umorzeniem na wniosek pokrzywdzonego. Nie dojdzie w nim zatem do przedstawiania dowodów przed sądem w granicach tez dowodowych. Prezentowanie dowodów w granicach tez dowodowych zasadniczo będzie dotyczyć poważnych przestępstw gospodarczych, częściowo poważnych przestępstw kryminalnych, w znacznej części lub nawet w większości przypadków popełnionych w ramach działalności zorganizowanych grup przestępczych.

Konstrukcja aktu oskarżenia po nowelizacji procedury karnej nawiązująca do cywilistycznej koncepcji pozwu pełnić ma funkcję porządkującą i precyzyjnie wyznaczyć tok przyszłego procesu oraz usprawnić jego przebieg. Niestety, taka koncepcja aktu oskarżenia nie wytrzymuje konfrontacji z rzeczywistością, ponieważ to, co dobre na gruncie prawa prywatnego, nie musi sprawdzać się na gruncie prawa publicznego.

W stosunkach cywilnoprawnych możemy założyć z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością, że pozwany będzie odpowiadał na pozew, przedstawiając dowody zgodne z rzeczywistością, choć zapewne pominięciem milczeniem te dla siebie niewygodne. W procesie karnym, zwłaszcza

w przypadku przestępcy zorganizowanego, możemy z podobną dozą prawdopodobieństwa przyjąć, że nowa koncepcja aktu oskarżenia ułatwi mu, zwłaszcza w przypadku, gdy nie będzie tymczasowo aresztowany, wygenerowanie fałszywych dowodów, przedstawienie swoistych fałszywych antytez dowodowych w stosunku do tych zawartych w akcie oskarżenia. Przestępca dzięki nowej koncepcji skargi publicznej i sposobie prezentowania dowodów uzyskuje bowiem ogromną przewagę – bezcenne informacje na temat planowanego postępowania dowodowego, a jednocześnie gwarancję, że nic nieprzewidzianego w procesie się nie zdarzy, prokurator niczym go nie zaskoczy, ponieważ wiążą go granice tez dowodowych. Jeżeli prokurator nawet spróbuje poza nie wyjść, to musi poinformować o tym sprawcę, rozszerzając tezę dowodową na rozprawie, co umożliwi przygotowanie jej antytezy itd. W procedurze karnej sprzed 1 lipca 2015 r., abstrahując od tego, że zadaniem postępowania przygotowawczego było zabezpieczenie i utrwalenie dowodów dla sądu i nie stanowiło tak jak obecnie tylko materiału do wniesienia aktu oskarżenia (zob. art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.), brak obowiązku formułowania tez dowodowych powodował, że przestępcy nie mieli łatwego zadania, chcąc sfabrykować dowody. Nie wiedzieli bowiem często, do czego może zmierzać prokurator. W obecnych realiach przestępcy zorganizowani wraz z aktem oskarżenia uzyskują pełną wiedzę o planach prokuratora, mając zarazem gwarancje, że jeżeli będzie on zamierzał wyjść poza określone przez siebie schematy (zob. tezy dowodowe), na pewno ich o tym poinformuje, bo ma taki prawny obowiązek (chodzi o konieczność rozszerzenia tezy dowodowej). Oczywiście, należy zastanowić się, czy zaprezentowane wyżej obawy nie są przesadzone. Przestępcy zorganizowani przecież nie od 1 lipca 2015 r. mogą wpływać na treść zeznań, fabrykować dowody, słowem mataczyć w procesie. Nigdy jednak nie znaleźli się w tak korzystnej sytuacji jak dziś. Mając na względzie fakt, że po 1 lipca 2015 r. w procesach prowadzonych na podstawie znowelizowanych przepisów to w sądzie toczy się postępowanie dowodowe i to dowody przeprowadzone przed sądem mogą stanowić podstawę wyroku, to otrzymując akt oskarżenia z tezami dowodowymi, których granice wiążą prokuratora, podczas przyszłego przedstawiania dowodów przed sądem sprawcy dostają w istocie do wiadomości dokument równoważny w treści planowi czynności śledczych. Czy w takich warunkach wobec przestępców zorganizowanych uda się prokuratorowi uzyskać skazujący wyrok? Niestety, w bardzo wielu wypadkach zapewne nie. Nie wystarczą tu bowiem ułomne możliwości, jakie daje art. 404a k.p.k. W tym trybie nie można bowiem powołać biegłego, wydawać postanowień ani prowadzić przesłuchań, są to bowiem czynności wymagające sporządzenia protokołu.

Przedstawionej wizji niebezpieczeństw, jakie niesie ze sobą koncepcja przedstawiania dowodów w granicach tez dowodowych w przypadku zorga-

nizowanych form przestępczości, można by postawić zarzut skrajnego pesymizmu, niewiary w skuteczność prokuratora i przesadnych obaw, gdyby nie to, że w jakimś stopniu już została ona zweryfikowana empirycznie. Mowa o doświadczeniach włoskich. Włoska reforma procesu karnego jest uznawana za najdalej posunięte w Europie kontynentalnej rozwiązanie skargowo-kontraduktoryjne¹². Pod wpływem wyroków sądów i Trybunału Konstytucyjnego¹³, zwłaszcza w odniesieniu do przestępczości zorganizowanej¹⁴, na powrót w tych kategoriach spraw zwrócono się w stronę inkwizycyjności postępowania. Ma to swoją wymowę, której trudno zaprzeczyć. Warto przyrzec się przyczynom tego stanu rzeczy, by nie powtarzać tych samych błędów. W przeciwnym wypadku grozi nam w obliczu prawdopodobnej niskiej skuteczności nowego modelu procesu wobec zorganizowanych form przestępczości rozdział procedury karnej na tą stosowaną wobec „zwykłych” sprawców i tą stosowaną wobec sprawców „zorganizowanych”. Nic gorszego polskiej procedury karnej nie mogłoby spotkać. Prowadziłoby to bowiem do jej dysfunkcjonalności, groziło arbitralnością ocen i rodziło pytania o równość wobec prawa. Warto, oceniając zmiany, jakie zachodzą w polskiej procedurze karnej, w tym ewentualny powrót do części rozwiązań sprzed 1 lipca 2015 r., mieć to na uwadze.

Konkludując, konieczne jest pilne odejście od wymogu przedstawiania dowodów w polskim procesie karnym w granicach tez dowodowych, w tym i powrót do koncepcji aktu oskarżenia sprzed nowelizacji, ponieważ obecne rozwiązania nie przystają do realiów procesu karnego. Z obserwacji praktyki i analizy choćby tylko fragmentarycznych danych statystycznych za pierwsze miesiące funkcjonowania znowelizowanej procedury karnej widać już wyraźnie, że zarówno koncepcja wymogu prezentowania dowodów w granicach tezy dowodowej, jak i sama instytucja tezy dowodowej jako narzędzia, które ma uporządkować i usprawnić przebieg kontraduktoryjnego procesu karnego, okazała się chybiona. Dalsze trwanie przy tym rozwiązaniu groziłoby postępującą niewydolnością organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości w obszarze przestępczości zorganizowanej.

Zatem, koncepcja przedstawiania dowodów w granicach tez dowodowych oraz odpowiadający jej kształt aktu oskarżenia będący jej emanacją nie stała się narzędziem usprawniającym i porządkującym proces karny. Biorąc pod uwagę nawet krótkie doświadczenia z kilku miesięcy funkcjonowania znowelizowanej procedury, można stwierdzić że dalsze trwanie przy rozwiązaniu

¹² Por. M. Warchoł, (w:) System Prawa Karnego..., *op. cit.*, s. 652.

¹³ M. Warchoł, *ibidem*, s. 541–542.

¹⁴ Zob. szerzej M. Rogacka-Rzewnicka, Zagadnienia uwarunkowań systemowych w realizacji zasady kontraduktoryjności w postępowaniu karnym, (w:) Przyszłość prokuratury po zmianach w 2015 r., Warszawa 2015, s. 24.

polegającym na przedstawianiu dowodów w granicach uprzednio zakreślonych tez dowodowych stanowiłoby istotny hamulec jego efektywności.

Statement of facts to be ascertained – tool to streamline and organize or to hamper effectiveness of the criminal procedure

Abstract

This paper takes a critical view of the new concept for an indictment, which concept is based on formulating statements of facts to be ascertained. It is argued that, existing in Polish criminal procedure, the requirement to present evidence as part of the said statements needs to be abandoned as it fails to correspond with the realities of the criminal procedure.

Elżbieta Hryniewicz-Lach

Kompensacja szkód i krzywd w prawie karnym

Streszczenie

Przedmiotowe opracowanie ma na celu zwrócenie uwagi na znaczenie kompensacji właściwe prawu karnemu. Zagadnienie to związane jest bowiem, również na gruncie prawa karnego, przede wszystkim z materialnym naprawieniem szkody lub zadośćuczynieniem pieniężnym za doznaną krzywdę, które jest domeną prawa cywilnego. Uzasadnia to równoległe wyodrębnienie kompensacji karnoprawnej, która nie wyczerpuje się w świadczeniu materialnym, lecz nacechowana jest właściwą temu prawu reakcją moralną na wyrządzone bezprawie. Przedmiotowy artykuł przybliży karnoprawny – moralny aspekt kompensacji i odnosi do niego kompensację w ujęciu materialnym, będącym domeną prawa cywilnego.

Pojęcie kompensacji

Kompensacja (łac. *compensatio*) to pojęcie z zakresu prawa cywilnego, oznaczające umorzenie wzajemnych zobowiązań stron danej czynności prawnej przez zaliczenie jednego z nich na poczet drugiego¹. Z czasem pojęcie to rozszerzyło swoje znaczenie o inne sposoby jego rozumienia związane z czynnością (re-)kompensowania, rozumianą jako wyrównywanie szkód i krzywd wywołanych bezprawnym zachowaniem innego podmiotu². Wyrównywanie to, w znaczeniu uzyskania rekompensaty od sprawcy przestępstwa³, może być przy tym materialne, oparte na założeniu równorzędności stron – uprawnionej i zobowiązanej do kompensacji, co jest domeną prawa cywilnego. Może ono również przyjąć formę wyrównania o charakterze niematerialnym, przez niepieniężne równoważenie wyrządzonego bezprawia⁴.

¹ M. Pyziak-Szafnicka, (w:) A. Olejniczak (red.), System Prawa Prywatnego, t. 6: Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2014, s. 1484.

² W. Zalewski, (w:) T. Kaczmarek (red.), System Prawa Karnego, t. 5: Nauka o karze. Sądowy wymiar kary, Warszawa 2015, s. 113–122.

³ W ten sposób kompensacja będzie rozumiana w dalszej części tego opracowania.

⁴ Choć należy wskazać, że koncepcja oddzielenia karnoprawnej moralnej kompensacji w ujęciu niepieniężnym od cywilnoprawnej materialnej rekompensaty jest stosunkowo nowa. Dotychczas kompensację w prawie karnym utożsamiano głównie z materialnym naprawieniem

Ta druga forma kompensacji jest domeną prawa karnego opartego o układ wertykalny, w którym podmiot karzący dysponuje władzą nad podmiotem poddanym odpowiedzialności karnej. Z władzy tej może korzystać w granicach ustanowionych przez system prawny, w którym oba te podmioty funkcjonują. Wspomniana władza służy natomiast do zapewniania podmiotom, które reprezentuje, poczucia sprawiedliwości i bezpieczeństwa. Skompensowanie bezprawia wyrządzonego przestępstwem staje się w tej sytuacji celem reakcji karnej, obok drugiego z celów tej reakcji w postaci prewencji, czyli powstrzymywania jednostek od popełniania przestępstw.

W polskiej literaturze wskazane ujęcie kompensacji na gruncie prawa karnego, rozumianej jako niematerialne wyrównywanie szkód i krzywd wyrządzonych przestępstwem, rozwijało się głównie w nurcie tzw. sprawiedliwości naprawczej. W proponowanym tam spojrzeniu na prawo karne podnieszono kwestię zaangażowania sprawcy – tam, gdzie z uwagi na rodzaj przestępstwa i sposób jego popełnienia oraz postawę sprawcy jest to możliwe – w naprawienie wyrządzonego przez siebie bezprawia i jego konfrontacji z pokrzywdzonym oraz lokalną społecznością, w której przestępstwo zostało popełnione. Rola władzy publicznej miałaby w takim przypadku polegać na formułowaniu ram, w których może dojść do porozumienia i jego realizacji obejmującej sposób naprawienia szkody i zadośćuczynienia wyrządzonej krzywdzie, jak też do podjęcia przez sprawcę określonych zobowiązań i kontroli ich wykonania, służących celom prewencyjnym⁵. Zaangażowanie trzech zainteresowanych stron w prace nad osiągnięciem porozumienia co do sposobu naprawienia wyrządzonego bezprawia miało w założeniu służyć w wyższym stopniu osiągnięciu celu kompensacyjnego. Wyposażenie indywidualnego pokrzywdzonego oraz podmiot zbiorowy w postaci lokalnej społeczności w instrumenty realnego wpływu na sytuację sprawcy przestępstwa miało natomiast pozwolić na zaspokojenie poczucia sprawiedliwości, a tym samym osiągnięcie celu kompensacyjnego zarówno w ujęciu indywidualnym, jak i generalnym (społecznym)⁶.

szkody, a aspekt moralny łączono z zaspokojeniem społecznego poczucia sprawiedliwości w ramach (wyodrębnianego przez niektórych autorów) celu sprawiedliwościowego lub prewencji generalnej. Por.: M. Cieślak, Węzłowe pojęcia związane z sensem kary, *Nowe Prawo* 1969, nr 2, s. 208–211; B. Janiszewski, Naprawienie szkody a cele wymiaru kary, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2002, nr 2, s. 49–54; K. Buchała, Komentarz do art. 53 k.k., (w:) K. Buchała, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116 Kodeksu karnego*, Kraków 1998, s. 414–416.

⁵ N. Christie, Conflicts as property, *the British Journal of Criminology* 1977, nr 1, s. 10–12.

⁶ Szerzej na ten temat: W. Zalewski, Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?, Gdańsk 2006, s. 168–204; M. Płatek, Teoria sprawiedliwości naprawczej, (w:) M. Płatek, M. Fajst (red.), *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, Warszawa 2005, s. 71–107. Por. też N. Christie, *ibidem*, s. 1–14.

Koncepcje sprawiedliwości naprawczej są mocno zróżnicowane, w zależności od sposobu rozumienia jej postulatów i możliwości ich realizacji w ramach systemu prawnego, w jakim sprawiedliwość naprawcza miałaby funkcjonować. W polskim prawie karnym istnieją jednak instrumenty umożliwiające wdrożenie rozwiązań zgodnych z jej duchem. Rozwiązania te zakładają osiągnięcie moralnej kompensacji w wyniku sprawiedliwej reakcji na wyrządzone bezprawie oraz uwzględnienie, o ile w danym przypadku jest to możliwe i wydaje się zasadne, zaangażowania sprawcy w naprawienie wyrządzonej szkody i krzywdy, w procesie wyboru właściwej reakcji karnej⁷. Na tej podstawie można wstępnie wskazać, że kompensacja w prawie karnym oznacza przywrócenie poczucia sprawiedliwości i może być rozpatrywana w ujęciu indywidualnym (z perspektywy pokrzywdzonego przestępstwem) oraz w ujęciu generalnym (z perspektywy społeczeństwa, a przynajmniej lokalnej społeczności). Ponadto, może mieć ona charakter moralny, czyli oparty na zastosowaniu środków niepieniężnych, właściwych prawu karnemu, jak też charakter materialny, oparty na świadczeniu o charakterze majątkowym.

Kompensacja jako cel reakcji karnej

Cel reakcji karnej to stan, jaki zamierza się osiągnąć, stosując tę reakcję. Od zadań instrumentów karnych, które realizowane są w trakcie ich stosowania, cel różni to, że stanowi on stan, do którego zmierza się, stosując sankcję karną i który powinien być osiągnięty najpóźniej w momencie zakończenia planowego stosowania tej reakcji⁸. Osiągnięcie celu sankcji karnej oznacza konieczność zakończenia jej stosowania, gdyż jej kontynuowanie traci uzasadnienie. Określenie celu stosowania reakcji karnej pozwala zatem zracjonalizować proces wymiaru i wykonywania kary. Służy także racjonalizacji tworzenia instrumentów prawa karnego. Kategorią osobną od celów kary są funkcje (zadania) reakcji karnej. Określają one, czym każdorazowo jest ta forma reakcji na zachowanie jednostki⁹. Obecnie nie budzi

⁷ W. Zalewski zaliczył do tych instrumentów w polskim prawie karnym: obowiązek naprawienia szkody jako środek karny (obecnie od 1 lipca 2015 r.: kompensacyjny) lub probacyjny, powództwo adhezyjne, zasądzenie odszkodowania z urzędu (dwie ostatnie instytucje uchylone nowelizacją wchodzącą w życie z dniem 1 lipca 2015 r.), czynny żal, przeproszenie pokrzywdzonego oraz podanie wyroku do publicznej wiadomości – tegoż, (w:) T. Kaczmarek (red.), System..., t. 6, s. 114.

⁸ Por. M. Cieślak, Węzłowe pojęcia związane z sensem kary, Nowe Prawo 1969, nr 2, s. 202–204.

⁹ Jest to tzw. rzeczywista funkcja, jaką spełnia dana instytucja prawna, odróżniana od funkcji postulatywnej (pożądaney), czyli jej celu; por.: V. Konarska-Wrzesiek, Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym, Toruń 2002, s. 29-30; P. Petasz, Sens, istota i cele kary kryminalnej, Gdańskie Studia Prawnicze 2005, t. XIV, s. 1124.

zasadniczych wątpliwości, że reakcja karna – z samej istoty pojęcia reakcji – stanowi odpłatę za popełnione przestępstwo¹⁰. Natomiast fakt, iż jest to reakcja na zachowanie oceniane negatywnie, pozwala przyjąć, że jest ona z samej swej natury nacechowana potępieniem ocenianego zachowania sprawcy.

Cele kary można określić, analizując dyrektywy jej wymiaru, a także rodzaj środków karnoprawnej reakcji, jakie obecnie znajdują się w ustawach karnych. Jest to zatem relacja dwustronna – cele determinują rodzaj stosowanych instrumentów, a wprowadzane do ustawy karnej instrumenty pozwalają na określenie, jakie cele stawiane są przed reakcją tego rodzaju¹¹.

Dyrektywy karania, czyli nakazy karania w określony sposób, do których zaliczane są regulacje ujęte w różnych miejscach Kodeksu karnego, wymagają uwzględnienia podczas wymiaru kary dwóch perspektyw – dotyczącej popełnionego czynu zabronionego i dotyczącej jego sprawcy, a także dwóch kontekstów – indywidualnego i generalnego. Określają również mierniki reakcji karnej, które obok celów determinują jej rodzaj i rozmiary. Do mierników reakcji karnej zaliczyć można jej ustawowe granice, stopień winy i społecznej szkodliwości czynu, a także względy humanitaryzmu oraz związane ze sprawcą perspektywy na przyszłość. Część tych mierników, obejmująca ustawowe granice kary, stopień winy i karygodności czynu, wskazuje na wagę czynu – a zatem wynikają one z retrospektywnego ujęcia czynu zabronionego. Perspektywiczne spojrzenie na sprawcę wiąże się z kolei już nie z samym czynem, lecz z osobą sprawcy, ocenianą w szerszym kontekście niż samo popełnione przestępstwo. Humanitarne traktowanie jest natomiast rodzajem miernika korygującego, na wypadek, gdyby kara określona zgodnie z jej celami i zadaniami okazała się – z różnych względów (jak np. brak możliwości orzeczenia lub wykonania kary, która wydaje się adekwatna do przestępstwa w konkretnym przypadku) – nadmierna lub niewystarczająca¹².

Należy przy tym wskazać, że retrospektywne spojrzenie na czyn zabroniony nie wyklucza sformułowania na tej podstawie celu ukarania za ten czyn – przeciwnie, orzekana kara powinna uwzględnić to spojrzenie i przełożyć je na stan, który dzięki jej zastosowaniu powinien zostać osiągnięty.

¹⁰ Choć część autorów unika pojęcia „odpłaty” jako przywołującego negatywne skojarzenia z zemstą. Por.: B. Janiszewski, „Sprawiedliwość” kary. Rozważania w świetle prawnych podstaw jej wymiaru, (w:) A. J. Szwarc (red.), *Rozważania o prawie karnym*. Księga pamiątkowa z okazji siedemdziesięciolecia urodzin Profesora Aleksandra Ratajczaka, Poznań 1999, s. 151–165; F. Cieply, O dowartościowanie retributywnej racjonalizacji kary, (w:) A. Dębiński, M. Gałązka, R. G. Hałas, K. Wiak (red.), *Hominum causa omne ius constitutum est*. Księga jubileuszowa ku czci Profesor Alicji Grześkowiak, Lublin 2006, s. 232–236.

¹¹ M. Cieślak, Węzłowe pojęcia związane z sensem kary, *Nowe Prawo* 1969, nr 2, s. 213.

¹² Omówienie tej kwestii, z uwagi na jej złożoność, w ramach przedmiotowego opracowania nie jest możliwe. Szerzej odniesiono się do niej m.in. w opracowaniu: E. Hryniewicz-Lach, *Kara kryminalna w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 196–208 oraz 295–307.

Chodzi tu właśnie o kompensacyjny cel reakcji karnej, która powinna uwzględniać potrzeby związane z reakcją na wyrządzone bezprawie – i to reakcją nie tylko wynikającą z oczekiwania, że sprawca, w miarę możliwości wynikającej z odwracalności skutków swojego zachowania, naprawi wyrządzoną szkodę, lecz także z oczekiwania, że w ramach reakcji na to zachowanie odczuwać będzie cierpienie adekwatnie do wyrządzonej krzywdy.

Tak rozumiany cel kompensacyjny występuje zarówno w ujęciu indywidualnym, gdy przynajmniej częściowo skompensowane ma być odczucie krzywdy powstałe u pokrzywdzonego przestępstwem, jak i w ujęciu ogólnym – w odniesieniu do całego społeczeństwa, które również zostało dotknięte faktem popełnienia przestępstwa. Bez reakcji na przestępstwo w postaci sprawiedliwej odpłaty, zaspokojenie indywidualnego oraz społecznego poczucia sprawiedliwości nie wydaje się wszak możliwe¹³.

Naturalnie, oszacowanie natężenia odczuwanego cierpienia i określenie jego adekwatności względem wyrządzonej krzywdy jest zadaniem niełatwym z uwagi na problem ze znalezieniem w tym zakresie obiektywnych, miarodajnych mierników. Pozostaje to zatem przedmiotem ustaleń w orzecznictwie, dokonywanych przy wykorzystaniu obszernej sfery uznaniowej w ramach realizacji władzy sądowniczej. Jej ramy tworzy ustawa, wprowadzając określone ustawowe zagrożenie karą oraz takie czynniki limitujące wymiar sankcji karnej, jak stopień winy czy społecznej szkodliwości czynu, tworzące pewne przedziały ocen, obejmujące np. stopień znaczny, nieznaczny lub znikomy¹⁴.

Kompensacyjny cel reakcji karnej jest wspomagany sposobem ukształtowania regulacji karnych, które promują zachowania mające na celu załagodzenie konfliktu powstałego przez popełnienie przestępstwa. Naprawienie szkody lub zadośćuczynienie wyrządzonej krzywdzie, zwłaszcza gdy zrealizowane jest przez sprawcę dobrowolnie, w razie zaspokojenia w ten sposób poczucia sprawiedliwości, może skutkować umorzeniem postępowania (art. 59a k.k.¹⁵), łagodniejszym potraktowaniem (art. 307 k.k.), a nawet rezygnacją ze ścigania sprawcy (art. 296 § 5 k.k.). Celowi kompensacyjnemu służą także środki reakcji karnej związane ze zobowiązaniem sprawcy do materialnego wyrównania szkody lub uiszczenia określonej kwoty na wskazany cel, podobnie jak obowiązek probacyjny polegający na przeproszeniu pokrzywdzonego. Należy mieć przy tym jednak każdorazowo na uwadze, że

¹³ M. Cieślak, Węzłowe pojęcia związane z sensem kary, *Nowe Prawo* 1969, nr 2, s. 208–209.

¹⁴ Wskazane przedziały określone są w doktrynie niemieckiej jako obszary kary sprawiedliwej, w ramach których sąd korzysta ze swobody orzekania. Szerzej na temat *Spielraumtheorie* zob. W. Stree, (w:) A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 1991, s. 597–598.

¹⁵ Przepis obowiązujący od dnia 1 lipca 2015 r., dodany ustawą z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247).

cel kompensacyjny na gruncie prawa karnego ma wydźwięk moralny i jest silnie związany z wagą chronionego dobra oraz ze stopniem odwracalności ingerencji w nie. Stąd nie zawsze, w szczególności w przypadku nie każdego przestępstwa, możliwe jest zaspokojenie poczucia sprawiedliwości i osiągnięcie w ten sposób kompensacyjnego celu reakcji karnej w drodze starań sprawcy; nawet wówczas, gdy w całości naprawi on wyrządzoną przestępstwem szkodę materialną¹⁶. Ponadto, celem reakcji karnej jest także powstrzymanie od popełniania przestępstw na przyszłość, co w indywidualnym przypadku może przemawiać za odmiennym, surowszym lub łagodniejszym, potraktowaniem sprawcy z uwagi na okoliczności niezwiązane z samym popełnionym przestępstwem, lecz z zachowaniem sprawcy z przeszłości lub z przewidywaniem co do jego zachowania na przyszłość.

Do celów reakcji karnej w art. 53 § 1 k.k. zaliczono wprost cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa. Jest to przełożenie na język ustawy, odpowiednio, celu indywidualno-prewencyjnego i celu generalno-prewencyjnego, służących przywróceniu poczucia bezpieczeństwa naruszonego faktem popełnienia przestępstwa. Osiągnięciu tych celów służą także zwykle rozłożone w czasie (co wynika z ich profilaktycznej istoty) zakazy, możliwe do nałożenia na sprawcę w ramach środków karnych czy obowiązków probacyjnych, mających powstrzymać sprawcę przed ponownym popełnieniem przestępstwa. Tutaj reakcja karna nacechowana jest spojrzeniem perspektywicznym – związanym z takim ukształtowaniem sytuacji sprawcy przestępstwa, by możliwie ograniczyć, metodą najbardziej adekwatną w danym przypadku, jego skłonność do popełniania kolejnych przestępstw, chroniąc tym samym społeczeństwo przed jego przestępną działalnością. Reakcja ta będzie w mniejszym stopniu powiązana z popełnionym już przestępstwem, a w większym – z osobą sprawcy tak, by umożliwić dobranie najbardziej efektywnej formy reakcji w jego indywidualnym przypadku¹⁷.

Cele reakcji karnej, służące osiągnięciu stanu zaspokojenia potrzeb społecznych powstałych w związku z popełnieniem przestępstwa, są zatem dwa. Pierwszy z nich to zaspokojenie poczucia sprawiedliwości wynikające z zastosowania sprawiedliwej odpłaty za wyrządzone bezprawie i związaną z nim krzywdę, określane jako cel kompensacyjny. Ma on właściwy dla prawa karnego wymiar moralny, wspierany przez cywilnoprawny aspekt pieniężny, służący zwiększeniu efektywności oddziaływania kary tam, gdzie

¹⁶ Szerzej na ten temat: K. G r a d o Ń, Granice przebaczenia – spór o zakres stosowania sprawiedliwości naprawczej, (w:) M. P ł a t e k, M. F a j s t a (red.), *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, Warszawa 2005, s. 131–145.

¹⁷ Więcej na temat poszczególnych etapów orzekania kary kryminalnej: E. H r y n i e w i c z - L a c h, *Kara kryminalna...*, s. 295–307.

świadczenie materialne ze strony sprawcy może złagodzić poczucie krzywdy wyrządzonej przestępstwem. Drugi z celów reakcji karnej to zaspokojenie poczucia bezpieczeństwa wynikające z przekonania, że oddziaływanie instrumentami prawa karnego może okazać się wystarczające do tego, by powstrzymać sprawcę od dalszego popełniania przestępstw. Jest on określany również jako cel prewencyjny.

Oba wskazane cele muszą zostać uwzględnione i być realizowane w odniesieniu do każdego popełnionego przestępstwa. Współkształtują one bowiem karnoprawny charakter stosowanej reakcji. Stwierdzenie, że osiągnięcie któregoś z tych celów w konkretnej sytuacji nie jest wymagane, stawia pod znakiem zapytania zasadność reakcji karnej. Skoro bowiem w konkretnej sytuacji nie jest potrzebne skompensowanie bezprawia wyrządzonego przestępstwem lub prewencyjne oddziaływanie karą, to stosowanie represji kryminalnej traci rację bytu – i jako takie staje się niewspółmierną ingerencją władzy w sferę dóbr jednostki dla osiągnięcia celów spoza prawa karnego.

Uniknięcie takiej sytuacji, w razie stwierdzenia, że zachowanie sprawcy odpowiada ustawowym znamionom czynu zabronionego, umożliwiają instrumenty wykładni prawa, których zastosowanie może doprowadzić do wniosku, że w danym przypadku prawo karne nie znajduje zastosowania (np. wykładnia funkcjonalna wskazująca, że zachowanie sprawcy nie ingeruje w dobro chronione przez daną regulację prawną), instrumenty rezygnacji z karnoprawnej reakcji – jeśli przyjmiemy, że prawo karne odnosi się do przypadków danego rodzaju, ale w konkretnej sytuacji tak surowa reakcja nie jest wymagana (np. znikomy stopień społecznej szkodliwości, umorzenie postępowania na wniosek pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 59a k.k.) czy instrumenty, których stosowanie uwarunkowane jest brakiem potrzeby wprowadzenia lub wykonywania reakcji karnej z uwagi na indywidualną sytuację sprawcy (środki probacyjne).

Ustalenie, że reakcja karna musi służyć osiągnięciu określonych celów, a ponadto zdefiniowanie tych celów jako kompensacja (służąca zaspokojeniu poczucia sprawiedliwości) oraz prewencja (służąca zaspokojeniu poczucia bezpieczeństwa), wymaga doprecyzowania, w jakiej relacji pozostaje na gruncie prawa karnego właściwa mu kompensacja moralna, osiągnięta w drodze stosowania instrumentów karnych do kompensacji materialnej, właściwej prawu cywilnemu, wprowadzanej jednak w coraz szerszym zakresie do ustaw karnych.

Formy kompensacji na przykładzie wybranych regulacji z ustaw karnych

Wyodrębnienie celów reakcji karnej pozwala na spojrzenie, przez pryzmat racjonalności jej stosowania, na instrumenty karnoprawne pozostawione przez ustawodawcę do dyspozycji sądów. Instrumenty te służą osiągnięciu celów reakcji karnej w różny sposób, w zależności od tego, jaką wagę przypisze się potrzebie, którą ma zaspokoić dany instrument. W pewnym uproszczeniu można przyjąć, że tam, gdzie za nadrzędną potrzebę uznane zostanie skompensowanie wyrządzonego bezprawia przez naprawienie szkody majątkowej wyrządzonej przestępstwem, organ dokonujący oceny skłonny będzie zmierzać do naprawienia szkody za pomocą instrumentów promujących możliwie szybkie i sprawne osiągnięcie tego celu. Tam, gdzie wyrządzona przestępstwem szkoda będzie miała charakter majątkowy, a sytuacja sprawcy, rozpatrywana w świetle celu prewencyjnego (np. w przypadku recydywy), nie będzie stała temu na przeszkodzie, możliwe wydaje się nawet ograniczenie reakcji karnej do potępienia zachowania sprawcy (wyrażającego konieczny na gruncie prawa karnego moralny aspekt kompensacji) i zastosowania środków mających służyć zapewnieniu sprawnego naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody (wpisującego się w jego aspekt materialny, wspierający na gruncie prawa karnego właściwy temu prawu aspekt moralny), przy ograniczeniu instrumentów służących zapewnieniu osiągnięcia celu prewencyjnego do wybranych obowiązków probacyjnych lub symbolicznie potraktowanych środków karnych.

Podobnie łagodniej mogą zostać potraktowani sprawcy przestępstw, przy których akceptowalna wydaje się możliwość zadośćuczynienia wyrządzonej krzywdzie także w innej formie niż pieniężna, jeżeli podejmą czynności w tym kierunku, a pokrzywdzony zaakceptuje ich wynik. W takim przypadku ustawodawca pozostawia w dyspozycji sądu, a nierzadko i samych pokrzywdzonych, instrumenty umożliwiające nawet rezygnację ze ścigania sprawcy. Do instrumentów tych zaliczyć można prywatnoskargowy tryb ścigania, ściganie wybranych przestępstw na wniosek osoby uprawnionej, możliwość złożenia przez pokrzywdzonego wniosku o umorzenie postępowania (wspomniany art. 59ak.k.), a także konieczność uwzględnienia pozytywnych wyników przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugody pomiędzy nimi osiągniętej w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem (art. 53 § 3 k.k.), wraz z możliwością warunkowego umorzenia postępowania lub odstąpienia od wymierzenia kary. Reakcja taka jest możliwa wówczas, gdy nie stoi temu na przeszkodzie prewencyjny cel kary, a zatem tam, gdzie nie zostało przestępstwem poważnie naruszone poczucie bezpieczeństwa (społeczne lub indywidualnego pokrzywdzonego), jak to ma miejsce w szczególności przy przestępstwach z użyciem przemocy. Tam, gdzie główny nacisk kładziony jest na względy prewencyjne, reakcja władzy sądowniczej przyjmie bardziej sformalizowany charakter, obejmując

jący formy kontroli o różnym stopniu intensywności, w ramach których możliwe będzie uzyskanie przynajmniej czasowego wpływu na sprawcę.

Sytuacja, w której materialne i moralne naprawienie krzywd może być realizowane łącznie przez odpowiednie świadczenie o charakterze pieniężnym, ma miejsce w prawie karnym skarbowym, ukierunkowanym na ochronę interesów majątkowych Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego i Unii Europejskiej¹⁸. Wprowadzone tam regulacje umożliwiają nawet rezygnację z zastosowania represji karnoprawnej, jeżeli sprawca skłonny jest uiścić w całości wymagalną należność publicznoprawną uszczuploną popełnionym czynem zabronionym (art. 16 § 2 k.k.s. oraz art. 16a k.k.s.) – wskazując na podstawę uszczuplenia tej należności, co ma znaczenie głównie porządkowe. W razie wszczęcia postępowania karnego jedynie w nielicznych przypadkach wprowadzone zostały bariery dla możliwości dobrowolnego poddania się karze przez sprawcę, który gotowy jest uiścić w całości wymagalną należność publicznoprawną, jeżeli w związku z przestępstwem skarbowym (lub wykroczeniem skarbowym) nastąpiło uszczuplenie tej należności (art. 17 k.k.s.). W takim przypadku zaznaczenie, że sprawa rozpoznawana jest w postępowaniu, w którym stosuje się reakcję karną, ma charakter głównie formalny (wymaga zapłaty najniższej kary grzywny, wyrażenia zgody na obowiązkowy przepadek przedmiotów i zapłaty niewielkiego ryczałtu tytułem kosztów postępowania) – i nie wiąże się z odnotowaniem tego faktu w Krajowym Rejestrze Karnym, jak też nie stanowi podstawy do recydywy skarbowej (art. 18 § 1–3 k.k.s.).

Należy mieć jednak na uwadze, że takie konstruowanie regulacji karno-skarbowych skłania do możliwie szerokiego stawiania zarzutów (wspartego dodatkowo regulacją z art. 9 § 3 k.k.s.) oraz przyjmowania, że przestępne czyny popełnione zostały umyślnie (ta strona podmiotowa dominuje wśród typów przestępstw skarbowych), dzięki czemu stosunkowo łatwo uzyska się podstawę do wyegzekwowania dochodzonego świadczenia. Sprzyja temu niewątpliwie fakt, iż obowiązki, których naruszenie kształtuje przestępstwa skarbowe, są formułowane przez regulacje prawne, a zatem umyślność popełnienia tychże deliktów można opierać na domniemaniu znajomości prawa przez jego adresatów. Znajomość tych obowiązków implikuje z kolei wymóg takiego zorganizowania się przez ich adresata, by wykonywać je prawidłowo i we właściwym terminie, co daje podstawy do przyjęcia umyślności (zamiar ewentualny jest zwykle wystarczający) w razie ich niewykonania.

¹⁸ Choć należy tu odnotować, że w Kodeksie karnym skarbowym nadal znajdują się odwołania do „Wspólnot Europejskich”, np. w art. 53 § 26a k.k.s., gdzie pojęcie należności publicznoprawnej odniesiono także do należności stanowiącej „przychód budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich lub budżetu zarządzanego przez Wspólnoty Europejskie lub w ich imieniu, w rozumieniu wiążących Rzeczpospolitą Polską przepisów prawa Unii Europejskiej, będącej przedmiotem przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego”.

Z drugiej strony organy egzekwujące odpowiedzialność karno-skarbową zwykle skłonne będą uznać, że cele ich działania zostały spełnione w razie samego naprawienia wyrządzonej szkody, co umożliwiają im wskazane regulacje z art. 16–18 k.k.s. Podobna sytuacja pojawia się przy tych przestępstwach powszechnych, które polegają w głównej mierze na uszczupieniu majątku, zwykle o istotnej wartości – fakt zaistnienia szkody w perspektywie sprawnego odzyskania przestępnie odebranego mienia prowadzi do akceptacji rozwiązań premiujących sprawców, którzy współpracują przy realizacji kompensacyjno-majątkowego celu reakcji karnej (por. art. 295 k.k., art. 296 § 5 k.k. czy art. 307 k.k.). W takich przypadkach następuje swoisty zbieg kompensacji moralnej i materialnej, który sprawia, że samo pieniężne naprawienie szkody bywa postrzegane jako wystarczające dla zaspokojenia poczucia sprawiedliwości. Pozostaje jednak nadal kwestia zróżnicowania reakcji karnej względem reakcji cywilnoprawnej, związana z potrzebą zaakcentowania różnicy pomiędzy zachowaniem niewłaściwym, ale nie naruszającym rażąco reguł postępowania w danej społeczności (i stąd rodzącym obowiązki wyłącznie na gruncie prawa cywilnego), jak np. nieumyślne uszkodzenie cudzego mienia, oraz zachowaniem rażąco naruszającym te reguły (i stąd rodzącym potrzebę nacechowanej potępieniem reakcji karnej), jak umyślne uszkodzenie cudzego mienia¹⁹.

Prawo karne skarbowe cechuje przy tym specyfika wyrażająca się w ochronie wspomnianych interesów majątkowych przed czynami stwarzającymi dla nich przeważnie abstrakcyjne lub konkretne zagrożenie. Wyłączenie w art. 113 § 2 pkt 1 k.k.s. wprost możliwości stosowania przepisów Kodeksu postępowania karnego dotyczących pokrzywdzonego i mediacji do przestępstw (i wykroczeń) skarbowych, jak też brak odniesienia do regulacji dotyczących pokrzywdzonego z Kodeksu karnego (art. 20 § 1–2 k.k.s.), wyraźnie wskazuje, że na tym obszarze kompensacja indywidualna, zarówno w ujęciu materialnym, jak i moralnym, nie znajdzie zastosowania. Punkt ciężkości zostaje tu przesunięty na obszar kompensacji generalnej i oparty na potrzebie równego traktowania wszystkich osób zobowiązanych do wykonywania obowiązków zabezpieczonych sankcją karno-skarbową, które są realizowane, w założeniu, w interesie całego społeczeństwa. Szczególną rolę wśród tych obowiązków pełni uiszczanie należności publicznoprawnych, służących następnie zaspokojeniu określonych społecznych potrzeb. Oczekiwanie wywiązywania się z tych obowiązków przez wszystkich zobowiązanych, będące wynikiem rozumienia ich wagi i znaczenia dla społeczeństwa, a nadto wyrazem solidaryzmu społecznego i szacunku wobec prawa, przekłada się na potrzebę moralnego potępienia osób, które nie stosują się do

¹⁹ H. J. Hirsch, Stanowisko pokrzywdzonego w systemie prawa karnego ze szczególnym uwzględnieniem kwestii naprawienia szkody, *Przegląd Prawa Karnego* 1990, nr 4, s. 108–110.

tych obowiązków. Wymaga to, zarówno na etapie wprowadzania, jak i stosowania reakcji karnej, uwzględnienia karnoprawnego celu w postaci zaspokojenia poczucia sprawiedliwości naruszonego faktem nierównego wywiązywania się z tożsamyh obowiązków w zakresie „ponoszenia ciężarów i świadczeń publicznych, w tym podatków, określonych w ustawie” (art. 84 Konstytucji RP). Należność publicznoprawną można jednak wyegzekwować również w odpowiednim postępowaniu egzekucyjnym. Stąd tam, gdzie delikt polega na uszczupleniu tych należności, kompensacja moralna nie powinna być wypierana przez pozakarny cel kompensacji materialnej, opartej na dążeniu do wyegzekwowania należności publicznoprawnych we właściwej wysokości (czemu służą wspomniane regulacje z art. 16–18 k.k.s.), lecz odpowiednio z nim zrównoważona – na tyle, na ile jest to możliwe w obszarze sądowej swobody orzekania.

Należy mieć bowiem na uwadze, że swoboda ta może być wyłączana przez ustawodawcę poprzez wprowadzanie obowiązku umorzenia postępowania np. za pomocą klauzuli „nie-podlegania-karze” (art. 17 §1 pkt 4 k.p.k.), jak też ograniczana, np. poprzez umiejscawianie instrumentów reakcji karnej w różnym kontekście ustawowym, rzutującym na ich cele. Z chwilą wprowadzenia do Kodeksu karnego pojęcia środków kompensacyjnych, obejmujących nawiązkę i obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, wyjęcia ich z grupy środków karnych i zgrupowania w osobnym rozdziale (Va) razem z podobnie wyodrębnionym przypadkiem²⁰, pojawiła się swoista asymetria względem środków reakcji karnej zawartych w Kodeksie karnym skarbowym, który środków kompensacyjnych nie przewiduje. Taki stan rzeczy częściowo uzasadniony jest brakiem kompensacji w ujęciu indywidualnym na gruncie karno-skarbowym; nie powinien jednak prowadzić do wniosku, że czynnik kompensacyjny jest na tym gruncie ograniczony czy nawet pozbawiony znaczenia. Kompensacja w ujęciu moralnym wynika bowiem z istoty reakcji karnej (którą jest represja), a kompensacja w ujęciu materialnym (mająca charakter pozakarny) może zawierać się w różnego rodzaju instrumentach prawnych, niekoniecznie oznaczonych *expressis verbis* jako „środki kompensacyjne” (np. obowiązek uiszczenia w całości wymagalnej należności publicznoprawnej jako przesłanka dobrowolnego poddania się odpowiedzialności z art. 17 § 1 pkt 1 k.k.s.).

Jeżeli w przypadku naprawienia szkody związane ze sprawcą względy prewencyjne oraz społeczne poczucie sprawiedliwości nie stoją temu na przeszkodzie, zasadne może się stać *in concreto* zrezygnowanie z wymierzania lub z wykonywania reakcji karnej. Jak bowiem wskazano wcześniej, na etapie orzekania kary kryminalnej (obejmującego również decyzję

²⁰ Zmiana, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r. ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396).

w przedmiocie wdrożenia do wykonania bądź zawieszenia wymierzonej kary) musi dojść do zestawienia celów kompensacyjnego i prewencyjnego. Brak potrzeby osiągnięcia któregoś z nich prowadzić musi do wniosku o niezasadności stosowania bezprzedmiotowej w takiej sytuacji reakcji karnej. Nie wyklucza to, naturalnie, reakcji za pomocą innych instrumentów prawnych, jeżeli cele stawiane przez dziedziny, do których przynależą (np. cele odpowiedzialności dyscyplinarnej), nie zostały jeszcze osiągnięte.

Dla kompletności analizy należałoby jeszcze odnieść się pokrótce do odszkodowania orzekanego z urzędu na rzecz pokrzywdzonego, na podstawie art. 415 § 4 k.p.k., oraz do powództwa adhezyjnego, z których, mocą art. 5 punkty 2 i 31 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²¹, z dniem 1 lipca 2015 r. postanowiono zrezygnować. W tym zakresie, w kontekście tematyki przedmiotowego opracowania, brak jest jednak kwestii problematycznych. Odszkodowanie pieniężne orzekane na wskazanej podstawie przez sąd karny z urzędu miało charakter cywilnoprawny, co konsekwentnie przyjęto w orzecznictwie²². Podobnie proces adhezyjny to po prostu proces cywilny, wbudowany w proces karny jedynie dla przyspieszenia uzyskania orzeczenia odszkodowawczego – i jako taki nie wykazywał bliższego (poza formalno-organizacyjnym) związku z reakcją karną²³.

Karnoprawna specyfika kompensacji materialnej

Pieniężna kompensacja szkód i krzywd ujęta w Kodeksie karnym, w postaci obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, orzekanego przez lata jako środek karny, a w świetle ostatnich zmian w prawie karnym – jako środek kompensacyjny albo (w tym przypadku już bez cezurę czasowej) jako obowiązek probacyjny, posiada silne zako-

²¹ Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

²² L. K. Paprzycki, Komentarz aktualizowany do art. 415 Kodeksu postępowania karnego, LEX 2014, teza 16, gdzie wskazano, że w wypadku zasądzenia na podstawie art. 415 § 4 k.p.k. odszkodowania pieniężnego z urzędu należy zasądzić odsetki od zasądzonej kwoty od dnia zakończenia działalności przestępczej, stanowiącej podstawę zasądzenia w tym trybie odszkodowania – z powołaniem na orzecznictwo SN w sprawach: VI KO 14/63 (uchwała 7 sędziów SN z dnia 23 stycznia 1964 r., wpisana do księgi zasad prawnych, OSNKW 1964, nr 5, poz. 69); sygn. V KR 230/74 (wyrok SN z dnia 14 października 1974 r., OSNPG 1975, nr 2, poz. 25); sygn. III KR 59/79 (wyrok SN z dnia 6 kwietnia 1979 r., OSNPG 1979, nr 10, poz. 142); sygn. I Kr 65/84 (wyrok SN z dnia 16 kwietnia 1984 r., OSNKW 1985, nr 3–4, poz. 32) oraz wyroki SA w Katowicach: sygn. II AKa 119/04 (wyrok z dnia 13 czerwca 2004 r., LEX nr 156215) i sygn. II AKa 226/06 (wyrok z dnia 22 listopada 2006 r., KZS 2007, nr 5, poz. 87).

²³ J. Grajewski, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 62 Kodeksu postępowania karnego, LEX 2014, teza 2.

twiczenie cywilnoprawne, rzutujące na sposób ustalania faktu zaistnienia szkody i jej rozmiarów, jak też określenia rozmiarów odszkodowania i zadośćuczynienia. Na gruncie prawa karnego nabiera jednak pewnej karnoprawnej specyfiki, wynikającej z włączenia go w proces nastawiony przede wszystkim na kompensację o charakterze moralnym, związaną z wyrządzonego bezprawiem²⁴. Zasady rządzące tą kompensacją wiążą się z regułą *nullum crimen sine lege*, nakazującą w kontekście kary kryminalnej odnosić ją do ram czynu zabronionego, a zatem zdarzenia, dla którego oceny granice wyznaczają znamiona tego czynu²⁵. Oznacza to brak możliwości wybiegania w przyszłość przy ocenie przestępstwa jako zdarzenia zaistniałego w przeszłości. To zaś wyklucza zasądzenie obowiązku naprawienia szkody (na podstawie art. 46 § 1 k.k., ale należy to odnieść również do art. 67 § 3 k.k. czy art. 72 § 2 k.k.) z odsetkami, które naliczane musiałyby być za okres po zaistnieniu przestępstwa²⁶.

Ponadto należy podnieść, że postępowania karnego, co podkreślano od dawna w literaturze niemieckiej w dyskusji na temat miejsca obowiązku naprawienia szkody w prawie karnym²⁷, nie cechuje wymóg całościowego zaspokojenia roszczeń pokrzywdzonego; w szczególności, nie ma ono zastępować w tym zakresie prawa cywilnego, w tym prawa ubezpieczeń gospodarczych²⁸. Stanowisko to zostało podzielone w polskim orzecznictwie, gdzie przyjęto, że złożenie wniosku o zastosowanie instrumentu prawa karnego, jakim jest obowiązek naprawienia szkody (lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę), nie powinno być traktowane jako czynność związana z

²⁴ Tak SN m.in. w wyroku z dnia 23 lipca 2009 r. (sygn. V KK 124/09, LEX nr 519632), gdzie wskazał, że „z samej istoty środka karnego przewidzianego w art. 39 pkt 5 k.k. i art. 46 § 1 k.k. wynika jego prawnokarny, represyjny charakter, dopiero w drugim rzędzie realizujący też funkcję kompensacyjną” (w ujęciu materialnym – uwaga autorki).

²⁵ Szerzej E. Hryniewicz, *Zasada nullum crimen sine lege a orzekanie kary kryminalnej*, (w:) I. Sepioło (red.), *Nullum crimen sine lege*, Warszawa 2013, s. 311–324.

²⁶ Wyroki SN: z dnia 3 kwietnia 2014 r. (sygn. V KK 76/14); z dnia 1 lutego 2011 r. (sygn. III 243/10) i z dnia 4 lutego 2002 r. (sygn. II KKN 385/01).

²⁷ Dyskusję tę można śledzić we wzajemnie nawiązujących do siebie opracowaniach C. Roxina i H. J. Hirscha: C. Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafrechtsw Zwecke*, (w:) H. Schoch (red.), *Wiedergutmachung und Strafrecht. Symposium aus Anlass des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein*, München 1987, s. 37–53; H. J. Hirsch, *Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1990, nr 102, s. 534–562; C. Roxin, *Zur Wiedergutmachung als einer „dritten Spur“ im Sanktionensystem*, (w:) G. Arzt (red.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld 1992, s. 243–255; a w nowszej literaturze podejmuje się ją m.in. u G. Hochmayer, *Neue Kriminalsanktionen im Rechtsvergleich*, *ZStW (mit Auslandrundschau)* 2012, nr 1, s. 81–85. W literaturze polskiej jej zasadnicze twierdzenia przybliżono w opracowaniach: W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Gdańsk 2006, s. 119–134 oraz A. Muszyńskiej, *Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem*, Warszawa 2010, s. 59–71.

²⁸ H. J. Hirsch, *Stanowisko pokrzywdzonego...*, s. 109–110.

dochodzeniem roszczeń cywilnoprawnych, skutkująca przerwaniem terminu przedawnienia²⁹. Zabieg ten nie może również otwierać drogi do zasądzenia renty pieniężnej ani dopuszczać miarkowania rozmiarów odszkodowania lub zadośćuczynienia w zależności od możliwości zarobkowych czy sytuacji majątkowej sprawcy, gdyż takie instrumenty kształtowania obowiązku odszkodowawczego są nieznane prawu karnemu³⁰.

Na konieczność rozróżnienia pomiędzy karnymi i cywilnymi aspektami naprawienia szkody w ramach postępowania karnego zwrócił uwagę również ustawodawca w powołanej ustawie nowelizującej Kodeks karny³¹. Ustawą tą wyodrębniono spośród środków karnych środki o charakterze kompensacyjnym, z zastrzeżeniem, że do obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie należy stosować dyrektyw wymiaru kary (art. 56 k.k. w brzmieniu od 1 lipca 2015 r.). Materialny charakter wskazanej formy kompensacji przesuwają ją bowiem poza właściwy prawu karnemu obszar moralnej kompensacji za pomocą instrumentów represji, sprawiając, że w świetle zmian w prawie karnym środek ten służy po prostu „ułatwieniu uzyskania przez pokrzywdzonego pełnego zaspokojenia roszczeń cywilnoprawnych wynikających z popełnionego przestępstwa”³². Od wejścia w życie tychże zmian obowiązek z art. 46 § 1 k.k. nie należy już zatem do instrumentów represji karnej, do których był dotychczas zaliczany jako środek karny³³, choć jako instrument wkomponowany w system reakcji karnej ma nadal wspierać represję karną w efektywnym osiągnięciu celu kompensacyjnego w ujęciu moralnym.

Tą samą ustawą nowelizującą inaczej potraktowano nawiązkę, do której orzekania nadal stosuje się odpowiednio dyrektywy wymiaru kary (art. 56 k.k.). W ten sposób umieszczono ten instrument, odmiennie niż obowiązek z art. 46 § 1 k.k., w karnoprawnym (moralnym) nurcie kompensacyjnym. Dzięki temu uzyskano klarowny podział na środki karne i kompensacyjne, a w ramach tej ostatniej kategorii – na właściwą prawu karnemu kompensację moralną (do której należy nawiązka) oraz na uzupełniającą i wspierającą ją kompensację materialną (do której należy obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę), właściwą prawu cywilnemu – i stąd wykazującą pewne odrębności, widoczne m.in.

²⁹ Wyroki SN: z dnia 28 stycznia 2009 r. (sygn. IV CSK 386/08, LEX nr 527246) i z dnia 11 marca 2003 r. (sygn. II CSK 456/07, OSNC 2009, nr 5, poz. 74).

³⁰ Postanowienie SN z dnia 10 października 2013 r. (sygn. V KK 130/13, LEX nr 1402695); wyrok SN z dnia 23 lipca 2009 r. (sygn. V KK 124/09, LEX nr 519632).

³¹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396).

³² A. S a k o w i c z, Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2393) z dnia 23 czerwca 2014 r., s. 11.

³³ Por. cyt. w przypisie 30 wyrok SN z dnia 23 lipca 2009 r. (sygn. V KK 124/09, LEX nr 519632).

w procesie orzekania sankcji karnej. Otwiera to pole do dyskusji, na ile dotychczasowe ograniczenia wynikające z umieszczenia art. 46 § 1 k.k. wśród przepisów prawa karnego (dotyczące zakazu zasądzenia odsetek, miarkowania odszkodowania i zadośćuczynienia czy traktowania wniosku o jego zasądzenie jako formy dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych, przerywającej termin ich przedawnienia) znajdują przełożenie na ten obowiązek w zmienionym stanie prawnym. Wstępnie można wprawdzie założyć, że nie wystąpią w tym zakresie zmiany w praktyce sądowej, gdyż art. 46 § 1 k.k. nadal pozostanie środkiem wbudowanym w kompensację stosowaną na gruncie prawa karnego (choć o charakterze cywilnoprawnym). Uzasadnienie w tym zakresie nie będzie się jednak już mogło opierać na jego represyjnym charakterze, gdyż nowelizacja go zdezaktywizowała.

Podsumowanie

Prawo karne nie tworzy w ramach systemu prawnego własnego, odrębnego systemu dochodzenia roszczeń, lecz przewiduje nacechowaną potępieniem, odwetową reakcję na wyrządzone bezprawie. Wbudowanie w system prawa karnego instrumentów cywilnoprawnych, służących materialnej kompensacji wyrządzonych przestępstwem szkód i krzywd, służyć może jednak wsparciu kompensacyjnego celu prawa karnego, który jako taki ma wydźwięk moralny (właściwy kompensacji karnoprawnej), a nie materialny (właściwy kompensacji cywilnoprawnej). Zebrane w tym opracowaniu uwagi, dotyczące celów reakcji karnej oraz relacji pomiędzy kompensacją moralną i wbudowaną w prawo karne kompensacją materialną, uprawniają do konstatacji, że kompensacja w prawie karnym:

- jest integralną częścią, celem stawianym reakcji karnej; podobnie jak prewencja, nie może być pominięta w procesie orzekania sankcji karnej, gdyż wówczas sankcja ta straci swój karny charakter;
- rzutuje na rodzaj i rozmiary kary kryminalnej przez jej odniesienie do samego czynu zabronionego; im poważniejszą (długotrwałą, a nawet nieodwracalną) czyn ten stanowi ingerencję w dobro prawne i im większa w systemie prawnym jest waga naruszonego lub zagrożonego dobra, tym surowsza powinna być kara, by osiągnąć cel kompensacyjny;
- ma charakter moralny, związany z niepieniężnym zadośćuczynieniem poczuciu sprawiedliwości, co wynika z oparcia tego świadczenia na zadaniach kary w postaci odpłaty i potępienia zachowania sprawcy;
- jest uzupełniana przez czynnik materialny, związany z naprawieniem szkody i zadośćuczynieniem pieniężnym, służący wsparciu efektu moralnej kompensacji (w wyjątkowych przypadkach, w prawie karnym skarbowym czy przy przestępstwach przeciwko mieniu, kompensacja materialna

może nad nim nawet przeważać); nie opiera się natomiast samoistnie na rozliczeniach pieniężnych, gdyż to wykracza poza ramy prawa karnego, stanowiąc domenę prawa cywilnego;

- znalazła odzwierciedlenie w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, którą to ustawą wyłączono ze środków karnych środki kompensacyjne oraz zróżnicowano te drugie wewnętrznie, wyróżniając środek kompensacyjny o charakterze karnym w postaci nawiązki, do której stosuje się odpowiednio dyrektywę wymiaru kary, a obok nawiązki – środek kompensacyjny o charakterze cywilnoprawnym w postaci obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, wspierający kompensację karnoprawną, ale – z uwagi na swój charakter – niepodlegający dyrektywom wymiaru kary.

Compensation for damage and injury in criminal law

Abstract

This study is to draw the attention to the importance of compensation in criminal law. Also in criminal law, compensation is primarily linked to financial redress for damage or pecuniary remedy for injury, which is a matter of civil law. Simultaneous existence of compensation under criminal law, which compensation is not limited to financial performance but entails a moral reaction to committed lawlessness is, therefore, justified. This study explains the criminal-law and moral aspect of compensation, comparing it with financial compensation which is a matter of civil law.

Anna Jaskuła

Prawnokarna ocena przyjęcia i udzielenia korzyści majątkowej po zaprzestaniu pełnienia funkcji publicznej

Streszczenie

Artykuł dotyczy odpowiedzialności osoby, która po dokonaniu czynności służbowej utraciła przymiot osoby pełniącej funkcję publiczną, ale przyjęła korzyść majątkową pozostającą w związku z wcześniej dokonaną czynnością. Analiza przepisów prowadzi do wniosku, że osoba taka nie poniesie odpowiedzialności karnej za przyjęcie korzyści, a jedynie za przyjęcie obietnicy (jeśli taką obietnicę przyjęła w czasie pełnienia funkcji). Wynika to z określenia kręgu podmiotów przestępstwa z art. 228 k.k. przez odwołanie się do treści art. 229 k.k. oraz z powiązania znamienia „osoby pełniącej funkcję publiczną” z czasem udzielenia korzyści, a nie dokonania czynności służbowej.

Zagadnienie dotyczące przyjęcia korzyści majątkowej przez osobę, która po dokonaniu czynności służbowej utraciła przymiot osoby pełniącej funkcję publiczną, można rozpatrywać przez odwołanie się do przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 228 § 1 k.k. oraz znaczenia znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, jak też poprzez analizę znamion wyznaczających krąg podmiotów tego przestępstwa. Określenie zakresu penalizacji powołanego przepisu da jednocześnie odpowiedź na pytanie o granice karalności za łapownictwo czynne z art. 229 § 1 k.k.

I. Przedmiot ochrony

Przedmiotem ochrony w artykułach 228 i 229 k.k. jest prawidłowość sprawowania funkcji publicznych¹, tj. funkcjonowania instytucji państwowych, samorządu terytorialnego, instytucji publicznych w państwach obcych oraz organizacji międzynarodowych, a w tym obiektywizm, efektywność,

¹ M. Kulik, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2014, teza 1; M. Filar, Zakres pojęciowy znamienia pełnienie funkcji publicznej na gruncie art. 228 k.k., *Palestra* 2003, nr 7–8, s. 62; M. Surkont, Łapownictwo, Sopot 1999, s. 36.

bezstronność i rzetelność wykonywania funkcji publicznych². Przedmiot ten stanowi również dobre imię wymienionych instytucji i organizacji oraz zaufanie społeczne do rzetelności oraz bezinteresowności osób pełniących w nich funkcje publiczne³. Przepisy mają zatem chronić nie tylko nieprzekupne sprawowanie władzy, ale też przekonanie, że władza jest nieprzekupna⁴.

Korzyść wręczona czy obiecana w związku z pełnieniem funkcji publicznej ma na celu zjednanie przychylności, która może być okazywana w różnych postaciach, zawsze jednak godzi w zasadę jednakowego traktowania wszystkich zainteresowanych⁵. Tym samym osoba pełniąca funkcję publiczną i przyjmująca korzyść narusza zasady regulujące działalność instytucji, stwarza bowiem wrażenie możliwości „kupienia jej władzy”⁶.

Przyjmując, że dla naruszenia normy sankcjonowanej konieczny jest atak na dobro prawne, i akceptując tezę, że przedmiotem ochrony typów opisanych w art. 228 i art. 229 k.k. jest zasadniczo prawidłowość funkcjonowania instytucji publicznych i zaufanie społeczne do rzetelności działań tych instytucji, można zadać pytanie, czy w sytuacji, w której korzyści udzielono po zaprzestaniu pełnienia funkcji przez przyjmującego korzyść, doszło do ataku na dobro prawne, a tym samym do naruszenia normy sankcjonowanej wynikającej z powołanych przepisów. Wydawać by się mogło, że skoro powszechnie przyjmuje się karalność wręczenia korzyści majątkowej po dokonaniu czynności (nawet w sytuacji, gdy nie była ona wcześniej obiecana i w istocie nie miała wpływu na sposób przeprowadzenia i treść czynności), to i wręczenie korzyści po zaprzestaniu pełnienia funkcji musi zostać ocenione podobnie. Na przeszkodzie zrównaniu tych dwóch sytuacji stoi jednak konstatacja, że osoba, która nadal pełni funkcję publiczną, stwarza ryzyko dalszego sprzedajnego działania, podczas gdy osoba, która zaprzestała pełnienia funkcji publicznej, nie ma już możliwości podejmowania decyzji, a tym samym nie istnieje zagrożenie dla prawidłowości działania instytucji oraz obiektywizmu, efektywności, rzetelności i bezstronności wykonywania funkcji. Z drugiej strony – jeśli przyjąć, że ochronie podlega również samo

² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 września 1966 r., sygn. II K 58/66, LEX nr 113905; P. Pałka, M. Reut, *Korupcja w nowym kodeksie karnym*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999, s. 16–17; M. Szwarczyk, (w:) T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2009, art. 228, pkt 2, s. 486; P. Pałka, *Sprzedajne nadużycie funkcji publicznej*. Studium z prawa karnego, Olsztyn 2011, s. 315.

³ J. Giezek, *Komentarz do art. 228 k.k.*, LEX 2014, teza 3; A. Barczak-Oplustil, *Komentarz do art. 228 k.k.*, LEX 2006, teza 3; M. Bojarski, (w:) M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 479; O. Górniok, R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222–316, t. II*, Warszawa 2010, art. 228, pkt 9, s. 71.

⁴ P. Pałka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 17.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 1976 r., sygn. V KR 238/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 93.

⁶ P. Pałka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 17.

zaufanie do instytucji, to nawet przyjęcie korzyści „po fakcie” i po ustąpieniu z funkcji narusza to zaufanie, może bowiem wywoływać wrażenie, że przy podejmowaniu czynności służbowej istotną rolę grały jednak względy pozamerytoryczne. Jak widać, rozważania w tym zakresie mogą dostarczyć zarówno argumentów „za”, jak i argumentów przeciwnych.

Chronione daną normą dobro prawne (tj. uznany przez ustawodawcę cel normy prawnej) przekłada się na wykładnię zespołu znamion⁷. Gdyby uznać, iż znamię podmiotu przestępstwa jest dookreślone przez znamię przedmiotu ochrony, sprawcą łapownictwa biernego nie mogłaby być osoba, która nie ma możliwości dopuszczenia się zamachu na działalność instytucji państwowej lub samorządowej⁸. Bardziej zasadnym wydaje się jednak stanowisko, zgodnie z którym dobro prawne nie doprecyzowuje znamienia podmiotu, a jedynie dookreśla zakres zachowań podjętych przez sprawcę, które – jako atakujące konkretne dobro – mogą realizować znamiona konkretnego czynu lub nie⁹.

Argumentów odnoszących się do dobra prawnego nie można jednak przeceniać. Pytanie, czy dobre imię instytucji może być narażone przez jej byłych reprezentantów, podobnie jak i kwestia, jak dalece prawo chronić ma „społeczne postrzeganie” instytucji, można tu pozostawić bez odpowiedzi. Odnosząc się do dobra prawnego można bowiem znaleźć argumenty wspierające obie tezy (o karalności i o bezkarności przyjęcia korzyści po zaprzestaniu pełnienia funkcji publicznej), w dużej mierze jednak są to rozważania o tym, „jak być powinno”, a niekoniecznie o tym, „jak jest”. Tymczasem należy odróżniać zapatrywania co do sensownego zakresu kryminalizacji określonych zachowań od wniosków płynących z wykładni przepisów prawa obowiązującego¹⁰.

Jakkolwiek zatem po zaprzestaniu pełnienia funkcji prawidłowość jej sprawowania nie może już być narażona, nawet jeśli osoba ta przyjmie obiecaną wcześniej korzyść majątkową (za co na zasadach ogólnych może ponieść odpowiedzialność karną), bowiem osoba taka nie reprezentuje już instytucji, a zaufanie do jej bezinteresowności nie jest już potrzebne, to nie może to być rozstrzygający argument w przedmiotowej sprawie. Nie wydaje się, by wręczenie takiej osobie korzyści majątkowej – nawet jeśli nastąpi z powołaniem się na wcześniej pełnioną funkcję – stanowiło atak na dobro prawne, może jednak prowadzić do stworzenia precedensowych sytuacji, w których podejmując decyzje, funkcjonariusze kalkulować będą, która z zainteresowanych stron będzie skłonna udzielić im korzyści po zaprzesta-

⁷ P. Pałka, *Sprzedajne...*, s. 311.

⁸ J. Wyrembak, *Wyznaczanie granic kryminalizacji na podstawie wykładni znamion ustawowych przestępstwa (na podstawie praktyki wykładni znamienia „pełnienie funkcji publicznej”)*, (w:) T. Dukiet-Nagórska (red.), *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, Bielsko-Biała 2006, s. 246; M. Filar, *Zakres...*, s. 60.

⁹ A. Barczak-Oplustil, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, Warszawa 2008, art. 228, pkt 20, s. 968.

¹⁰ J. Wyrembak, *Wyznaczanie...*, s. 235.

niu pełnienia funkcji. Powszechne przyzwolenie na wręczanie „dowodów wdzięczności” pokazuje, że problem nie jest wyłącznie teoretyczny. Nie zmienia to jednak faktu, iż jest to zagadnienie raczej z zakresu polityki karnej, które w niewielkim stopniu przybliża do odpowiedzi na pytanie, czy przyjęcie korzyści po zaprzestaniu pełnienia funkcji aktualnie podlega karze.

II. Związek z pełnieniem funkcji publicznej

Analizując znamiona art. 228 § 1 k.k. trzeba zadać pytanie, czy osoba, która przyjmuje korzyść majątkową po zaprzestaniu pełnienia funkcji publicznej, ale w związku z wcześniej dokonaną czynnością służbową, czyni to „w związku z pełnieniem funkcji publicznej”.

Znamię „w związku” oznacza, że udzielenie funkcjonariuszowi korzyści lub obietnicy jej udzielenia dokonane zostało ze względu na pełnioną przez niego funkcję publiczną¹¹. Chodzi tu o będący obiektywnym elementem rzeczywistości motyw leżący po stronie dającego, przy czym ów motyw dającego musi być uświadomiony przez biorącego¹². Motywacja osoby dającej pozwala świadczeniu pieniężnemu przypisać status korzyści majątkowej w rozumieniu art. 228 § 1 k.k.¹³, a udzielenie korzyści majątkowej (np. w formie preferencyjnego kredytu) dopiero wtedy godzi w dobro prawne, gdy się uwzględni motywację osoby wręczającej korzyść¹⁴.

Pojęcie „w związku” jest bardzo szerokie i nie odnosi się do przyczyny bądź skutku¹⁵, choć jednocześnie w doktrynie zwraca się uwagę na pewną ekwiwalentność świadczeń pomiędzy dającym a biorącym (o czym poniżej). Chodzi tu nie tylko o związek z konkretną czynnością (1), ale o związek z całokształtem urzędowania, tj. z zespołem czynności należących do sprawowanej przez daną osobę funkcji, które może ona podejmować lub się od nich wstrzymać (2)¹⁶. Tym samym korzyść majątkowa lub osobista może stanowić ekwiwalent za określone zachowanie lub służy ogólnie zapewnieniu przychylności¹⁷.

¹¹ A. Barczak-Oplustil, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2006, teza 26.

¹² A. Barczak-Oplustil, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 31, s. 972.

¹³ A. Barczak-Oplustil, „W związku z pełnieniem funkcji publicznej” jako znamię dookreślające czynność sprawczą tzw. korupcji urzędniczej – zarys wybranych problemów, CzPKiNP 2009, nr 3, s. 78.

¹⁴ A. Barczak-Oplustil, *ibidem*, s. 82.

¹⁵ P. Pałka, Sprzedajne..., s. 375.

¹⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2007 r., sygn. III KK 248/06, Legalis 87081; wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 października 2012 r., sygn. II AKA 139/12, LEX nr 1316247; A. Barczak-Oplustil, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny..., art. 228, pkt 32, s. 973; E. Pływaczewski, (w:) Kodeks karny. Komentarz, wyd. 1, Warszawa 2008, art. 228, pkt 7, s. 927.

¹⁷ O. Górniok, R. Zawłocki, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 19, s. 72; J. Skorupka, Ochrona interesów majątkowych Skarbu Państwa w kodeksie karnym, Wrocław 2004, s. 79.

Gdy korzyść pozostaje w związku z konkretną czynnością służbową, to nie ma znaczenia, czy została przyjęta przed jej dokonaniem, w trakcie, czy też po jej przeprowadzeniu¹⁸. Co więcej, korzyść pozostaje w związku z pełnieniem funkcji publicznej nawet wtedy, gdy została przyjęta po dokonaniu czynności, na które nie miała żadnego wpływu, gdyż biorący na nią nie liczył, a czynność wykonał z poczucia obowiązku lub życzliwości¹⁹.

Jak już jednak wspomniano, związek z pełnieniem funkcji publicznej nie musi się odnosić do konkretnej czynności, może on sprowadzać się do dążenia do zapewnienia sobie przychylności osoby pełniącej funkcję publiczną i uniknięcia niekorzystnych decyzji w przyszłości²⁰. W tym wypadku wręczający korzyść działa w nadziei, że jego sprawa zostanie korzystnie załatwiona²¹, tzn. że w czasie podejmowania czynności „życzliwy” funkcjonariusz da temu wyraz w treści podejmowanej czynności²².

Nie ma znaczenia, czy sprawca łapownictwa biernego w zamian za korzyść wyświadczył dającemu jakąś przysługę²³. W tym wypadku ekwiwalentem korzyści majątkowej lub osobistej jest „życzliwy stosunek”, ogólnie ujęta „przychylność”, „przychylnie usposobienie” czy też „pozyskanie względów” kompetentnego funkcjonariusza. Nie kwestionując trafności wypowiedzi Sądu Najwyższego, wskazujących na ogólnie ujętą życzliwość jako ekwiwalent przyjętej korzyści, zwrócić należy uwagę, że owa życzliwość nie może być ujmowana w sposób czysto abstrakcyjny, czyli oderwany od jakichkolwiek spraw, jakie osoba wręczająca korzyść majątkową chciałaby przy udziale, zaangażowaniu czy chociażby przychylności osoby pełniącej funkcję pu-

¹⁸ J. Skorupka, *Ochrona...*, s. 77; H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo łapownictwa*, Warszawa 1972, s. 41–42; P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 37; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 55; T. Chrustowski, *Prawne, kryminologiczne i kryminalistyczne aspekty łapówkarstwa*, Warszawa 1985, s. 30; A. Barczak-Oplustil, (w:) *Kodeks karny...*, art. 228, pkt 32, s. 973; A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 3, Warszawa 2009, s. 630; E. Pływaczewski, (w:) *Kodeks karny...*, art. 228, pkt 7, s. 927; P. Palka, *Sprzedajne...*, s. 375.

¹⁹ A. Barczak-Oplustil, (w:) *ibidem*, art. 228, pkt 33, s. 973; J. Skorupka, *Ochrona...*, s. 77; R. A. Stefański, *Komentarz do art. 228*, Legalis 2014, teza 25.

²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 1980 r., sygn. I KR 99/80, LEX nr 19675; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 maja 1975 r., sygn. III KR 309/74, LEX nr 18984; M. Kulik, *Komentarz do art. 228 k.k.*, LEX 2014, teza 2; A. Marek, *Komentarz do art. 228 k.k.*, LEX 2013, teza 4; J. Skorupka, *Ochrona...*, s. 77; H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo...*, s. 41; P. Palka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 37; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 55; T. Chrustowski, *Prawne...*, s. 30; A. Barczak-Oplustil, (w:) *ibidem*; A. Marek, *Prawo...*, s. 630; O. Górniok, R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny...*, art. 228, pkt 26, s. 73; M. Kulik, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2010, art. 228, pkt 2, s. 477.

²¹ M. Bojarski, *Prawo...*, s. 479.

²² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 1980 r., sygn. I KR 99/80, LEX nr 19675; E. Pływaczewski, (w:) *Kodeks karny...*, art. 228, pkt 7, s. 928.

²³ M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 61.

bliczną załatwić. Z kolei osoba pełniąca funkcję publiczną – przyjmując korzyść w związku z pełnioną funkcją – musi zakładać, że będzie wobec wręczającego korzyść przychylna i w określonym stopniu ułatwi załatwienie spraw, na których bieg może wywrzeć mniejszy lub większy wpływ²⁴.

„Związek z pełnieniem funkcji publicznej” wymaga zatem faktycznego posiadania możliwości podjęcia konkretnych czynności służbowych²⁵. Wystarczające jest przy tym, by pełniący taką funkcję mógł wpływać na końcowy wynik załatwienia sprawy przez fakt nadania sprawie biegu w sposób oczekiwany przez osobę składającą korupcyjną propozycję²⁶. Gdy korzyść wręczana jest za konkretną czynność służbową, wystarczy, by choćby w części należała ona do kompetencji sprawcy²⁷. Również w przypadku żądania korzyści okazją do żądania jest ogólna kompetencja żądającego²⁸. Wyłączenie danej czynności służbowej, nawet z przyczyn formalnych (np. podział pracy), z zakresu kompetencji sprawcy nie pozwala przyjąć związku między pełnieniem funkcji i czynnością sprawczą²⁹.

Słusznie podkreśla się, że sam fakt pełnienia funkcji nie oznacza, że przyjęta korzyść pozostaje w związku z pełnioną funkcją³⁰, a dla sprawdzenia, czy taka okoliczność zachodzi, proponuje się przeprowadzenie swego rodzaju testu. Należy mianowicie rozważyć, czy korzyść zostałaby udzielona, gdyby sprawca takiej funkcji nie pełnił³¹. Pomocne dla interpretacji znamienia „w związku” może być zatem odwołanie się do ekwiwalentu, jaki miałby uzyskać sprawca (choćby tylko w postaci pozyskania względów czy życzliwego stosunku)³². W literaturze prawniczej podkreśla się, że wręczenie łapówki nie jest celem samym w sobie, lecz stanowi tylko środek do załatwienia jakiejś sprawy³³. Nikt nie jest skłonny do dawania nienależnego wynagrodzenia,

²⁴ J. Giezek, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, art. 228, pkt 23, s. 732.

²⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 października 2012 r., sygn. II AKa 139/12, LEX nr 1316247; A. Barczak-Oplustil, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2006, teza 27.

²⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2006 r., sygn. III KK 230/05, LEX nr 180769; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 14 marca 2007 r., sygn. III KK 248/06, Legalis nr 87081; J. Giezek, Komentarz do art. 229 k.k., LEX 2014, teza 11; A. Meleżiński, Prawne instrumenty zapobiegania i zwalczania korupcji przez kontrolę skarbową, Warszawa 2012, s. 50.

²⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 marca 2006 r., sygn. III KK 230/05, LEX nr 180769; A. Barczak-Oplustil, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 33, s. 973; C. Nowak, Korupcja w polskim prawie karnym na tle uregulowań międzynarodowych, Warszawa 2008, s. 405.

²⁸ M. Szwarczyk, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 3, s. 487.

²⁹ J. Skorupka, Ochrona..., s. 78; H. Popławski, M. Surkont, Przestępstwo..., s. 44.

³⁰ A. Barczak-Oplustil, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 33, s. 973.

³¹ E. Pływaczewski, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 7, s. 927.

³² J. Giezek, Kodeks karny..., art. 228, pkt 23, s. 732.

³³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 30 października 2012 r., sygn. II AKa 139/12, LEX nr 1316247; H. Popławski, M. Surkont, Przestępstwo..., s. 39.

jeśli nie ma w tym interesu. Stąd też korzyść ofiarowana bywa w celu pobudzenia do wykonania czynności wchodzącej w zakres obowiązków służbowych, jak i w celu wynagrodzenia za wcześniej wykonaną czynność³⁴.

Ostatnie stwierdzenie prowadzi nieuchronnie do pytania: w jakim celu wręczana jest korzyść majątkowa osobie, która zaprzestała pełnienia funkcji. Może być ona uzasadniona „wdzięcznością”, ale nie wiąże się z nią żadna ekspektatywa na przyszłość. Można się zastanawiać, czy nie jest to właśnie element, który odróżnia korzyść wręczaną po dokonaniu czynności osobie, która nadal pełni funkcję (i może w przyszłości ponownie okazać „życzliwość”), od wręczenia korzyści osobie, która już takiej funkcji nie pełni. Ponadto, w przypadku osoby, która nadal pełni funkcję, przyjęcie korzyści majątkowej nawet „po” rodzi uzasadnione podejrzenie, że w przyszłości może ona ulec pokusie sprzedajności. Nie dotyczy to osoby, która czynności służbowych nie będzie już wykonywać.

Znamie „w związku” zawęża zakres odpowiedzialności i wyklucza ukaranie za korupcję tylko z tego względu, że korzyść przyjęła osoba pełniąca funkcję publiczną. W doktrynie podnosi się, że korzyść majątkowa osiągnięta jedynie „przy okazji” pełnienia funkcji publicznej, ze względu na podjęcie czynności leżącej poza zakresem kompetencji osoby pełniącej funkcję publiczną, nie stanowi korzyści przyjętej „w związku” z pełnieniem funkcji publicznej³⁵. Jako przykład powołuje się otrzymywanie przez kierownika USC datków za dokonywane czynności techniczno-usługowe, tj. ustawianie weselników do zdjęć³⁶, czy też zachowanie lekarza placówki finansowanej ze środków publicznych, który operuje pacjentów za pieniądze po godzinach pracy³⁷. Nie należy upatrywać istoty przestępstwa w wykorzystywaniu funkcji publicznej dla osiągania korzyści³⁸. A zatem, pomimo tego, że literalnie sformułowanie „w związku” ma stosunkowo szerokie znaczenie, w odniesieniu do „pełnienia funkcji publicznej” zostało ono zawężone.

Czy powszechnie akceptowana interpretacja znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” rozstrzyga postawione na wstępie pytanie? Wprawdzie przedstawione wyżej poglądy doktryny odnoszą się raczej do osób, które (nadal) pełnią funkcję publiczną, ale czy można kategorycznie przesądzić, iż osoba, która przestała być funkcjonariuszem, nie może przyjąć korzyści „w związku”? Samo sformułowanie „w związku” jest przecież na

³⁴ P. Pałka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 37–38.

³⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 1982 r., sygn. V KRN 289/81, OSNPG 1982, nr 8, poz. 117; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 58, por. też A. Barczak-Oplustil, (w:) *Kodeks karny...*, art. 228, pkt 33, s. 973.

³⁶ A. Barczak-Oplustil, *Komentarz do art. 228 k.k.*, LEX 2006, teza 27; R. A. Stefański, *Komentarz do art. 228*, Legalis 2014, teza 22.

³⁷ A. Barczak-Oplustil, (w:) *Kodeks karny...*, art. 228, pkt 36, s. 975.

³⁸ A. Barczak-Oplustil, *„W związku”...*, s. 88.

tyłe szerokie, że nie wyłącza interpretacji „w związku z wcześniej pełnioną funkcją publiczną”.

Wydaje się jednak, że w tym wypadku wcześniej pełniona funkcja jest jedynie „okazją” do przyjęcia korzyści, bo nie łączy się z nią – w chwili przyjęcia korzyści – żadna faktyczna kompetencja do podejmowania czynności służbowych. Nie przekona to jednak zwolenników karania osoby, która przestała pełnić funkcję publiczną, bo również „kompetencję” do załatwienia sprawy odnieść można do czasu dokonania czynności.

A jednak „związek z pełnieniem funkcji publicznej” oceniać należy w momencie wręczenia/przyjęcia korzyści, a nie na chwilę dokonania czynności służbowej, gdyby bowiem było inaczej, to niemożliwym byłoby statuowanie odpowiedzialności za przyjęcie korzyści majątkowej „za przychyłność”. Oczywiście jest, że związek z pełnioną funkcją rozumiany jako związek z całościem urzędowania może być oceniany wyłącznie na czas wręczenia/przyjmowania korzyści (bądź udzielania/przyjmowania obietnicy), bo brak w ogóle konkretnej czynności, do której można by odnieść znamię „w związku”.

O ile w ogóle dojdzie do wręczenia „łapówki” po zaprzestaniu przez daną osobę pełnienia funkcji publicznej, to raczej dotyczyło to będzie korzyści związanej z konkretną czynnością służbową dokonaną w przeszłości³⁹. Jak już wspomniano powyżej, sam fakt wręczenia korzyści „po” nie stoi na przeszkodzie ukaraniu, istnieją jednak powody, by odmiennie oceniać sytuację, gdy dana osoba w chwili przyjęcia korzyści pełni nadal funkcję publiczną od sytuacji, gdy taką kompetencją już się nie legitymuje. Należy jednak przyznać, że rozróżnieniu temu daleko do kategoryczności. Analiza znamienia „w związku z pełnieniem funkcji publicznej” w jego aktualnej wykładni może być zatem pomocna dla rozważenia odpowiedzialności osoby przyjmującej korzyść po utracie przymiotu osoby pełniącej funkcję publiczną, ale nie rozstrzyga tej kwestii jednoznacznie. W dalszej kolejności należy zatem rozważyć, czy osoba przyjmująca korzyść musi być osobą pełniącą funkcję publiczną i jaki moment jest miarodajny dla dokonania oceny w tym zakresie. To zaś prowadzi do rozważań o podmiocie przestępstwa z art. 228 § 1 k.k., a zarazem „odbiorcy” korzyści z art. 229 § 1 k.k.

III. Podmiot czynu zabronionego z art. 228 § 1 k.k.

Chociaż w art. 228 § 1 k.k. ustawodawca posługuje się zaimkiem „kto”, to zarówno orzecznictwo, jak i doktryna zgodnie przyjmują, iż przestępstwo

³⁹ Można sobie teoretycznie wyobrazić wręczenie korzyści majątkowej osobie, która przestała pełnić funkcję publiczną jako wyraz podziękowania za wcześniejszą, ogólnie rozumianą „życzliwość”. Trudno jednak byłoby uzasadnić potrzebę karania np. byłego posła, który po zakończeniu sprawowania mandatu przyjąłby korzyść za uchwalenie korzystnych dla wręczającego (ale bliżej niesprecyzowanych) rozwiązań prawnych.

łapownictwa biernego jest przestępstwem indywidualnym właściwym, jego sprawcą – już w typie podstawowym – może być tylko osoba pełniąca funkcję publiczną⁴⁰, niezależnie od różnic w opisie dotyczącym odbiorcy korzyści majątkowej w art. 228 § 1 k.k. i art. 229 § 1 k.k.⁴¹.

Użyte w przepisie sformułowanie „kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej” pełni jednocześnie dwie istotne funkcje: z jednej strony charakteryzuje podmiot czynu zabronionego, z drugiej zaś stanowi znamię modalne i określa, w jakiej sytuacji przyjęcie korzyści stanowi przestępstwo⁴². Oznacza to, że sprawca przestępstwa z art. 228 k.k. to nie kto inny, jak osoba określona w art. 115 § 19 k.k. Analizując dokładnie brzmienie przepisu, trzeba jednak odnotować, że art. 228 k.k. w istocie nie posługuje się pojęciem osoby pełniącej funkcję publiczną, lecz mówi o „pełnieniu funkcji publicznej”⁴³, przestępstwo to określone zostało od strony czynnościowej, a nie stanowiska⁴⁴. Ustawodawca mógł uniknąć wątpliwości w tym zakresie, gdyby dyspozycję art. 228 k.k. w omawianym fragmencie ujął np. następująco: „Osoba pełniąca funkcję publiczną, która w związku z pełnieniem tej funkcji przyjmuje korzyść majątkową (...), podlega karze (...)”⁴⁵. W praktyce wymiaru sprawiedliwości określenie podmiotu przestępstwa łapownictwa biernego

⁴⁰ A. Barczak-Oplustil, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 5, s. 955; M. Sawaszeliga, Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, Legionowo 2000, s. 24; J. Skorupka, Ochrona..., s. 64; P. Palka, M. Reut, Korupcja..., s. 18; C. Nowak, Korupcja..., s. 65; J. Skorupka, Podstawy karania korupcji w kodeksie karnym *de lege lata* i *de lege ferenda* (wybrane zagadnienia), Państwo i Prawo 2003, nr 12, s. 78; P. Wiatrowski, Pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną i jej kontrola w kontekście zwalczania łapownictwa biernego. Uwagi *de lege lata* i *de lege ferenda*, Przegląd Sądowy 2006, nr 7–8, s. 45; P. Palka, Sprzedajne..., s. 374; R. Hałas, (w:) A. Grześkowiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2014, art. 228, pkt 2, s. 895; J. Giezek, Kodeks karny..., art. 228, pkt 5, s. 726; por. H. Popławski, M. Surkont, Przestępstwo..., s. 14; A. Marek, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2013, teza 2; J. Garus-Ryba, A. Liszewska, Problem odpowiedzialności karnej lekarza za przestępstwo łapownictwa biernego, Palestra 2001, nr 7–8, s. 18, LEX nr 30870/1.

⁴¹ P. Kardas, Odpowiedzialność karna za łapownictwo (rozważania na tle projektowanych nowelizacji kodeksu karnego), Przegląd Sądowy 2002, nr 7–8, s. 13; R. A. Stefański, Osoba pełniąca funkcję publiczną jako podmiot przestępstwa łapownictwa, Prokuratura i Prawo 2000, nr 11, s. 135; K. Liszewski, Z. Grzegory, Przestępstwa korupcyjne w świetle nowych przepisów karnych, oprac. Biura Służby Kryminalnej KGP, s. 9 i 16.

⁴² A. Barczak-Oplustil, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 30, s. 972; O. Górniok, R. Zawłocki, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 17, s. 72; M. Surkont, Sprzedajność w projekcie kodeksu karnego, Przegląd Sądowy 1995, nr 7–8, s. 108, P. Wiatrowski, Pojęcie..., s. 46; M. Surkont, Łapownictwo..., s. 61; T. Chrustowski, Prawne..., s. 30; por. też J. Skorupka, Ochrona..., s. 76–77.

⁴³ P. Kardas, Odpowiedzialność..., s. 21; por. także J. Wyrembak, Funkcja publiczna – znaczenie prawnokarne, (w:) A. Turska (red.), Refleksje o prawie, państwie i społeczeństwie, Warszawa 2005, s. 80.

⁴⁴ P. Wiatrowski, Pojęcie..., s. 45.

⁴⁵ J. Giezek, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2014, teza 7.

z art. 228 k.k. utożsamiane jest zazwyczaj z pojęciem osoby pełniącej funkcję publiczną⁴⁶.

Powszechnie przyjmuje się, iż art. 229 § 1 jest odwrotnością, odpowiednikiem czy „lustrzanym odbiciem” przestępstwa z art. 228 § 1 k.k.⁴⁷. Łapownictwo należy do przestępstw o wieloosobowej konfiguracji i do jego popełnienia oprócz przyjmującego niezbędny jest współudział wręczającego, przy czym pierwszy dopuszcza się czynu z art. 228 k.k., a drugi z art. 229 k.k.⁴⁸. Określenie podmiotu łapownictwa biernego rzutuje na wykładnię znamion łapownictwa czynnego⁴⁹, zakresy podmiotowej odpowiedzialności wręczających i przyjmujących korzyści nie powinny się więc rozmiąć⁵⁰.

Zatem, pomimo tego, że art. 229 k.k. posługuje się znamieniem „osoby pełniącej funkcję publiczną”, natomiast art. 228 k.k. „osoby (kto), która w związku z pełnieniem funkcji publicznej”, nie ma wątpliwości, że w obu wypadkach chodzi *de facto* o osobę pełniącą funkcję publiczną⁵¹. To interpretacyjne „uzupełnienie” znamion przestępstwa łapownictwa biernego nie budzi wątpliwości, nie powoduje bowiem poszerzenia zakresu kryminalizacji. Warto przypomnieć, iż również art. 229 § 1 k.k. przed zmianą ustawy dokonaną w 2001 r.⁵² uzupełniany był w drodze wykładni o znamie „w związku z pełnieniem funkcji” nazywane nawet „znamieniem ukrytym”⁵³.

Jeśli przyjmujący korzyść nie pełni funkcji publicznej, to fakt ten powoduje, że wyłączona jest odpowiedzialność za łapownictwo⁵⁴. Dotyczy to zarówno wręczającego, jak i przyjmującego korzyść, o ile fakt niepełnienia przez tego ostatniego funkcji publicznej jest obu stronom „transakcji” znany. Tym

⁴⁶ J. Giezek, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2014, teza 7.

⁴⁷ M. Sawa-Szeliga, *Przestępstwa...*, s. 29; A. Melezini, *Prawne...*, s. 50; M. Surkont, *Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997 r.*, *Przeegląd Sądowy* 1998, nr 5, s. 36; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 31, por. O. Górniok, R. Zawłocki, (w:) *Kodeks karny...*, art. 229, pkt 11, s. 92.

⁴⁸ H. Popławski, M. Surkont, *Przestępstwo...*, s. 35; M. Surkont, *Z zagadnień...*, s. 36, M. Kulik, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2014, teza 18; J. Giezek, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2014, teza 3.

⁴⁹ P. Kardas, *Odpowiedzialność...*, s. 13.

⁵⁰ M. Surkont, *Z zagadnień...*, s. 43; M. Surkont, *Łapownictwo...*, s. 31.

⁵¹ T. Kanty, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2010 r.*, sygn. I KZP 16/10, *GSP-Przeegląd Orzecznictwa* 2011, nr 3, poz. 145; LEX nr 147330/1.

⁵² Art. 1 ustawy z dnia 9 września 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ustawy o zamówieniach publicznych oraz ustawy – Prawo bankowe (Dz. U. 2000 r., Nr 93, poz. 1027), która weszła w życie z dniem 4 lutego 2001 r. Przed tą datą art. 229 § 1 przewidywał karalności zachowania tego, kto „udziela lub obiecuje udzielić korzyści majątkowej lub osobistej osobie pełniącej funkcję publiczną” bez wymogu, by udzielenie korzyści lub jej obietnicy miało związek z pełnioną funkcją publiczną.

⁵³ P. Pałka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 53; por. też C. Nowak, *Korupcja...*, s. 77 i 405.

⁵⁴ M. Surkont, *Z zagadnień...*, s. 45.

samym uzurpowanie sobie funkcji publicznej nie wyczerpuje znamion z art. 228 § 1 k.k.⁵⁵.

Inaczej przedstawia się sytuacja osób działających w błędnym przekonaniu, że przyjmujący korzyść pełni funkcję publiczną. W takim wypadku odpowiedzialność osoby udzielającej korzyści może być rozpatrywana na płaszczyźnie usiłowania nieudolnego⁵⁶, bo sprawca błędnie przyjmuje, że działa wobec obiektu będącego nośnikiem dobra prawnego stanowiącego znamię typu czynu zabronionego⁵⁷. Natomiast przyjmujący korzyść pozostanie bezkarny, gdyż art. 13 § 2 k.k. nie przewiduje działania w błędzie odnośnie cechy sprawcy statuującej przestępstwo indywidualne. W przypadku usiłowania nieudolnego odpowiedzialność za przestępstwo z art. 229 § 1 k.k. przestaje więc być „paralełą” odpowiedzialności za czyn zabroniony z art. 228 § 1 k.k., nie wynika to jednak z odmiennego zakresu penalizacji we wspomnianych przepisach, a jedynie z konstrukcji usiłowania nieudolnego.

Pogląd o całkowitym pokrywaniu się kręgu osób, które mogą być podmiotem przestępstwa łapownictwa biernego z kręgiem osób, które w rozumieniu art. 229 § 1 k.k. mogą być odbiorcami korzyści majątkowej uznać należy za przekonywający i uzasadniony. Teraz odpowiedzieć należy tylko na pytanie, czy owa szczególna właściwość wymienionych osób ma być oceniana na chwilę wręczenia/przyjęcia korzyści, czy też dokonania czynności (o ile korzyść uzyskano w związku z konkretną czynnością).

IV. Czas popełnienia przestępstwa

Zgodnie z art. 6 § 1 k.k. czyn zabroniony jest popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany. Oczywistym jest, iż to w tym czasie zrealizowane być muszą wszystkie znamiona czynu zabronionego, które co do zasady – jeśli ustawa nie stanowi inaczej – muszą zachodzić kumulatywnie. W przypadku sprzedajności z art. 228 § 1 k.k. przestępstwo popełnione jest zatem w momencie, w którym sprawca „przyjął” korzyść. Skoro – jak wykazano powyżej – znamię szczególnej cechy podmiotu, choć niewyrażone wprost, w istocie należy do zespołu znamion przestępstwa z art. 228 § 1 k.k., to również i to znamię musi być zrealizowane w chwili popełnienia czynu. O ile zatem „związek z pełnieniem funkcji publicznej” mógłby dotyczyć funkcji pełnionej w przeszłości, to jest to wykluczone w odniesieniu do znamienia „osoby pełniącej funkcję publiczną”. Patrząc na

⁵⁵ P. Pałka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 40–41.

⁵⁶ M. Surkont, *Z zagadnień...*, s. 40; T. Chrustowski, *Prawne...*, s. 35; por. także J. Potulski, *Komentarz do zmiany art. 250(a) kodeksu karnego wprowadzonej przez Dz. U. z 2003 r., Nr 111, poz. 1061, LEX 2004, teza 7.*

⁵⁷ P. Pałka, M. Reut, *Korupcja...*, s. 53.

zagadnienie przez pryzmat art. 229 § 1 k.k., należy stwierdzić, iż również i w tym wypadku znamię pełnienia funkcji publicznej musi być spełnione w chwili „udzielania” korzyści, podobnie jak w przypadku każdego innego przestępstwa wprowadzającego znamię przedmiotu czynności wykonawczej.

Samo sformułowanie „kto w związku z pełnieniem funkcji publicznej” pozwalałoby teoretycznie na stwierdzenie, iż chodzi o osobę, która obecnie lub w przeszłości pełniła funkcję publiczną, ale wtedy dla zachowania paraleli pomiędzy odpowiedzialnością za przyjmowanie i udzielanie łapówek art. 229 § 1 k.k. musiałby penalizować „udzielenie korzyści majątkowej w związku z pełnieniem funkcji publicznej”. Sprezycowanie w art. 229 § 1 k.k. przedmiotu czynności wykonawczej, a w art. 228 § 1 k.k. (w drodze wykładni) podmiotu przestępstwa jako „osoby pełniącej funkcję publiczną” nie pozwala na przyjęcie, iżby znamię to nie musiało być spełnione w chwili działania sprawy. Trudno zatem zgodzić się ze sformułowaniem, iż czas przyjęcia korzyści lub obietnicy ma tutaj wtórne znaczenie⁵⁸.

Na marginesie niejako wspomnieć należy, że nie inaczej jest w przypadku znamion określających sprawców, takich jak np.: osoba zobowiązana do opieki w przypadku niealimentacji (art. 209 § 1 k.k.) czy osoba odpowiedzialna za bezpieczeństwo i higienę pracy w przypadku narażenia pracownika na niebezpieczeństwo (art. 220 § 1 k.k.) oraz znamion określających przedmiot czynności wykonawczej, gdy jest nim określona osoba, np. obcowanie płciowe „z małoletnim” (art. 200 § 1 k.k.) lub znęcanie się nad „osobą najbliższą” (207 § 1 k.k.). Wszystkie te znamiona muszą być zrealizowane w czasie czynu. Nie oznacza to oczywiście, iż dla realizacji znamion nie mają znaczenia okoliczności przeszłe. I tak, przykładowo, „żądanie” w art. 150 k.k. czy „zgoda kobiety” z art. 152 § 1 k.k. mają w stosunku do czasu popełnienia czynu charakter uprzedni, jednak w chwili czynu muszą trwać ich skutki, tj. zarówno żądanie, jak i zgoda muszą być nadal „aktualne”. Do tego rodzaju znamion nie należą jednak znamiona określające podmiot sprzedajności czy osobę, na którą oddziałuje sprawca przekupstwa.

V. Przyjęcie obietnicy i korzyści

Zarysowane na wstępie zagadnienie dotyczyło sytuacji, w której sprawca przyjął obietnicę udzielenia korzyści, a dopiero po utracie przymiotu „osoby pełniącej funkcję publiczną” przyjął korzyść majątkową. Przyjęcie obietnicy polega na zaistnieniu stanu, w którym osoba pełniąca funkcję publiczną oczekuje na otrzymanie korzyści⁵⁹ i oznacza akceptację złożonej przez

⁵⁸ A. Lachowski, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222–316, t. II, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), wyd. 1, Warszawa 2013, Legalis, art. 228, pkt 68.

⁵⁹ M. Kulik, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2014, teza 7.

składającego propozycji przysporzenia w przyszłości korzyści majątkowej lub osobistej, wyrażoną w dowolnej formie⁶⁰.

Nie można się zgodzić z poglądem Sądu Najwyższego, że jeżeli sprawca przyjmie najpierw obietnicę korzyści majątkowej, a potem obiecaną korzyść, to przestępstwo jest dokonane w momencie przyjęcia korzyści, a nie jej obietnicy⁶¹. W takiej sytuacji przyjąć należy (także w przypadku tożsamości osoby udzielającej obietnicy korzyści i potem samej korzyści) dwukrotną realizację znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 228 § 1 k.k., przy czym nie dochodzi tu do realnego zbiegu przestępstw ze względu na regułę wyłączenia wielości ocen. Jedno z przestępstw traktowane będzie jako współukarane przestępstwo uprzednie (względnie następcze)⁶². Niejednokrotnie też przyjąć będzie można istnienie z góry powziętego zamiaru, który uzasadni przyjęcie w takiej sytuacji jednego przestępstwa, popełnionego w formie czynu ciągłego⁶³.

Jeśli zatem dwukrotnie zrealizowano znamiona typu czynu zabronionego opisanego w art. 228 § 1 k.k., przy czym w drugim przypadku znamiona zostały zdekompetyowane, to sprawca może ponieść wyłącznie odpowiedzialność za przyjęcie obietnicy korzyści majątkowej. Wprawdzie czyny te pozostają w ścisłym związku faktycznym (przyjęcie korzyści jest konsekwencją przyjęcia obietnicy), to jednak przyjęcie korzyści nie jest elementem tego samego czynu, bo czyn zabroniony dokonany został (a nie tylko usiłowany) w już w momencie przyjęcia obietnicy. Jeśli natomiast przyjęcia korzyści majątkowej nie poprzedziło przyjęcie obietnicy, to sprawca pozbawiony w chwili przyjęcia korzyści majątkowej cechy osoby pełniącej funkcję publiczną nie poniesie odpowiedzialności karnej.

Rekapitulując wcześniejsze rozważania, przyjąć należy, iż pomimo odmiennego sformułowania artykułów 228 i 229 k.k. w obu przepisach chodzi o tę samą osobę i w przypadku łapownictwa biernego podmiotem przestępstwa będzie osoba pełniąca funkcję publiczną, choć art. 228 k.k. mówi tylko o „związku z pełnieniem funkcji publicznej”. Zakres penalizacji art. 228 k.k. nie jest zatem szerszy niż w art. 229 k.k. Odmienna interpretacja prowadziłaby do wniosku, iż można przyjąć korzyść majątkową, której „nikt nie wręczył”, możliwa byłaby bowiem sytuacja, w której przyjmujący korzyść pono-

⁶⁰ A. Marek, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2013, teza 5; por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1980 r., sygn. II KR 359/80.

⁶¹ Wyrok SN z dnia 20 listopada 1981 r., sygn. II KR 354/80; podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 listopada 1974 r., sygn. Rw 522/74, LEX nr 18932; zob. też: O. Górniok, R. Zawłocki, (w:) Kodeks karny..., art. 228, pkt 24, s. 73; P. Pałka, M. Reut, Korupcja..., s. 36; M. Surkont, Łapownictwo..., s. 59–60.

⁶² A. Barczak-Oplustil, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2006, teza 50; M. Kulik, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2014, teza 18; A. Marek, Komentarz do art. 228 k.k., LEX 2013, teza 5.

⁶³ A. Barczak-Oplustil, *ibidem*.

siłby odpowiedzialność karną, przy jednoczesnej bezkarności wręczającego. Nie wydaje się, by taka była intencja ustawodawcy. Natomiast, z uwagi na fakt, iż znamię określające podmiot musi zachodzić w momencie popełnienia czynu (a zatem przyjęcia korzyści lub jej obietnicy), należy stwierdzić, że osoba niepełniująca już funkcji publicznej nie poniesie odpowiedzialności z art. 228 § 1 k.k., nawet jeśli przyjęła korzyść w związku z wcześniej dokonanymi przez siebie czynnościami służbowymi.

VI. Odpowiedzialność karna z art. 250a k.k. i art. 222 k.k.

Przedstawiona wyżej interpretacja ustawy – jakkolwiek wydaje się słuszna w odniesieniu do art. 228 § 1 k.k. – może na płaszczyźnie innych typów przestępstw budzić wątpliwości. Przykładem niech będzie korupcja wyborcza: zgodnie z art. 250a § 1 k.k. karze podlega ten, kto będąc uprawniony do głosowania, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo takiej korzyści żąda za głosowanie w określony sposób. Natomiast § 2 przywołanego przepisu wprowadza karalność osoby, która udziela korzyści majątkowej lub osobistej osobie uprawnionej do głosowania, aby skłonić ją do głosowania w określony sposób lub za głosowanie w określony sposób.

Skoro korzyść wręczana jest osobie „uprawnionej do głosowania”, to również i tu rodzi się pytanie, w jakim momencie owo uprawnienie musi istnieć. Literalne brzmienie przepisu zdaje się prowadzić do konstatacji, iż znamię to musi zostać zrealizowane w chwili popełnienia czynu zabronionego, a tym jest przyjęcie lub żądanie korzyści (art. 250a § 1 k.k.)⁶⁴. Jeśli zatem osobie uprawnionej do głosowania wręczono korzyść majątkową przed dniem wyborów, a osoba ta utraciła następnie czynne prawo wyborcze (np. z uwagi na prawomocne orzeczenie utraty praw publicznych), to zarówno biorący, jak i dający odpowiedzą za dokonanie przestępstwa odpowiednio z art. 250a § 1 i § 2 k.k.

Równocześnie jednak „uprawnienie do głosowania” dotyczy konkretnego dnia wyborów. Czas czynu musi być zatem zrelatywizowany do konkretnych wyborów, jakie mają się odbyć w oznaczonym dniu⁶⁵. Zresztą z samego sformułowania „głosowania w określony sposób” wynika, iż przestępstwo nie dotyczy osoby uprawnionej do głosowania „w ogóle”, którą przykładowo w wyborach parlamentarnych jest co do zasady każdy dorosły obywatel, wpisany lub dopisany do spisu wyborców, który nie został pozbawiony praw publicznych ani ubezwłasnowolniony. Uprawnienie do głosowania zawsze do-

⁶⁴ W. Koziół, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 9, Legalis 2014, teza 14; J. Piskorski, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 222–316, t. II, M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), wyd. 1, Warszawa 2013, Legalis, art. 250a, pkt 17.

⁶⁵ J. Piskorski, *ibidem*, art. 250a, pkt 18.

tyczy konkretnego głosowania w określonym dniu, bo nawet w wypadku organizowania wyborów tego samego dnia ta sama osoba może być przykładowo uprawniona do głosowania w wyborach parlamentarnych, a nie będzie uprawniona (z uwagi na miejsce zamieszkania) do udziału w wyborach samorządowych. Można nawet powiedzieć, że osoba uprawniona do udziału w głosowaniu odbywającym się dnia 1 maja, już następnego dnia nie jest „osobą uprawnioną do głosowania” w tym głosowaniu. Z tego względu powiązanie uprawnienia do głosowania z czasem wręczenia korzyści (a nie z czasem głosowania) może prowadzić do rezultatów trudnych do zaakceptowania, bo nie stanowiłoby przestępstwa udzielenie i przyjęcie korzyści przed wyborami przez osobę, która dopiero w dniu wyborów stała się pełnoletnia. Co do zasady wyłączona byłaby również karalność przyjęcia korzyści po głosowaniu⁶⁶, przy czym brzmienie przepisu (zwłaszcza § 2) zdaje się prowadzić do wniosku odmiennego. Nie jest zadaniem niniejszego opracowania odpowiedź na pytanie o interpretację art. 250a k.k., ale wskazane wątpliwości pokazują, iż zagadnienie czasu realizacji poszczególnych znamion nie jest sprawą błahą.

W literaturze dotyczącej art. 228 k.k., zwłaszcza przy interpretacji znamienia „w związku z pełnioną funkcją publiczną”, pojawiają się ponadto odniesienia do wykazującego pewne podobieństwa znamienia „w związku z pełnieniem obowiązków służbowych”, jakim posługuje się ustawodawca w art. 222 § 1 k.k. Również i tutaj znaczenie będzie miał moment realizacji znamion określających przedmiot czynności wykonawczej, jakim jest „funkcjonariusz publiczny” lub „osoba do pomocy mu przybrana”.

Znamień „związku z pełnieniem obowiązków służbowych” rozumiane jest w ten sposób, iż wykonywana przez funkcjonariusza czynność ma być motorem, przyczyną, powodem naruszenia nietykalności⁶⁷. Do stwierdzenia związku wystarczy, że sprawowana przez pokrzywdzonego funkcja czy zespół czynności należących do jego kompetencji są motywem działania sprawcy⁶⁸. Nie jest przy tym ważne, jakie czynności funkcyjne realizuje pokrzywdzony, ale że je w ogóle realizuje i w związku z tym faktem (a nie treścią czynności) doszło do ataku⁶⁹. Przytoczone zapatrywania pośrednio wskazują na powiązanie działania w charakterze funkcjonariusza lub osoby do pomocy mu przybranej raczej z momentem wykonywania czynności, a nie z chwilą naruszenia nietykalności. Jednocześnie sam fakt, że pokrzyw-

⁶⁶ Tak: J. Potulski, Komentarz do art. 250a kodeksy karnego, LEX 2004, teza 5; J. Piskorski, *ibidem*; odmiennie M. Szewczyk, Komentarz do art. 250a kodeksu karnego, LEX 2006, teza 11.

⁶⁷ A. Barczak-Oplustil, (w:) Kodeks karny..., art. 222, pkt 17, s. 903; E. Pływaczewski, (w:) Kodeks karny..., art. 222, pkt 8, s. 916; por. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 grudnia 1973 r., sygn. Rwn 1084/73, LEX nr 18755.

⁶⁸ A. Barczak-Oplustil, (w:) *ibidem*, art. 222, pkt 20, s. 905; E. Pływaczewski, (w:) *ibidem*, art. 222, pkt 9, s. 917.

⁶⁹ O. Górnioł, R. Zawłocki, (w:) Kodeks karny..., art. 222, pkt 16, s. 11.

dzony należy do określonej kategorii funkcjonariuszy publicznych (np. jest policjantem), która to okoliczność stanowi motyw działania sprawcy, nie wystarcza – na gruncie art. 220 k.k. – dla realizacji znamion⁷⁰. Na rozszerzenie ochrony funkcjonariuszy publicznych atakowanych „z powodu wykonywanego zawodu lub zajmowanego stanowiska” pozwolił dopiero art. 231a k.k.

Zgodnie z poglądem reprezentowanym w doktrynie związek naruszenia nietykalności z wykonywaniem obowiązków może polegać na tym, że czynności prowadzone przez funkcjonariusza lub osobę przybraną skłoniły sprawcę do naruszenia jego nietykalności w jakimkolwiek czasie i miejscu⁷¹. Gdy zatem funkcjonariusz lub osoba przybrana odstąpiła już od czynności, ale czyn jest związany z ich pełnieniem – naruszenie nietykalności nadal realizuje znamiona przestępstwa z art. 222 § 1 k.k.⁷². Jako przykład wskazuje się pobicie osoby przybranej za to, że dzień wcześniej pomagała funkcjonariuszowi likwidować bójkę⁷³.

Problem polega tu na tym, że jeśli chceć literalnie analizować brzmienie przepisu, to należałoby uznać, że pokrzywdzony musi być funkcjonariuszem publicznym lub osobą przybraną do pomocy nie tyle w czasie pełnienia czynności służbowych, co w momencie popełnienia czynu, a tym jest chwila naruszenia nietykalności. Jednak osoba przybrana nierzadko w chwili naruszenia nietykalności (np. następnego dnia czy choćby kilka chwil po przeprowadzeniu czynności) nie posiada już tego statusu, bo jej „powołanie” kończy się z chwilą zakończenia czynności, do której była przybrana. Taka interpretacja oznaczałaby zatem, iż osoba przybrana byłaby chroniona jedynie podczas czynności (bądź ewentualnie przed jej podjęciem), a tym samym chronione byłoby właściwe wykonanie tej czynności, ale już nie po jej zakończeniu, czyli pozbawiona zostałaby „ochrony przed zemstą”. Tymczasem funkcjonariusz będzie chroniony również po dokonaniu czynności, o ile w międzyczasie nie utraci statusu funkcjonariusza publicznego. Można oczywiście próbować tłumaczyć taką sytuacją faktem, iż funkcjonariusz nadal pełni swoje funkcje i z tego względu musi być chroniona jego „przyszła działalność”, podczas gdy działania osób przybranych są z zasady jednorazowe (nawet jeśli osoba taka zostanie ponownie, w innej sytuacji powołana do udziału w czynności), ale rozwiązanie takie budzi wątpliwości pomimo tego, że atak na osobę przybraną nie

⁷⁰ J. Giezek, Kodeks karny..., art. 222, pkt 7, s. 693; B. Stefańska, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 10, Legalis 2014, teza 31; A. Barczak-Oplustil, (w:) Kodeks karny..., art. 222, pkt 20, s. 904; odmiennie: wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 20 marca 2002 r., sygn. II AKa 49/02, KZS 2004, nr 6, poz. 48; M. Kulik, (w:) Kodeks karny..., art. 222, pkt 7, s. 467; T. Dukiet-Nagórska, Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa, wyd. 2, Warszawa 2010, s. 376 (która podaje przykład sprawcy uderzającego policjanta, bo kiedyś inny policjant niesłusznie ukarał go mandatem).

⁷¹ M. Kulik, (w:) Kodeks karny..., art. 222, pkt 6, s. 467.

⁷² O. Górniok, R. Zawłocki, (w:) Kodeks karny..., art. 222, pkt 13, s. 10.

⁷³ A. Barczak-Oplustil, (w:) Kodeks karny..., art. 222, pkt 21, s. 905.

pozostanie bezkarny, sprawca bowiem może ponieść odpowiedzialność za przestępstwo z art. 217 § 1 k.k. lub ewentualnie z art. 217a k.k.

Ten ostatni przepis nie określa przedmiotu czynności wykonawczej, a jedynie okoliczność modalną, jaką jest działanie „w związku z podjętą interwencją na rzecz” ochrony bezpieczeństwa ludzi lub bezpieczeństwa/porządku publicznego. Abstrahując od pewnej niezręczności w redakcji tego przepisu oraz różnic w określeniu osoby pokrzywdzonego, nie budzi wątpliwości, że osoba podejmująca interwencję chroniona jest zarówno w czasie jej podejmowania, jak i po zakończeniu interwencji, pozwala bowiem na to szerokie i niewymagające koincydencji czasowej rozumienie pojęcia „w związku”.

Gdyby na mocy art. 222 § 1 k.k. karze podlegał (przykładowo) ten, kto „uderza człowieka lub w inny sposób narusza jego nietykalność cielesną, w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej”, to również i tutaj przymiot funkcjonariusza i osoby do pomocy mu przybranej można by odnosić do czasu dokonania czynności służbowej, a niekoniecznie do czasu działania sprawcy, choć oczywiście trudno uznać taką propozycję brzmienia tego przepisu za wzorcową. Przedstawione wątpliwości interpretacyjne, jakie rodzą się w związku z interpretacją znamion przestępstw z art. 222 § 1 k.k. i art. 250a § 1 i 2 k.k., nie powodują jednak, iżby przedstawiona powyżej wykładnia art. 228 k.k. traciła rację bytu.

Criminal law-oriented assessment of obtaining and giving financial advantage after abandonment of public office

Abstract

This paper explores liability of an individual who, after having performed a public office act, lost their status of a public office holder but obtained financial advantage in connection with such act. The analysis of the relevant regulations leads to the conclusion that the individual will not be held criminally responsible for obtaining undue advantage but only for accepting a promise (provided that the individual accepted the promise while holding public office). Such conclusion stems from delineating the circle of perpetrators of the offence under Article 228 of Penal Code by reference to Article 229 of the Penal Code, and from linking the “public office holder” criterion with time when the advantage was given and not with time when the official act was performed.

Antoni Bojańczyk, Tomasz Razowski

Kształt odpowiedzialności posiłkowej po nowelizacjach Kodeksu karnego skarbowego z dnia 27 września 2013 r. i 20 lutego 2015 r.

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest próba odniesienia się do kształtu odpowiedzialności posiłkowej, nadanej jej w wyniku nowelizacji Kodeksu karnego skarbowego dokonanych ustawą z dnia 27 września 2013 r. oraz ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. Zakres przeprowadzonych zmian nakazuje bowiem rozważyć ich kierunek oraz poprawność, a w konsekwencji także skutki, które mogą wywołać w przyszłości.

Charakter nowelizacji m.in. Kodeksu postępowania karnego oraz Kodeksu karnego skarbowego, dokonanej ustawą z dnia 27 września 2013 r.¹, z łatwością pozwala zidentyfikować jeden z podstawowych obszarów jej oddziaływania. Chodzi o poszerzenie zakresu kontradiktoryjności postępowania sądowego, którego nie można przy tym utożsamiać z wprowadzeniem tzw. pełnej kontradiktoryjności tego stadium procesowego. Wszak nawet samo Uzasadnienie projektu nowelizacji wrześniowej znamienne powiada o zmierzaniu „w kierunku kontradiktoryjności”². Przywołany kierunek zmian został utrzymany również w kolejnej ustawie nowelizującej m.in. przepisy postępowania urzeczywistniającego odpowiedzialność represyjną, tj. w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw³. Nie trzeba przy tym przekonywać o tym, że zakresem obu tych nowelizacji objęte zostały również stosowne przepisy kodeksu karnego skarbowego. Od razu jednak należy wskazać, że sposób ujęcia przywołanych zmian w istotnej części może budzić wątpliwości co do jego zupełności oraz poprawności. Dobrą egzemplifikacją tej tezy są wyniki analizy tych przepisów obu przywołanych ustaw nowelizujących m.in. kodeks

¹ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2013 r., poz. 1247 z późn. zm.; dalej zwana zamiennie „nowelizacją wrześniową”.

² Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, s. 7 i n.; druk nr 870 Sejmu VII kadencji; www.sejm.gov.pl.

³ Dz. U. z 2015 r., poz. 396; dalej zwana zamiennie „nowelizacją lutową”.

karny skarbowy, które dotyczą właściwej wyłącznie tej ustawie instytucji odpowiedzialności posiłkowej.

Jak już wskazano, głównym założeniem zarówno nowelizacji z dnia 27 września 2013 r., jak i nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. było poszerzenie zakresu kontradiktoryjności postępowania sądowego. W konsekwencji w obu wypadkach intencją ustawodawcy należy odczytywać przez pryzmat dyrektywy zapewnienia podmiotowi bezpośrednio zainteresowanemu rezultatem postępowania warunków do procesowej walki z podmiotem przeciwnym o korzystny dla siebie wynik procesu⁴. Poza jakimkolwiek sporem pozostaje przy tym to, że elementem zasady kontradiktoryjności jest obiektywizm organu procesowego. Nawiasem mówiąc, jest on o tyle ułatwiony do osiągnięcia, że to właśnie spór równoważnych stron procesowych toruje drogę do jego realizacji, zmniejszając aktywność organu procesowego, co skutkuje przecież eliminacją niebezpieczeństwa skierowania jego uwagi w tylko jednym kierunku⁵. Rzecz jasna, wskazanej bezstronności organu procesowego, a w konsekwencji zasady kontradiktoryjności jako takiej, nie będzie można osiągnąć, gdy z samego założenia zostanie ona wyłączona lub w istotny sposób ograniczona, a zatem, gdy zachwianiu ulegnie właściwy dla niej trójstronny stosunek: oskarżyciel – oskarżony – sąd. Niestety, taka sytuacja ma miejsce, gdy zasadę kontradiktoryjności spróbuje się zestawić z konstrukcją odpowiedzialności posiłkowej. Otóż, *de lege lata*, wykreowanie podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, jako strony biernej postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe (wręcz czasami określanej w doktrynie mianem *quasi-oskarżonego*⁶), wymaga bowiem wydania postanowienia o pociągnięciu do odpowiedzialności posiłkowej (art. 124 § 1 k.k.s.). Obie przywołane na wstępie ustawy nowelizujące m.in. kodeks karny skarbowy niczego w tym zakresie nie zmieniają. Nadal zatem warunkiem *sine qua non* ukształtowania wskazanej strony biernej będzie wydanie przywołanego postanowienia, które w kontekście charakteru oraz cechującej go niezaskarżalności w istocie stanowi „kalkę” postanowienia o przedstawieniu zarzutów, o czym z technicznej perspektywy przekonuje dodatkowo jego budowa (art. 124 § 3 k.k.s.). Co jednak w tym zakresie najistotniejsze, przywołane postanowienie w stadium przygotowawczym wydaje organ, który je prowadzi, zaś w stadium jurysdykcyjnym – sąd (art. 124 § 2 k.p.k.). Z perspektywy aksjologicznej jest to rozwiązanie zupełnie nieprzystające do istoty zarówno nowelizacji wrześniowej, jak i nowelizacji lutowej, rzecz jasna –

⁴ Zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, wyd. III rozszerzone i zmienione, Warszawa 1984, s. 254.

⁵ Tak, trafnie, S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, wyd. siódme zmienione i poprawione, Warszawa 2003, s. 276.

⁶ C. Kulesza, *Radca prawny jako pełnomocnik w postępowaniu karnym skarbowym*, Rad. Pr. 2001, nr 3, s. 27.

w zakresie wyrażonego w nich poszerzenia kontradiktoryjności postępowania jurysdykcyjnego. Przecież sytuacja, w której to sąd – i to z zasady z urzędu – decyduje o pociągnięciu do odpowiedzialności posiłkowej (kreując tym samym stronę bierną postępowania jurysdykcyjnego w sprawach o przestępstwa skarbowe), oznacza, że wyraźnie wkracza on w czynności o typowo oskarżycielskim charakterze, a w praktyce po prostu wyręcza oskarżyciela publicznego. To zaś stoi w ewidentnej opozycji do zapewnienia bezstronności organu procesowego (tu: sądu) jako komponenty zasady kontradiktoryjności. Niestety, nakładający na sąd obowiązek (odpowiedzialność posiłkowa ma charakter obligatoryjny – *arg. ex art. 124 § 1 k.k.s.*) wydania takiego postanowienia przepis art. 124 § 2 k.k.s. ani w wyniku nowelizacji z dnia 27 września 2013 r., ani w wyniku nowelizacji z dnia 20 lutego 2015 r. nie ulega modyfikacjom. Od razu należy przy tym wskazać, że niczego nie zmienia tutaj, dokonane mocą nowelizacji wrześniowej, uchylene przepisu art. 124 § 5 k.k.s. Jest to bowiem regulacja techniczna, której rolą nie było wskazanie na to, przez jaki organ, w jakiej formie oraz przy spełnieniu jakich warunków następuje wykreowanie podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej na etapie postępowania sądowego, lecz wyłącznie – nawiasem mówiąc: zupełnie oczywiste – wskazanie na konieczność obligatoryjnego rozstrzygnięcia w tym przedmiocie w tzw. postępowaniu przejściowym przez sąd. Chodzi bowiem o decyzję wykraczającą poza uprawnienia prezesa sądu (sędziego pełniącego rolę, o których mowa w art. 93 § 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Tym samym uchylene przywołanego przepisu art. 124 § 5 k.k.s. oznacza tylko tyle, że gdy decyzja o wydaniu postanowienia o pociągnięciu do odpowiedzialności posiłkowej będzie podejmowana w stadium jurysdykcyjnym, to podstawą wydania zarządzenia o skierowaniu sprawy na posiedzenie w tym przedmiocie stanie się przepis art. 339 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., zawarte w którym wyszczególnienie rozstrzygnięć przekraczających uprawnienia prezesa sądu ma wyłącznie charakter przykładowy (*verba legis*: „a zwłaszcza”). Dlatego w kontekście aksjologii obu wskazanych na wstępie nowelizacji uzasadnione było nie tylko uchylene przepisu art. 124 § 5 k.k.s., ale również zastąpienie w § 2 tego artykułu, występującego po wyrazie „postępowanie”, przecinka kropką i skreślenie dalszej części tego przepisu. Warto w tym miejscu wskazać, że takie rozwiązanie rekomendowała Naczelna Rada Adwokacka w przygotowanym stanowisku dotyczącym projektowanych zmian ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw⁷.

Poczynione do tej pory rozważania byłyby jednak zdecydowanie niepełne, gdybyśmy nie wskazali na istnienie charakterystycznej tylko dla postę-

⁷ Stanowisko Naczelnej Rady Adwokackiej dotyczące projektowanych zmian ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, www.nra.pl.

powania w sprawach o przestępstwa skarbowe oboczności procesowej, polegającej na przewidzianym przez kodeks karny skarbowy specjalnym trybie pociągania podmiotów do odpowiedzialności posiłkowej. Otóż, w przywołanym postępowaniu inicjacja postępowania skierowanego przeciwko podmiotowi pociąganemu do odpowiedzialności posiłkowej ma charakter hybrydowy i nie ma (w odróżnieniu od sytuacji procesowej oskarżonego) wyłącznie skargowego charakteru. Mamy na myśli tutaj oczywiście to, że to nie tylko organ prowadzący postępowanie przygotowawcze w sprawie o przestępstwo skarbowe (finansowy bądź niefinansowy organ postępowania przygotowawczego czy prokurator), ale również sam sąd w postępowaniu jurysdykcyjnym (nawet jeszcze na etapie wstępnej kontroli aktu oskarżenia) może *ex officio* zainicjować postępowanie w przedmiocie pociągnięcia podmiotu do odpowiedzialności posiłkowej (art. 124 § 2 *in fine* k.k.s.). Rozwiązanie to nie wzbudzało do tej pory poważniejszych wątpliwości. To wszystko jednak zmieniło się z dniem 1 lipca 2015 r. wraz z wejściem w życie nowelizacji wrześnieowej do kodeksu postępowania karnego. Implikacje położenia większego nacisku na kontradiktoryjność postępowania karnego (a na zasadzie odesłania przewidzianego w przepisie art. 113 § 1 k.p.k. – także zwiększenia kontradiktoryjności postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe) prowadzą na gruncie karnoskarbowej instytucji pociągnięcia podmiotu od odpowiedzialności posiłkowej do poważanych komplikacji interpretacyjnych, których ani twórcy reformy, ani legislatura na etapie prac parlamentarnych w ogóle chyba nie dostrzegli, i to zarówno przy pracach nad nowelizacją wrześnieową (2013), jak i w toku pośpiesznie (i wbrew rudymetarnym regułom techniki legislacyjnej) wprowadzanych korekt do nowelizacji jeszcze przed jej wejściem w życie (nowelizacja do nowelizacji z lutego 2015 r.). Chodzi o to, że w sytuacji, w której to dopiero sąd wykreuje podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej (wydając stosowne postanowienie o pociągnięciu do odpowiedzialności posiłkowej), nie będzie można uznać, iż postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe ograniczone do rozstrzygnięcia właśnie o odpowiedzialności posiłkowej jest przykładem postępowania wszczętego z inicjatywy strony. Tymczasem wiadomo, że nowelizacja opiera się na założeniu świadomie odrębnego – z punktu widzenia postępowania dowodowego – traktowania postępowania wszczynanego z inicjatywy strony i postępowania wszczynanego z urzędu. Jeżeli chodzi o pierwsze, to rządzi nim (oczywiście z wyjątkami przewidzianymi w przepisie art. 167 § 1 k.p.k.) zasada prowadzenia dowodów wyłącznie z inicjatywy stron (a więc wolno w tym zakresie mówić o obowiązywaniu pewnej postaci zasady kontradiktoryjności). Jeżeli chodzi o postępowania inicjowane z urzędu przez organy procesowe – dowody są przeprowadzane przez organ procesowy prowadzący postępowanie, co nie wyłącza, rzecz jasna, prawa zgłaszania wniosków dowodowych także przez

strony (art. 167 § 2 k.p.k.). O ile więc do 30 czerwca 2015 r. specyficzna jednak kombinacja procesowa polegająca na ścisłym splocie dwóch odmiennie inicjowanych postępowań (postępowania skargowego skierowanego przeciwko oskarżonemu i postępowania toczącego się *ex officio* w stosunku do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej) w jednym, głównym nurcie postępowania karnoskarbowego nie stwarzała żadnych problemów związanych z zasadami i trybem realizowania postępowania dowodowego, o tyle zmiany wprowadzone do kodeksu postępowania karnego z dniem 1 lipca 2015 r. dezaktualizują taki stan rzeczy. Te dwa nowe, odrębne reżimy dowodowe – jak ogień i woda – nie bardzo da się ze sobą pogodzić w jednym postępowaniu, bo jeden znosi drugi. Dochodzi wszak do sytuacji, w której postępowanie dotyczące odpowiedzialności oskarżonego za zarzucone mu przestępstwo skarbowe, zainicjowane wniesieniem do właściwego sądu aktu oskarżenia, będzie postępowaniem wszczętym z inicjatywy strony, czyli właściwego oskarżyciela publicznego. W pełni obejmie je zatem poszerzenie zakresu kontradiktoryjności stadium jurysdykcyjnego wynikające z obu przywołanych na wstępie ustaw nowelizacyjnych, egzemplifikowane zwłaszcza regulacjami z art. 167 § 1 zd. 1 k.p.k. (w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.) i z art. 427 § 4 k.p.k. (w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Z kolei, postępowanie sądowe dotyczące odpowiedzialności podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej – rzecz jasna, zainicjowane w trybie art. 124 § 2 *in fine* k.k.s. – już nie będzie objęte zakresem tej poszerzonej kontradiktoryjności. Nie trzeba zaś przekonywać, że takie postawienie sprawy jest aksjologicznie nieuzasadnione, zwłaszcza gdy się dostrzeże, iż przecież chodzi o dwie strony bierne tego samego – ogólnie ujętego – procesu, których sytuacja procesowa jest ze sobą ściśle sprzężona. Przecież odpowiedzialność posiłkową może generować wyłącznie uprzednie przesądzenie odpowiedzialności oskarżonego (skazanie go za przestępstwo skarbowe).

Ustawa (i to zarówno kodeks postępowania karnego, jak i kodeks karny skarbowy) nie daje – niestety – żadnej odpowiedzi na pytanie o to, który z dwóch wzajemnie się znoszących trybów postępowania dowodowego należy stosować. Kwestię tę będzie musiała rozstrzygnąć praktyka orzecznicza. Po pierwsze, trzeba powiedzieć, że *a limine* należy odrzucić możliwość łącznego stosowania obu trybów dowodowych (art. 167 § 1 i 2 k.p.k.) w hybrydowym (skargowo-oficjalnym) postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe. Nie ma bowiem najmniejszych wątpliwości co do tego, że niepodobna jednocześnie stosować dwóch odrębnych trybów prowadzenia postępowania dowodowego. Z uwagi na sygnalizowaną specyfikę postępowania „łącznego” (ściśle, dowodowe sprzężenie rozstrzygnięcia w sprawie odpowiedzialności karnoskarbowej oskarżonego i rozstrzygnięcia co do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej) rozdzielenie trybów dowo-

dowych musiałyby polegać na – zgoła absurdalnym – traktowaniu tych samych źródeł dowodowych (świadców, opinii biegłych, dokumentów) już to jako dowodów przeprowadzanych kontradiktoryjnie („co do oskarżonego”), już to przeprowadzanych na zasadach oficjalności postępowania („co do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej”). Z tych powodów kategorycznie odrzucamy takie rozwiązanie. Pozostaje zatem alternatywa – wybór jednego trybu dowodowego dla hybrydowego postępowania karnoskarbowego (jest jeszcze *tertium*, ale o tym niżej). To, oczywiście, stawia na porządku dziennym pytanie o kryteria takiego wyboru. Oczywiście (ale, naszym zdaniem, całkowicie wadliwym) rozwiązaniem byłoby oparcie wyboru trybu dowodowego (art. 167 § 1 albo art. 167 § 2 k.p.k.) na kryterium chronologicznym. Takie rozwiązanie (mimo tego, że – co otwarcie trzeba przyznać – cechuje się dalece posuniętą prostotą, zawsze bardzo atrakcyjną dla praktyki) nie przekonuje nas. Jest ono bowiem w gruncie rzeczy dość arbitralne. Przede wszystkim zaś całkowicie ignoruje ustawowe rozgraniczenie („nowy” art. 167 k.p.k. i jego dwie, wyraźnie odmienne warstwy normatywne) pomiędzy trybami dowodowymi, które przecież zostało w niemalym stopniu podyktowane względami aksjologicznymi, a nie – chronologicznymi.

Chybione naszym zdaniem byłoby również sięganie do klasycznej formuły intertemporalnej, według której w razie wątpliwości odnoszących się do tego czy stosowaniu podlega ustawa poprzednio obowiązująca, czy też ustawa nowa, należy stosować ustawę nową. Formuła ta została przewidziana w przepisach nowelizacji wrześniowej 2013 r. (wyrażona jest w przepisie art. 29 ustawy wrześniowej). Szkopuł tylko w tym, że ma ona zastosowanie wyłącznie w razie zaistnienia rzeczywistych i nieusuwalnych wątpliwości w wyborze ustawy podlegającej zastosowaniu. W analizowanym przykładzie zaś takich wątpliwości nie ma. Nie ma bowiem sporu co do tego, którą ustawę (prawo) – nową czy poprzednio obowiązującą – stosować. Jest oczywiste, że stosować należy ustawę nową ze wszystkimi konsekwencjami i co do tego nie nasuwają się żadne wątpliwości. Skoro nie ma żadnych wątpliwości odpowiadających dyspozycji przepisu art. 29 ustawy wrześniowej, to także reguła interpretacyjna sformułowana w przepisie art. 29 jest dla rozwiązania naszego problemu całkowicie bezużyteczna (brak sporu o charakterze intertemporalnym). Wątpliwości, które sygnalizujemy, dotyczą bowiem bez reszty nowej ustawy i właściwego wyboru jednego z dwóch reżimów dowodowych przewidzianych przez ustawę nową. Na to pytanie przepis art. 29 ustawy wrześniowej nie odpowiada, pozostawiając rozstrzygnięcie ewentualnie rysujących się wątpliwości samemu interpretatorowi. Ostatecznie rzecz cała sprowadza się więc do poszukiwania innych kryteriów pozwalających rozstrzygnąć, który z dwóch zbiegających się ze sobą trybów dowodowych ma pierwszeństwo i – w związku z tym – powinien mieć zastosowanie w hybrydowym postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbo-

we. Zawodzi w tym zakresie argumentacja odwołująca się do doniosłości czy aksjologicznej „wyższości” jednego z trybów dowodowych określonych w przepisie art. 167 k.p.k. Nie da się bowiem powiedzieć, iżby ustawodawca preferował czy dawał pierwszeństwo jednemu z trybów, czy reżimów dowodowych przewidzianych w przepisie art. 167 k.p.k. Wręcz przeciwnie: oba te tryby są w tym sensie równorzędne, że o zastosowaniu danego z nich w postępowaniu decyduje wyłącznie kryterium formalne, tj. sposób inicjacji określonego postępowania, a nie to, że jeden z nich jest preferowany przez ustawodawcę. Poszukując istotnej różnicy pomiędzy tymi trybami, można wskazać na to, że jeden z nich (chodzi o tryb określony w przepisie art. 167 § 2 k.p.k.) jest zdecydowanie dalej idący: pozwala bowiem na znacznie szerszą aktywność dowodową wszystkich uczestników postępowania. Aktywne dowodowo mogą zatem być zarówno strony postępowania, jak i sam organ procesowy prowadzący postępowanie (na tym tle wyraźnie widać, że tryb dowodowy określony w przepisie art. 167 § 1 k.p.k. jest dużo węższy, bo rola organu prowadzącego postępowanie – sądu – została znacząco zredukowana). Oczywiście, to zróżnicowanie wynika z tego, że ustawodawca chciał zapobiec sytuacji, w której uprawnienie czy obowiązek inicjacji postępowania z urzędu nie zostały skorelowane z uprawnieniami podmiotu inicjującego postępowanie do prowadzenia czynności dowodowych pozwalających na rozstrzygnięcie tego postępowania. Z podobną (ale procesowo jednak znacznie bardziej skomplikowaną) sytuacją mamy do czynienia na gruncie postępowania w przedmiocie pociągnięcia podmiotu do odpowiedzialności posiłkowej. Skoro jednak ustawodawca nałożył na sąd obowiązek inicjacji tego dodatkowego „wątku” postępowania z urzędu (art. 124 § 2 k.k.s. *in fine*), to jest rzeczą całkowicie naturalną, że za tym obowiązkiem musi także pójść uprawnienie do samodzielnego ustalania podstawy dowodowej dla rozstrzygnięcia co do kwestii będącej przedmiotem postępowania prowadzonego z urzędu. Inaczej mówiąc, sąd inicjujący *ex officio* postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności posiłkowej nie może być pozbawiony instrumentów służących do ustalania podstawy dowodowej dla przyszłego rozstrzygnięcia. Ponieważ dowodów przeprowadzanych w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe, w którym zaktualizowała się kwestia odpowiedzialności posiłkowej, nie da się z chirurgiczną precyzją odseparować i podzielić na dowody dotyczące tylko odpowiedzialności karnej i te dotyczące wyłącznie odpowiedzialności posiłkowej, należy przyjąć, że w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe, w którym prowadzone jest z inicjatywy sądu postępowanie w przedmiocie odpowiedzialności posiłkowej, dopuszczalne jest prowadzenie dowodów na zasadach i w trybie określonym w przepisie art. 167 § 2 k.p.k. Nie oznacza to jednak – w naszym przekonaniu – że będzie tu miała zastosowanie w sposób mechaniczny i wyłączny reguła prowadzenia postępowania dowodowego określona

w tym akurat przepisie. Z uwagi na swoisty kontekst normatywny i normatywne przemieszanie dwóch typów postępowania (skargowego, oficjalnego) w jednym zasadniczym postępowaniu uważamy, że także zasady przeprowadzania dowodów powinny być odzwierciedleniem hybrydowej natury całego procesu „łączonego” (postępowania w przedmiocie odpowiedzialności za przestępstwo skarbowe powiązanego z postępowaniem w przedmiocie odpowiedzialności posiłkowej). Dlatego też stoimy na stanowisku, że podporządkowanie postępowania dowodowego w takim akurat procesie jednej tylko z reguł wskazanych w przepisie art. 167 k.p.k. nie jest mimo wszystko właściwe. Ponieważ w jednym procesie dochodzi do połączenia dwóch zróżnicowanych postępowań (postępowania wszczętego z inicjatywy strony i postępowania inicjowanego obligatoryjnie przez sąd), to jesteśmy zdania, że przeprowadzanie dowodów musi się odbywać również w sposób adekwatnie odzwierciedlający tę specyficzną dwoistość postępowania karnoskarbowego toczącego się także przeciwko podmiotowi odpowiadającemu posiłkowo. Oznacza to, że art. 167 § 2 k.p.k. powinien być w tym postępowaniu stosowany w sposób nieco zmodyfikowany, uwzględniający przede wszystkim fakt zainicjowania „pierwotnego” postępowania co do odpowiedzialności karnej przez stronę, a nie przez organ procesowy. Krótko mówiąc, uważamy, że w tym specyficznym złożonym postępowaniu dowody powinny być przeprowadzane zarówno przez strony po ich dopuszczeniu przez sąd (art. 167 § 1 k.p.k., aspekt kontradiktoryjny postępowania dowodowego – mamy wszak do czynienia z postępowaniem przed sądem wszczętym z inicjatywy strony), jak i przez sąd (art. 167 § 2 k.p.k., aspekt oficjalny postępowania dowodowego – jest to przecież także postępowanie wszczęte z urzędu w aspekcie postępowania toczącego się przeciwko podmiotowi mającemu odpowiadać posiłkowo). Mamy – z jednej strony – świadomość tego, że tego rodzaju mieszanego trybu przeprowadzania dowodów w postępowaniu sądowym nie przewidziano wprost ani w kodeksie postępowania karnego, ani w żadnej innej ustawie procesowej z zakresu szeroko pojętego prawa karnego (kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia). Z drugiej strony trzeba jednak pamiętać, że jest to po prostu wynik tego, że zarówno projektodawcy, jak i sam ustawodawca był najwyraźniej przekonany, że w obrocie prawnym występują albo wyłącznie „czyste” postępowania skargowe, albo „czyste” postępowania wszczynane z urzędu. W toku długotrwałych prac nad nowelizacją procedury karnej najwyraźniej nikt nie wpadł na to, że poza tymi modelowymi postaciami inicjacji postępowań jest jeszcze inny byt procesowy, że – akurat w tym wypadku – *tertium datur*. Nie przewidziano tego, że istnieje jeszcze trzecia kategoria postępowań: hybrydowe postępowania karnoskarbowe są najlepszym przykładem tego, że dychotomiczny przepis art. 167 k.p.k. nie uwzględnia znacznie bogatszej rzeczywistości normatywnej.

Prostą konsekwencją poczynionych rozważań staje się zauważenie tego, że brak odesłania w art. 125 § 1 k.k.s. do odpowiedniego stosowania przywołanego już art. 427 § 4 k.p.k. oraz do odpowiedniego stosowania – odwołującego się przecież do przepisu art. 427 § 4 k.p.k. – przepisu art. 353 § 4 k.p.k., a nade wszystko to, iż w przedstawionej konfiguracji mamy do czynienia z wszczętym *ex officio* postępowaniem przeciwko podmiotowi pociągniętemu do odpowiedzialności posiłkowej oznacza, iż podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej nie obejmuje ograniczenie konstruowania zarzutów w środkiem odwoławczym polegające na braku możliwości podniesienia zarzutu nieprzeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeśli sam nie złożył w tym zakresie wniosku dowodowego, oraz braku możliwości podniesienia zarzutu przeprowadzenia dowodu pomimo niezłożenia wniosku dowodowego lub poza zakresem wniosku. Takie rozwiązanie wpisuje się tym samym w przedstawiony model postępowania dowodowego w sprawach o przestępstwa skarbowe, w których podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej został wykreowany dopiero w stadium jurysdykcyjnym. Niestety, nie wpisuje się to w jakikolwiek model postępowania wtedy, gdy podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej został wykreowany w stadium przygotowawczym (postanowieniem wydanym przez oskarżyciela publicznego). W takiej bowiem sytuacji umożliwienie podmiotowi pociągniętemu do odpowiedzialności posiłkowej podniesienia zarzutu nieprzeprowadzenia przez sąd określonego dowodu, jeśli sam nie złożył w tym zakresie wniosku dowodowego, oraz podniesienia zarzutu przeprowadzenia dowodu pomimo niezłożenia wniosku dowodowego lub poza zakresem wniosku jawnie koliduje z istotą postępowania dowodowego wszczynanego z inicjatywy strony, a ściślej z sytuacją w nim strony biernej.

De lege lata konstrukcja odpowiedzialności posiłkowej jest podwójnie ułomna. Po pierwsze, chodzi tu o zakres podstawy faktycznej tej instytucji. W piśmiennictwie można się bowiem zetknąć z zapatrywaniem, wedle którego odpowiedzialność posiłkowa jest ściśle związana z istnieniem po stronie podmiotu do niej pociągniętego cywilistycznie ujętej winy w zakresie wyboru (*culpa in eligendo*) lub nadzoru (*culpa in custodiendo*), odnoszonej do sprawcy przestępstwa skarbowego⁸. Niemniej, z uwagi na brak jakiegokolwiek regulacji stanowiącej normatywne oparcie dla takiego punktu widzenia, stanowi ono raczej poszukiwanie podbudowy teoretycznej do przyjęcia odpowiedzialności posiłkowej niż faktyczną przesłankę, która winna być spełnio-

⁸ Zob. np.: Z. Siwik, Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993, s. 377; F. Prusak, Ustawa karna skarbową z komentarzem, Warszawa 1995, s. 67; tegoż, Prawo i postępowanie karne skarbowe, Warszawa 1996, s. 35; tegoż, Kodeks karny skarbowy. Komentarz, t. I, Kraków 2006, s. 354; T. Grzegorzczak, Odpowiedzialność posiłkowa w obecnym prawie karnym skarbowym i w przyszłej u.k.s., Pal. 1997, nr 1–2, s. 24.

na w celu jej przypisania. Dodatkowo, przywołane rodzaje swoiście ujętej winy podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej nieuchronnie lokowane są w ramach ustaleń faktycznych. Oznacza to, że uznanie, iż odpowiedzialność posiłkowa m.in. za grzywnę wymierzoną sprawcy przestępstwa skarbowego wiąże się z koniecznością wykazania po stronie podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej winy w wyborze takiego sprawcy lub w nadzorze nad nim, skutkuje koniecznością dowodowego ustalenia przez występującego ze skargą zasadniczą oskarżyciela publicznego któregośkolwiek z tych rodzajów winy, i to w stopniu równoważnym ustaleniom niezbędnym do stwierdzenia podstaw wniesienia do sądu tego rodzaju skargi karnej. Rzecz w tym, że uważna obserwacja praktyki wymiaru sprawiedliwości aż nadto pokazuje, iż w jej ramach takie ustalenia nie są prowadzone, a przypisanie odpowiedzialności posiłkowej w istocie nie opiera się na jakimkolwiek kryterium faktycznym⁹. Dlatego – dostrzegając represyjny charakter tej odpowiedzialności, a w konsekwencji konieczność powiązania go ze skonkretyzowanymi przesłankami faktycznymi – uzasadnione było ich jednoznaczne określenie, sprowadzające się do odwołania do formuły tzw. winy w wyborze oraz tzw. winy w nadzorze, znanej np. przepisowi art. 5 ustawy z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹⁰. Niestety, żadnej takiej zmiany nie dokonano.

Po drugie, podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej może (choć nie musi) być jednocześnie podmiotem, który w wyniku popełnienia przestępstwa skarbowego uzyskał korzyść majątkową (art. 24 § 5 k.k.s.). Jeśli w praktyce nastąpi nałożenie się na siebie tych dwóch ról procesowych, to może to oznaczać, że konstrukcja odpowiedzialności posiłkowej, w kontekście normatywnym, wyznaczonym przepisem art. 24 § 5 k.k.s., nie obejmuje swym zakresem równowartości pieniężnej przepadku korzyści majątkowej. Oznacza to, że w obecnym stanie prawnym sąd nie może zobowiązać podmiotu, który uzyskał korzyść majątkową, do zwrotu jej równowartości, aktualizującego się wówczas, gdy z jakiegokolwiek powodu zwrot samej takiej korzyści nie może być dokonany. Z tego powodu uzasadnione było w tym zakresie zaproponowane przez Naczelną Radę Adwokacką w przywołanym już stanowisku dotyczącym projektowanych zmian ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, uzupełnienie przepisu art. 24 § 5 k.k.s. o zdanie drugie w brzmieniu: „Dotyczy to także ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku korzyści majątkowej”¹¹.

⁹ Zob. bliżej T. Razowski, Zakres podstawy faktycznej odpowiedzialności posiłkowej w prawie karnym skarbowym, *Prokuratura i Prawo* 2010, nr 12, s. 137 i n.

¹⁰ Dz. U. Nr 197, poz. 1661 ze zm.

¹¹ Stanowisko Naczelnej Rady Adwokackiej dotyczące projektowanych zmian ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, www.nra.pl.

Niestety, także w tej części żadna zmiana nie została dokonana. Nie doszło więc do usunięcia przywołanej wadliwości konstrukcyjnej odpowiedzialności posiłkowej. Jest ona natomiast o tyle istotna, że w sposób niedopuszczalny różnicuje sytuację podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej tylko z uwagi na to, czy nadal dysponuje on uzyskaną korzyścią majątkową, czy też już nie. Z drugiej jednak strony lojalnie należy wskazać, że przepis art. 24 § 5 k.k.s. może być również odczytywany odmiennie jako regulacja, w której nie chodzi o orzeczenie o ściągnięciu równowartości pieniężnej przypadku korzyści majątkowej, lecz o zobowiązanie do zwrotu takiej korzyści (tak jak w uchylonym art. 52 k.k.). W takim wypadku przedstawione rozważania nie będą aktualne.

Dostrzegając powyższe wątpliwości interpretacyjne, uważamy jednak, że niedopuszczalne jest ich usuwanie na drodze wykładni funkcjonalnej, która prowadziłaby do ekstensywnego rozumienia przepisu art. 24 § 5 k.k.s. i wpiśnięcia doń treści, których w warstwie językowej w tym przepisie jednak brak. Prostą drogą prowadziłoby to do przekreślenia zasady określoności, przede wszystkim określoności prawa karnego. Wprawdzie ani odpowiedzialność posiłkowa przewidziana przez kodeks karny skarbowy nie jest odpowiedzialnością karną, ani też przewidziana w przepisie art. 24 § 5 k.k.s. możliwość zobowiązania przez sąd podmiotu, który uzyskał korzyść majątkową, do jej zwrotu nie jest urządzeniem należącym do instrumentarium ściśle pojmowanego prawa karnego (nie mówiąc o możliwości uznania tego środka za rodzaj odpowiedzialności karnej), to nie ma chyba dobrego powodu stosowania na gruncie jednej i tej samej ustawy karnej dwóch odmiennych standardów określoności, w zależności od tego, czy dana instytucja jest mniej czy bardziej „karnistyczna”. Sądzymy więc, że w tym zakresie całkowicie niezbędną jest wyraźna interwencja ustawodawcy. W zarysowanym bezpośrednio wyżej zakresie wyraźnie aktualizuje się jeszcze jedna kwestia. Mianowicie, regulacja z art. 131 k.k.s., stanowiąc uzupełnienie art. 291 k.p.k., zmierzająca w kierunku poszerzenia katalogu środków reakcji karnej, które mogą być przedmiotem zabezpieczenia majątkowego, oraz w kierunku poszerzenia zakresu podmiotów, względem których może być zastosowany ten środek przymusu (art. 131 § 3 k.k.s.), powiada – w wypadku podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej – o możliwości zabezpieczenia wyłącznie zapłaty kary grzywny oraz środka karnego ściągnięcia równowartości pieniężnej przypadku przedmiotów¹². Niczego przy tym nie zmienia w tym zakresie uregulowanie z art. 131 § 4 k.k.s., ponieważ nie poszerza ono zakresu przedmiotowego zabezpieczenia majątkowego, które może być zastosowane wobec podmiotu pociągniętego do odpowiedzialno-

¹² Bliżej na ten temat zob. Z. Siwik, Zabezpieczenie majątkowe i tymczasowe zajęcie w ustawie karnej skarbowej, *Prob. Praw.* 1987, nr 8–9, s. 63 i n.

ści posiłkowej, a jedynie pełni funkcję techniczną, określając sposób wykonania wskazanego środka przymusu. Innymi słowy, przywołany przepis art. 131 § 3 k.k.s. nie jest skorelowany z uregulowaniem z art. 24 § 5 k.k.s., co jest o tyle istotne, że w praktyce nierzadko (choć są to odrębne role) podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej jest jednocześnie podmiotem, wobec którego uzasadnione stanie się orzeczenie zwrotu korzyści majątkowej uzyskanej z popełnionego przez sprawcę przestępstwa skarbowego. Wszystko to oznacza, że wobec podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej można orzec zwrot korzyści majątkowej uzyskanej z popełnionego przez sprawcę przestępstwa skarbowego (art. 24 § 5 k.k.s.). Nie można jednak uprzednio dokonać zabezpieczenia majątkowego jej orzeczenia (art. 131 § 3 k.k.s.). Co więcej, przepis art. 131 § 3 k.k.s. wyraźnie wskazuje, że zastosowane wobec podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej zabezpieczenie majątkowe nie może dotyczyć przyszłego wykonania przepadku korzyści majątkowej, co nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia również z tego powodu, że przecież wzorcowy w tym zakresie kodeks postępowania karnego dopuszcza możliwość objęcia zakresem zabezpieczenia majątkowego wykonania orzeczenia przepadku korzyści majątkowej (art. 291 § 1 k.p.k. w brzmieniu nadanym nowelizacją wrześnieową). Nadto, w kontekście charakterystycznego dla postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe postulatów przewagi egzekucji nad represją (art. 114 § 1 k.k.s.), to przecież zabezpieczenie wykonania zwrotu korzyści majątkowej powinno mieć priorytetowe znaczenie. Wszystko to oznacza zatem, że przepis art. 131 § 3 k.k.s. powinien ulec przeredagowaniu w sposób umożliwiający sięgnięcie po zabezpieczenie majątkowe w celu zapewnienia przyszłego wykonania nie tylko kary grzywny oraz środka karnego ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów, ale również zwrotu korzyści majątkowej oraz ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku korzyści majątkowej. W tym ostatnim wypadku wiązałoby się to z koniecznością jednoczesnej (wskazanej już) zmiany przepisu art. 24 § 5 k.k.s., stwarzającej możliwość zobowiązania podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, który uzyskał korzyść majątkową, do zwrotu jej równowartości, rzecz jasna w sytuacji, gdy zwrot samej korzyści obiektywnie nie może być dokonany.

Do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej oraz jego pełnomocnika stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego. Chodzi przy tym o te uregulowania, w których ustawodawca wywodzi określone prawa i obowiązki z faktu bycia stroną procesową (art. 113 § 1 k.k.s.), a także o te, które przy użyciu tzw. techniki odsyłaczowej enumeratywnie wymienia przywołany już wyżej art. 125 § 1 k.k.s. W zakresie obu przywołanych na wstępie nowelizacji m.in. kodeksu karnego skarbowego decydujące znaczenie ma przy tym ta ostatnia regulacja, w całości ukształ-

towana na nowo w drodze nowelizacji lutowej. Odnosi się bowiem wprost do odpowiedzialności posiłkowej. Niestety, także i ona nie jest wolna od wad.

Po pierwsze, przepis art. 125 § 1 k.k.s, w brzmieniu nadanym mu ustawą z dnia 20 lutego 2015 r., odsyła do odpowiedniego stosowania m.in. art. 301 k.p.k. Ten ostatni natomiast, wyposażając podejrzanego w żądanie przesłuchania go z udziałem obrońcy, stale powiada o obrońcy „ustanowionym”. Oznacza to, że wedle przepisu art. 301 k.p.k. nie tylko pierwsze, ale także (*lege non distinguente*) każde kolejne przesłuchanie podejrzanego (podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej) w postępowaniu przygotowawczym, może mieć miejsce z udziałem obrońcy (pełnomocnika w wypadku odpowiedzialności posiłkowej) „ustanowionego”. Językowo nie dotyczy to więc obrońcy (pełnomocnika) „wyznaczonego”, czyli działającego z urzędu¹³. Z perspektywy gwarancyjnej regulacja taka nie jest do utrzymania i niczego nie zmienia w tym zakresie posłużenie się przez ustawodawcę w przepisie art. 125 § 1 k.k.s. formułą „odpowiedniego stosowania” przepisów ustawy procesowej. Należy bowiem pamiętać o tym, że jakkolwiek typowa dla prawa karnego skarbowego formuła „odpowiedniego stosowania” przepisów innych ustaw w obszarze postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe sprowadza się do sześciu rodzajów przypadków¹⁴, to jednak w żadnym z tych wypadków nie sięga tak daleko, aby przełamywać wyniki sięgnięcia do zakazu wykładni homonimicznej. Jest to szczególnie widoczne, gdy zauważyć, że *in concreto* zakaz ten dotyczy pojęć z zakresu jednego (tego samego) aktu prawnego. Niepodobna więc uznać, że skoro kodeks postępowania karnego (w przepisie art. 301 k.p.k.) mówi o obrońcy „ustanowionym”, to termin ten swym zakresem obejmuje również obrońcę „wyznaczonego” oraz aby taki sposób wykładni miał być dopuszczalny na gruncie odpowiedniego stosowania przepisu art. 301 k.p.k.

¹³ Tak też P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, pod red. P. Hofmańskiego, t. II, Warszawa 2004, s. 23.

¹⁴ Szczegółowo omawia je Z. Siwik, wskazując na zmianę prostą (podstawienie jednego pojęcia w miejsce drugiego), zmianę polegającą na zmianie przepisów, zmianę z pewną ogólną wskazówką ustawodawcy, zmianę części przepisu z uwagi na odrębność kodeksu karnego skarbowego, zmianę części przepisu z uwagi na dyrektywę jednolitości systemowej, zmianę z uprzednim wyjaśnieniem, czy i jaki przepis obowiązuje (Systematyczny komentarz do ustawy karnej skarbowej. Część ogólna, Wrocław 1993, s. 58–59; por. również Z. Siwik, „Odpowiednie” stosowanie przepisów kodeksu karnego w prawie karnym skarbowym (studium na tle systemu środków penalnych), PPIA XXIII, Wrocław 1987, s. 121. Zob. w tym zakresie również rozważania: F. Prusaka, W. Świdry, Prawo karne skarbowe, Warszawa 1990, s. 11; G. Bogdana, Relacja pojęć przestępstwa i przestępstwa skarbowego w polskim prawie karnym, PS 1997, nr 5, s. 83 i n.; J. Raglewskiego, Stosunek przepisów części ogólnej nowego kodeksu karnego do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, PS 1998, nr 7–8, s. 23 oraz M. Świetlickiej, „Odpowiednie” stosowanie kodeksu postępowania karnego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, Prok. i Pr. 2006, nr 10, s. 71–73.

w zakresie odpowiedzialności posiłkowej. W konsekwencji przepis art. 301 k.p.k. powinien powiadać o przesłuchaniu podejrzanego po prostu z udziałem obrońcy (bez jakiegokolwiek różnicowania w tym zakresie), co – wobec treści art. 125 § 1 k.k.s. – znalazłoby swoje zastosowanie do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. Od takiego postulatu można byłoby przy tym odstąpić przy przyjęciu odmiennej od przedstawionej, silnie celowościowej wykładni przepisu art. 301 k.p.k., dla której – co lojalnie trzeba przyznać – pewnym uzasadnieniem jest to, że językowy sposób interpretacji przepisu art. 301 k.p.k. pomija przesłanki generujące obronę obligatryjną i jej wykonywanie przez obrońcę z urzędu (pełnomocnika z urzędu w wypadku odpowiedzialności posiłkowej).

Po drugie, wielokrotnie już przywołany przepis art. 125 § 1 k.k.s. nie zawiera odesłania do odpowiedniego stosowania przepisu art. 343a § 2 k.p.k., a wręcz szerzej – nie stwarza po stronie podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej uprawnienia do sprzeciwienia się uwzględnieniu wniosku oskarżonego o konsensualne zakończenie postępowania w każdym z przewidzianych trybów (skazanie bez przeprowadzenia rozprawy, tryb z art. 343a k.p.k., dobrowolne poddanie się karze). *Prima vista* można byłoby taki zabieg uznać za uzasadniony, zwłaszcza w kontekście wyrażonego w doktrynie zapatrywania co do zasadności dopuszczenia zgody (braku sprzeciwu) strony przeciwnej w zawarciu przez oskarżonego określonego rodzaju porozumienia procesowego¹⁵. Jest zaś jasne, że podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej nie jest stroną przeciwną względem oskarżonego. Podobnie bowiem jak oskarżony, podmiot ten jest stroną bierną postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe. Jednak przy bliższym oglądzie przyjęte w nowelizacji lutowej rozwiązanie jest trudne do zaakceptowania. W prostej linii ma bowiem wydzźwięk jawnie antygwarancyjny, prowadząc do uzależnienia pozycji procesowej podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej od zachowania się innej strony (oskarżonego). Należy bowiem pamiętać, że warunkiem *sine qua non* nałożenia w wyroku odpowiedzialności posiłkowej na podmiot do niej pociągnięty jest w zasadzie skazanie oskarżonego na karę grzywny¹⁶. Jeżeli więc oskarżony wyrazi zgodę na to, aby w warunkach porozumienia procesowego wymierzono mu za przestępstwo skarbowe karę grzywny, to przy – w zasadzie standardowym – spełnieniu innych, typowo formalnych, przesłanek generujących odpowiedzialność posiłkową, jej nałożenie stanie się obowiązkowe. Innymi słowy, podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej zostanie pozbawiony możliwości procesowego wykazywania niewinności oskarżonego

¹⁵ Zob. S. Steinborn, Porozumienia w polskim procesie karnym. Skazanie bez rozprawy i dobrowolne poddanie się odpowiedzialności karnej, Kraków 2005, s. 237.

¹⁶ Może nim być także odstąpienie od wymiaru kary i orzeczenie o ściągnięciu równowartości przepadku przedmiotów – art. 24 § 2 k.k.s.

lub podkreślania tego, że zasługuje on na wymierzenie kary surowszego rodzaju niż kara grzywny. O tym natomiast, że w sytuacji „gabinetowego” niejako rozstrzygnięcia o odpowiedzialności oskarżonego za zarzucone mu przestępstwo skarbowe musi być uwzględniony interes podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, przekonuje nie tylko zdrowy rozsądek, ale także przepis art. 171 pkt 1 k.k.s., blokujący wydanie wyroku nakazowego w sytuacji, w której w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe jedną ze stron procesowych jest podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej. Wobec braku wyraźnej wypowiedzi ustawodawcy możemy się do tej kwestii odnieść wyłącznie w płaszczyźnie *lex ferenda*. Na gruncie bowiem obowiązującego stanu prawnego głos podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej w razie zainicjowania postępowania w jednym z trybów konsensualnych ma wyłącznie konsultacyjne znaczenie i sąd tym stanowiskiem oczywiście nie jest w żaden sposób związany. Nie trzeba natomiast przekonywać o tym, że w praktyce po stronie sądu zawsze będzie występowała naturalna tendencja do szybkiego załatwienia (czy psychologicznie uzasadnionego „pozbycia się”) sprawy w trybie konsensualnym (istotna redukcja pracy sędziego przy wymiernych „zyskach” w obrazie statystycznym załatwionych spraw), i to nawet kosztem interesu prawnego podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. Rozważanie charakteru odpowiedzialności posiłkowej wykraczałoby daleko poza ramy niniejszego opracowania. Nie ma jednak żadnych wątpliwości co do tego, że nałożenie tego typu odpowiedzialności ma wysoce ujemny charakter i podmiot, co do którego ma zapaść takie rozstrzygnięcie, jest żywotnie zainteresowany w tym, żeby tego rodzaju odpowiedzialności uniknąć, w tym także poprzez kwestionowanie określonego stanu faktycznego. Z tego punktu widzenia *de lege ferenda* skłaniamy się raczej ku temu, żeby wyposażyć ten podmiot w prawo do żądania przeprowadzenia niekonsensualnego postępowania sądowego. Zdajemy sobie przy tym sprawę z tego, że przedstawione zapatrywanie może spowodować faktyczne ograniczenie stosowania konsensualnych form zakończenia postępowania wszędzie tam, gdzie stroną procesową będzie podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej. Z drugiej jednak strony zestawienie tej okoliczności – ściśle funkcjonalnej wszak – z wagą uprawnień procesowych strony wpisujących się w rzetelny proces karny, mimo wszystko skłania nas do zaprezentowania przedstawionego poglądu *de lege ferenda*. Po trzecie, przepis art. 125 § 1 k.k.s. nie zawiera odesłania do odpowiedniego stosowania art. 353 § 3–5 k.p.k. To z kolei oznacza, że w sytuacji, w której podmiotem pociągniętym do odpowiedzialności posiłkowej jest osoba fizyczna, względnie taka osoba fizyczna jest uprawniona do reprezentowania podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej będącego osobą prawną lub jednostką organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, przy czym

w każdej z tych sytuacji wskazana osoba fizyczna będzie pozbawiona wolności, nie będzie się jej doręczało pouczenia o uprawnieniu do złożenia wniosku o doprowadzenie jej na rozprawę (art. 353 § 3 k.p.k.). W sytuacji, w której mowa jest o stronie procesowej w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe lub też o osobie fizycznej uprawnionej do reprezentowania takiej strony procesowej, przywołane ograniczenie jej uprawnień nie znajduje żadnego uzasadnienia aksjologicznego. Dzieje się tak, ponieważ omawianego uprawnienia ustawodawca nie gwarantuje nawet pokrzywdzonemu, który przecież ma możliwość sprzeciwienia się konsensualnemu zakończeniu postępowania (art. 343–343a k.p.k. oraz art. 387 k.p.k.), to jednak – po pierwsze – w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe (i wykroczenia skarbowe) pokrzywdzony nie występuje. Po wtóre zaś – co w tym kontekście najważniejsze – przeciwko przyjętemu przez ustawodawcę rozwiązaniu przemawia rola podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe, która jest symetryczna względem roli innej strony bierniej tego postępowania, czyli oskarżonego. Tutaj zaś dochodzi do załamania się tej symetrii. Nie ma przy tym innej normatywnej podstawy do doręczenia wskazanej osobie fizycznej pouczenia, o którym mówi przepis art. 353 § 3 k.p.k. (oraz do funkcjonalnie powiązanej z nim regulacji z art. 353 § 5 *in principio* k.p.k.). Zwłaszcza nie stanowi jej norma blankietowa z art. 113 § 1 k.k.s., ponieważ przepis art. 125 § 1 k.k.s. (sprzed i po nowelizacjach wymienionych w tytule opracowania) zawiera odesłanie do odpowiedniego stosowania enumeratywnie wymienionych przepisów ustawy procesowej dotyczących podejrzanego, oskarżonego i obrońcy.

W drodze nowelizacji wrześnieowej zakresem podmiotowym tzw. obrony na żądanie (art. 80a § 1 i 2 k.p.k.) został objęty również podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej (art. 125 § 1 k.k.s.). Brak jednak odesłania do odpowiedniego stosowania przepisu art. 353 § 5 k.p.k. oznacza, że wyszczególniony w nim termin do złożenia wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu w przywołanym trybie oraz reguła rozpoznania takiego wniosku złożonego po upływie wzmiankowanego terminu odnoszą się tylko do oskarżonego. Tym samym nie dotyczą podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. Również i w tym wypadku rozróżnienie to nie znajduje żadnego uzasadnienia, a na dodatek, w sytuacji opisanej przepisem art. 353 § 5 zd. 2 k.p.k., czyli w sytuacji, w której wniosek o wyznaczenie pełnomocnika z urzędu na żądanie podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej złoży po upływie 7 dni od daty doręczenia mu wezwania lub zawiadomienia na rozprawę i jako taki będzie on podlegał rozpoznaniu, może zaburzyć sprawny tok postępowania. Zresztą analogicznie nieuzasadnione rozróżnienie pozycji procesowej oskarżonego oraz podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, w kontekście ewentualności pouczenia

o możliwości skorzystania z pomocy obrońcy z urzędu w celu sporządzenia apelacji, generuje przepis art. 444 § 2 k.p.k. Skoro bowiem w zrębowym przepisie art. 125 § 1 k.k.s. nie ma odesłania do jego odpowiedniego stosowania oraz skoro ustawodawca przewidział jego zastosowanie dodatkowo jedynie wobec pokrzywdzonego (art. 444 § 3 k.p.k.), to należy skonstatować, że nawet w odwołaniu do normy blankietowej z art. 113 § 1 k.k.s. nie znajduje on zastosowania do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. Tym samym ustawodawca nie przewiduje pouczenia takiego podmiotu o uprawnieniu do złożenia wniosku o wyznaczenie obrońcy z urzędu w celu sporządzenia apelacji oraz o możliwości obciążenia wnioskującego kosztami takiego obrońcy.

Rekapitulując, trzeba skonstatować, że przywołane w tytule opracowania dwie nowelizacje m.in. kodeksu karnego skarbowego – w zakresie poświęconym zmianom w obszarze odpowiedzialności posiłkowej – są niedopracowane. Tym samym wielce prawdopodobne jest, że będą one generować określone problemy w praktyce stosowania prawa. Przy represyjnym charakterze instytucji odpowiedzialności posiłkowej jest to sytuacja wysoce niepożądana, którą jednak – jak się wydaje – może usunąć wyłącznie kolejna interwencja ustawodawcza. Paradoksalnie, taka interwencja jednak nie wpisze się w postulat pewności prawa, a na dodatek będzie stanowił kolejny przejaw wyraźnej i bez tego inflacji prawa.

Auxiliary liability upon amendments of 27 September 2013 and 20 February 2015 to the Criminal Code for Tax Offences

Abstract

This study reflects on auxiliary liability upon amendments to the Criminal Code for Tax Offences, introduced by the Act of 27 September 2013 and the Act of 20 February 2015. It is argued that the scope of amendments requires their direction, correctness, and possible future effects be thoroughly considered.

Arkadiusz Krzysztof Cieśniewski

Kodeks karny Singapuru

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest kodeks karny Republiki Singapuru. Uwzględnia ono genezę historyczną tego aktu, instytucje jego części ogólnej oraz charakterystykę kar orzekanych na jego podstawie. Refleksja tym poświęcona kwestiom osadzona jest w realiach historycznych, kulturowych, ideologicznych i kryminologicznych tego państwa. Prawo karne Singapuru stanowi interesujący przykład spotkania dorobku kultury prawnej Common Law z konserwatywną i kolektywistyczną kulturą Dalekiego Wschodu. Filozofia penalna wyrosła na tym gruncie łączy w sobie gorliwe przywiązanie do zasady praworządności z aksjologią karania odbiegającą od istniejących w tym względzie przekonań panujących w państwach zachodnich.

Kodeks karny Singapuru wywodzi się z ustanowionego przez kolonialne władze brytyjskie Kodeksu Karnego Indii (*Indian Penal Code*) z 1860 r. Inicjatorem i głównym twórcą tej kodyfikacji był baron Thomas Babington Macaulay (1800–1859), brytyjski parlamentarzysta z partii Wigów, a od roku 1833 członek kolonialnej Rady przy Gubernatorze Generalnym (*Governor-General's Council*) w Indiach Brytyjskich, następnie zaś Przewodniczący Komisji Prawa Indii (*Indian Law Commission*)¹. Na terenie Singapuru regulacja ta weszła w życie z niewielkimi zmianami, pod tytułem Kodeksu Karnego Straits Settlements (ta nazwa geograficzna obejmowała obszar Singapuru oraz malajskich prowincji kolonialnych Penang, Malakka i Labuan) w dniu 16 września 1872 r. Wraz z nadaniem Singapurowi statusu kolonii Korony (*crown colony*), kodeks zaczął obowiązywać pod nazwą Kodeksu Karnego Singapuru². W takiej też formie akt ten został odziedziczony przez niepodległy Singapur w roku 1965³.

¹ K. L. Koh (red.), *Criminal Law in Singapore and Malaysia: Text and Materials*, Singapur 1989, s. 6. Sama postać barona Macaulay związana jest bardziej z Indiami niż z Singapurem. Kojarzony jest on głównie ze stworzoną przez siebie i z sukcesem wdrożoną koncepcją szerokiego rozpowszechnienia języka angielskiego i angielskiej edukacji wśród wyższych warstw społeczeństwa indyjskiego. Po dziś dzień dziedzictwo barona Macaulay ma nie tylko przełożony wpływ na życie społeczne Indii, ale jest także zarzewiem intensywnych emocji politycznych w tym kraju. Dość powiedzieć, że w kraju tym funkcjonuje pojęcie „dzieci Macaulaya”, służące za określenie dla tych mieszkańców Indii, którzy przejęli angielską kulturę i język.

² K. L. Koh (red.), *ibidem*, s. 4–5.

³ Bezpośrednio z Kodeksu Macaulaya wywodzą się współczesne kodeksy karne Singapuru, Malezji, Brunei, Indii, Pakistanu, Sri Lanki i Birmy. Skutkiem tego kodeksy te są w niemałym zakresie zbieżne co do treści, choć nie w pełni jednolita jest ich wykładnia.

Kodeks indyjski oparty został o brytyjskie *Common Law*, jakkolwiek niektóre z jego rozwiązań inspirowane były elementami ówczesnego kodeksu francuskiego oraz kodeksu Luizjany⁴. Jest rzeczą godną odnotowania, że w czasie wprowadzenia owego kolonialnego kodeksu brak było tego rodzaju kodyfikacji w samej Anglii, a prawo karne pozostawało tam (i pozostaje zresztą w znacznym stopniu nadal) domeną precedensów sądowych *Common Law*. Nie trzeba szczególnej przenikliwości, aby wskazać motywy władz brytyjskich stojące za tak pospiesznym wprowadzeniem kompleksowej kodyfikacji karnej w koloniach przy jednoczesnym jej braku w metropolii. Za rozwiązaniem takim przemawiała elementarna instrumentalna racjonalność. Z jednej bowiem strony trudno było sobie wyobrazić zarządzanie obficie zaludnionymi azjatyckimi koloniami Korony Brytyjskiej bez włączenia lokalnych elit w proces sprawowania władzy, z drugiej zaś wzięć należało pod uwagę całkowitą nieopłacalność prób przenoszenia skomplikowanego i chaotycznego brytyjskiego systemu *Common Law* w całości inną rzeczywistość kulturową. Jeszcze istotniejszej roli ów drugi czynnik nabierał wobec konieczności wprowadzenia w koloniach regulacji, która spełniałaby wymóg zrozumiałości dla lokalnej populacji będącej jej adresatem⁵. Przypadać trzeba, że kodeks indyjski spełnił pokładane w nim nadzieje w sposób doskonały, szybko zdobywając reputację ustawy niebywale praktycznej w użyciu. Umożliwił odcięcie się sądów od konieczności stosowania skomplikowanego systemu angielskich precedensów, a zarazem sam nie generował, przynajmniej w początkowym okresie, zapotrzebowania na tworzenie nowych.

Kodeks singapurski jest zatem regulacją wiekową, a jego treść i forma pozostają silnie uwarunkowane tym faktem. W związku z raczej nielicznymi nowelizacjami większa część przepisów kodeksu pozostaje nie zmieniona od czasu jego wprowadzenia w roku 1872. Skutkiem tego kodeks zachowuje wiele z języka prawnego oraz elementów techniki legislacyjnej właściwych dla kodyfikacji XIX wieku⁶. Jednym z nich są załączone do niektórych przepisów, stanowiące integralną część tekstu prawnego objaśnienia (*explanations*), wyjątki (*exceptions*) oraz przykłady (*illustrations*). Te ostatnie zawierają przykładowe opisy zachowań wypełniających znamiona danego przestępstwa lub podlegających wyjątkowi od odpowiedzialności karnej⁷. Przykłady te trakto-

⁴ A. Phan Boon Leong, Of Codes and Ideology: Some Notes on the Origins of Major Criminal Enactments of Singapore, *Malaya Law Review* 1989, nr 31, s. 48.

⁵ T. B. Macaulay, A Penal Code prepared by the Indian Law Commissioners, and published by command of the Governor General of India in Council (London Cornhill, 1838); podano za: S. Yeo, Revitalising the Penal Code with a General Part, *Singapore Journal of Legal Studies*, July 2004, s. 2–3; zob. także K. L. Koh (red.), *Criminal Law...*, s. 6–7.

⁶ S. Yeo, A Penal Code's Reviser's Checklist, *Singapore Law Review* 2003, vol. 23, s. 115–116.

⁷ Aby zilustrować charakter owych kodeksowych przykładów, zacytujmy przykład (d) do sekcji 300 Kodeksu Karnego (przestępstwo morderstwa): „A bez usprawiedliwienia strzela z naładowanej armaty do tłumu osób i zabija jedną z nich. A jest winny morderstwa, pomimo iż mógł nie mieć zamysłu, aby zabić jakąkolwiek osobę”.

wane są jako prawnie wiążący element kodeksu, mający znaczenie prawne równorzędne z treścią przepisów⁸. Inną cechą charakterystyczną kodeksu jest niebywała, jeśli weźmiemy pod uwagę współcześnie obowiązujące regulacje, kazuistyka oraz niezwykle rozbudowanie definicji poszczególnych instytucji i przestępstw⁹. Również warstwa lingwistyczna kodeksu charakteryzuje się w wielu miejscach daleko posuniętym archaizmem¹⁰. Nie brak w kodeksie także innych osobliwości, będących spadkiem po kolonialnej przeszłości¹¹.

Zamierzeniem brytyjskich władz kolonialnych było stworzenie nowego systemu prawa karnego odrębnego od prawa brytyjskiego. Wyodrębnienie prawa karnego Singapuru wynika *explicite* z sekcji drugiej kodeksu, która stanowi: „Każdy podlega karze na podstawie tego Kodeksu, i nie inaczej, za każde działanie i zaniechanie sprzeczne z jego postanowieniami, jeśli dopuścił się go na terenie Singapuru”. Pomimo tak kategorycznego sformułowania przepisu kodeksowego orzecznictwo oraz piśmiennictwo doktryny w państwach utrzymujących w mocy Kodeks Indii w niemałym zakresie po dziś dzień interferują z prawem brytyjskim. Przyczyny tego faktu doszukiwać się należy w dosyć oczywistych czynnikach. Po pierwsze, kodeks karny Indii został, pomimo specyficznych odrębności, skonstruowany na podstawie dorobku brytyjskiego *Common Law*¹². Świadomość tego faktu skutkowałą zainteresowaniem orzecznictwa

⁸ Wątpliwości co do normatywnego znaczenia przykładów w brytyjskich ustawach kolonialnych nie pozostawia wyrok Privy Council z dnia 20 lipca 1916 r. (Mahomed Syedol Ariffin v. Yeoh Ooi Gark, 1916 2 A. C., s. 577–581). Ponadto, ich użycie jako dogodnego środka wyjaśniania wątpliwości rodzących się w toku wykładni przepisów nadal bywa proponowane w ramach dyskusji naukowej (zob. J. T a n Z h e n g x i a n, Murder Misunderstood: Fundamental Errors in Singapore, Malaysia and India's Locus Classicus on Section 300(c) Murder, Singapore Journal of Legal Studies, July 2012, s. 118–119). O żywotności i ciągłej użyteczności tego elementu techniki legislacyjnej świadczy też fakt, że ustawa nr 51 z 2007 r., stanowiąca szeroką nowelizację kodeksu karnego, ingerowała również w treść zawartych w kodeksie przykładów.

⁹ Nadmienić można, tytułem ilustracji, że na samą regulację różnych postaci przestępnego zabicia człowieka i nakłaniania do samobójstwa w kodeksie singapurskim składa się ok. 2600 słów. Regulacja tych samych stanów faktycznych w obecnie obowiązującym polskim kodeksie jest dziesięciokrotnie (sic!) krótsza.

¹⁰ Jednym z rzucających się w oczy współczesnemu czytelnikowi przykładów używania archaicznego słownictwa w kodeksie jest przepis sekcji 305 wprowadzający obostrzoną odpowiedzialność karną za skuteczne podżeganie (*abetment*) do samobójstwa określonych w przepisie kategorii osób. Jako jedną z kategorii osób podlegających szczególnej ochronie przed takim podżeganiem przepis wymienia „idiotów”.

¹¹ Rzuca się tu w oczy chociażby przepis penalizujący bezprawne zmuszanie do działania lub zaniechania poprzez wykorzystanie przesądów religijnych pokrzywdzonego (w postaci grożenia klątwą lub gniewem bóstw). Przepis ten wydaje się stanowić reakcję XIX-wiecznych władz kolonialnych na niektóre, najwidoczniej powszechne wówczas, naganne zachowania związane z zabobonami religijnymi społeczności indyjskich.

¹² T. B. M a c u a l a y posunął się nawet do stwierdzenia, że Kodeks Indii ma się do brytyjskiego *Common Law* tak, jak gotowy produkt do materiałów, z których go stworzono; zob. S. Y e o, Revitalising..., s. 1.

w wyjaśnianiu wszelkich niejasności powstających w toku stosowania pojęć kodeksowych w oparciu o brytyjski dorobek orzeczniczy¹³. Inną przyczyną tego stanu rzeczy był fakt, że jeszcze w latach 90. XX wieku większa część sędziów orzekających w sądach Singapuru miała za sobą wykształcenie prawnicze uzyskane w Wielkiej Brytanii, a zarazem nierzadko korzystała, wobec braku tego rodzaju publikacji w Singapurze i Malezji, z podręczników indyjskich, odczo i często w sposób nie do końca spójny z literą kodeksu powołujących się na orzecznictwo brytyjskie¹⁴. Dostyc często jest ponadto spotykane powoływanie się przez orzecznictwo i doktrynę Singapuru na oparte o ten sam kodeks orzeczenia pochodzące z Malezji, Indii czy Brunei. W roku 1994 singapurski parlament zniósł ostatecznie możliwość wnoszenia w sprawach karnych apelacji do brytyjskiej Rady Koronnej (*Privy Council*)¹⁵, co uznać należy za krok milowy w procesie całkowitej emancypacji prawa karnego tego państwa.

Kodeks składa się z 25 rozdziałów. Pierwsze sześć rozdziałów (I–VA) oraz rozdział ostatni (XXIII) odnoszą się do ogólnych zasad odpowiedzialności karnej, pozostałe zaś zawierają szczegółową regulację dotyczącą poszczególnych przestępstw. Są to kolejno: przestępstwa przeciwko państwu (rozdział VI), piractwo (rozdział VIA), ludobójstwo (rozdział VIB), przestępstwa związane z siłami zbrojnymi (rozdział VII), przestępstwa związane z nielegalnym zgromadzeniem (rozdział VIII), przestępstwa popełnione przez lub związane z funkcjonariuszami publicznymi (rozdział IX), obraza prawnej władzy funkcjonariuszy publicznych (rozdział X), fałszywe dowody i przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości (rozdział XI), przestępstwa związane z monetą i znakami rządowymi (rozdział XII), przestępstwa związane z miarą i wagą (rozdział XIII), przestępstwa wpływające na spokój publiczny, zdrowie publiczne, bezpieczeństwo, wygodę, przyzwoitość i moralność (rozdział XIV), przestępstwa związane z religią i rasą (rozdział XV), przestępstwa związane z ciałem ludzkim (rozdział XVI), przestępstwa przeciwko własności (rozdział XVII), przestępstwa związane z dokumentami lub zapisami elektronicznymi, fałszywymi instrumentami i zapisami walutowymi oraz bankowymi (rozdział XVIII), przestępstwa związane z małżeństwem (rozdział XX), zniesławienie (rozdział XXI), przestępne zastraszanie, zniewaga i dokuczanie (rozdział XXII).

Normy prawa karnego materialnego zawarte są również w szeregu ustaw pozakodeksowych, z których najistotniejsze to:

- Ustawa o Ruchu Drogowym (*Road Traffic Act*),
- Ustawa o Narkomanii (*Misuse of Drugs Act*),

¹³ Por. S. Yeo, English Reform of Provocation and Diminished Responsibility: Whither Singapore, *Singapore Journal of Legal Studies* July 2010, s. 177–191; K. L. Koh (red.), *Criminal Law...*, s. 7–10.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Tan Yock Lin, Legislation Comment: Supreme Court of Judicature (Amendment) Act 1993, *Singapore Journal of Legal Studies* 1993, s. 557–577.

- Ustawa o Przepięstwach Związanym z Bronią (*Arms Offences Act*),
- Ustawa o Wandalizmie (*Vandalism Act*),
- Ustawa o Zatrudnieniu Siły Roboczej z Zagranicy (*Employment of Foreign Manpower Act*),
- Ustawa o Imigracji (*Immigration Act*),
- Ustawa o Podburzaniu (*Sedition Act*),
- Ustawa o Zapobieganiu Korupcji (*Prevention of Corruption Act*),
- Ustawa o Porwaniach (*Kidnapping Act*),
- Ustawa o Pożyczkodawcach (*Moneylenders Act*).

Jednostkami redakcyjnymi singapurskich ustaw karnych, wzorem innych angielskojęzycznych systemów prawnych, są sekcje (*sections*) i podsekcje (*subsections*).

Elementy przestęstwa

Elementami składowymi przestęstwa w prawie karnym Singapuru są czyn i wina. Jakkolwiek próżno szukać jakiegokolwiek definicji przestęstwa w kodeksie karnym, takie właśnie rozumienie jego istoty, oparte o dorobek brytyjskiego *Common Law*, jest przedmiotem trwałego konsensusu orzecznictwa i doktryny. Autorzy podręczników i sądownictwo sięgają zarazem do używanego w kręgu prawa anglosaskiego nazewnictwa, określając te elementy terminami *actus reus* i *mens rea*¹⁶.

Sam kodeks pojęcia czynu nie wyjaśnia, ograniczając się tylko, w sekcji 33, do stwierdzenia, że „czyn oznacza zarówno serię czynów, jak i jeden czyn, a zaniechanie oznacza zarówno serię zaniechań, jak i jedno zaniechanie”. Dostyc powszechnie natomiast akceptowane jest lakoniczne ustosunkowanie się do problemu istoty czynu w prawie karnym zapożyczone od doktryny indyjskiej, sprowadzające się do stwierdzenia, iż „pojęcie czynu należy wyjaśniać w świetle zdrowego rozsądku”¹⁷. Źródłem pewnych kontrowersji na tle pojęcia czynu jest zaburzenie umysłowe zwane automatyzmem, polegające na ruchach mięśni nie kontrolowanych przez umysł. S. Yeo postuluje, wbrew utrwalonemu stanowisku sądów orzekających w obrębie obowiązywania Kodeksu Indyjskiego, aby sytuacje, w których wystąpiło zachowanie powodowane automatyzmem, podlegały badaniu przez sądy pod kątem braku popełnienia czynu, nie zaś pod kątem niepoczytalności sprawcy. Takie umiejscowienie automatyzmu miałyby korzystne skutki procesowe dla oskarżonych, albowiem w przypadku badania przez sąd kwestii niepoczytalności ciężar jej

¹⁶ C. M. V. Clarkson, (w:) K. L. Koh (red.), *Criminal Law...*, s. 25.

¹⁷ Hari Singh Gour, *Penal Law of India*, vol. I, s. 262; C. M. V. Clarkson, (w:) *ibidem*, s. 37; S. Yeo, *Revitalising...*, s. 12.

dowodu spoczywa na oskarżonym, co do zaistnienia samego czynu zaś – obowiązek jego udowodnienia spoczywa na oskarżycielu¹⁸.

Ramy prawne odpowiedzialności za przestępne zaniechania tworzą sekcje 32 i 43 kodeksu. Sekcja 32 stanowi: „We wszystkich częściach tego Kodeksu, o ile z kontekstu nie wynika przeciwne zamierzenie, słowa odnoszące się do czynów rozciągają się także na nielegalne zaniechania (*illegal omissions*)”. Sekcja 43 zaś precyzuje, iż pod pojęciami „nielegalne” (*illegal*) i „bezprawne” (*unlawful*) należy rozumieć każdy czyn stanowiący przestępstwo, zabroniony prawem lub stanowiący podstawę do powództwa cywilnego. Ponadto przepis ten precyzuje, iż „prawnie zobowiązana do działania” (*legally bound to do*) jest osoba wtedy, gdy zaniechanie działania z jej strony byłoby nielegalne lub bezprawne. Podstawą do stwierdzenia obowiązku działania jest zatem blankietowe odesłanie do innych norm prawa karnego, a także norm prawa administracyjnego lub deliktowego. W obrębie tej ostatniej kategorii wskazuje się na cztery sposoby powstania zobowiązania do podjęcia określonych działań: specjalna relacja sprawcy z poszkodowanym (więzy rodzinne), dobrowolne podjęcie się obowiązków, obowiązki wynikające z umowy, obowiązek usunięcia niebezpieczeństwa przez siebie spowodowanego¹⁹.

Wyłomem w zasadzie odpowiedzialności za czyn są sekcje 121A i 121B kodeksu karnego penalizujące specyficzną formę zamiaru przestępnego, polegającą na wyobrażeniu śmierci bądź innego rodzaju uszczerbku po stronie prezydenta (sekcja 121A) oraz podobnym wyobrażeniu (sekcja 121 B)²⁰ oba-

¹⁸ S. Y e o, *The Application of Common Law Defenses to the Penal Code in Singapore and Malaysia*, (w:) A. J. H a r d i n g (red.) *The Common Law in Singapore and Malaysia*, Singapur 1985, s. 149–152; S. Y e o, *Revitalising...*, s. 12.

¹⁹ Om Prakash v. Punjab (1961), R v Instan (1893), R v Pitwood (1902), R v Miller (1983), Benoy Chandra Dey v. Calcutta (1984); podano za: C. M. V. C l a r k s o n, (w:) K. L. K o h (red.), *Criminal Law...*, s. 48–53. Zauważyć należy, że ujęcie obowiązku działania w singapurskim kodeksie karnym, wobec braku przepisu szczególnego penalizującego przestępne nieudzielenie pomocy, ma charakter niebywale wąski. Wynikło to z obawy autorów kodeksu przed takim ujęciem obowiązku działania, które otwierałoby drogą do niebezpiecznych, z punktu widzenia porządku społecznego, niejasności co do granicy wymagalności zachowań altruistycznych oraz penalizacji ich braku. Baron Macaulay wywodził obrazowo: „Jeśli bogacz, który odmówi uratowania życia żebraka kosztem jednego miedziaka, jest mordercą, to czy i mordercą nazwiemy o jeden tylko poziom nad żebractwem będącego biedaka, który nie zaprosi żebraka do udziału w misce jego z trudem zdobytego ryżu? Ponownie, jeśli bogacz jest mordercą, bo odmówił uratowania życia żebraka kosztem jednego miedziaka, czy będzie również mordercą, jeśli odmówi uratowania życia żebraka kosztem tysiąca rupii? (...) Jest z pewnością wysoce pożądane, aby ludzie (...) wyświadczyli przysługi swoim bliźnim. Zasadniczo jednak prawo karne musi zadowolić się powstrzymaniem ludzi od wyrządzania pozytywnej szkody swoim bliźnim i pozostawić opinii publicznej oraz nauczycielom moralności i religii rolę dostarczycieli motywów do czynienia pozytywnej dobra – zob. M a c a u l a y i i n., *A Penal Code Prepared by The Indian Law Commissioners*, Note M, s. 53–65; podano za: C. M. V. C l a r k s o n, (w:), *ibidem*, s. 53.

²⁰ Sekcja 121A: „Ktokolwiek rozważy, wyobraża sobie, obmyśla, wymyśla lub planuje śmierć, zranienie, uwięzienie lub pozbawienie wolności Prezydenta, będzie ukarany śmiercią lub do-

lenia przemocą prezydenta lub rządu. Słownictwo tych przepisów jest zbieżne z brytyjską Ustawą o Zbrodni Zdrady (*The Felony of Treason Act*) z 1848 r., obejmującej ochroną królową brytyjską. Poprzez przepis Kodeksu Indii norma ta w takiej właśnie formie zawędrowała do Singapuru, pierwotnie odnosząc się do głowy monarchii brytyjskiej. Zauważyć należy, że nowelizacja z 2007 r., wprowadzająca m.in. opcjonalną karę dożywotniego więzienia do przepisu sekcji 121A, utrzymała w mocy takie właśnie ujęcie znamion tego przestępstwa. Trudno jednak byłoby wyobrazić sobie faktyczne skazanie za tak sformułowane, oparte wyłącznie na samej myśli, przestępstwo, bez wystąpienia przynajmniej elementarnej fizycznej materializacji takiej „myślzbrodni” po stronie sprawcy. Stąd też owej redakcji omawianych przepisów przypisywać należy w pierwszym rzędzie specyficzną funkcję ekspresyjną.

Bardziej złożony charakter ma kwestia winy. Nie ma w ogóle w kodeksie Singapuru normy, która wprowadzałaby winę jako ogólny warunek odpowiedzialności karnej w sposób znany europejskim kodeksom. Skutek prawnie równoważny mają natomiast dwa przepisy kodeksu, odnoszące się do generalnych wyjątków od odpowiedzialności karnej, ujęte w formie norm negatywnych, a mianowicie sekcji 79 i 80 kodeksu karnego²¹. Jak wywodzi Clarkson, przepisy te tylnymi drzwiami wprowadzają generalną zasadę oparcia przestępstwa o komponent *mens rea*²². Trafnie, jak się wydaje, krytykuje natomiast ten sam autor podejmowane przez orzecznictwo sądowe w niektórych orzeczeniach próby osadzenia doktryny *mens rea* w rzeczywistości prawnej Singapuru w oparciu o tradycję prawa angielskiego, albowiem brak jest dla takich analogii chociażby śladu podstawy prawnej w kodeksie karnym²³.

Specyficzne formy winy, od różnych form nieumyślności aż po przeróżne odmiany umyślności połączonej z zamiarem zabarwionym, pojawiają się natomiast w przepisach szczególnych odnoszących się do danych typów przestępstw. Prawo singapurskie dzieli z rodziną *Common Law* pewien chaos pojęciowy w odniesieniu do różnych konstrukcji winy. Odpowiednikiem zamiaru bezpośredniego jest pojęcie *intent*, obejmujące skutki, które sprawca chce sprowadzić swoim działaniem oraz środki prowadzące do tego celu²⁴.

żywotnym więzieniem, a jeśli nie zostanie skazany na śmierć, podlega dodatkowo grzywnie.”
 Sekcja 121B: „Ktokolwiek rozważa, wyobraża sobie, obmyśla, wymyśla lub planuje ograniczenie lub pozbawienie Prezydenta suwerenności nad Singapurem, albo obalenie przemocą rządu, będzie ukarany dożywotnim więzieniem oraz grzywną”.

²¹ Sekcja 79: „Nie jest przestępstwem nic z tego, co wykonuje jakakolwiek osoba usprawiedliwiona prawem, albo która z powodu błędu co do faktu, nie zaś błędu co do prawa, w dobrej wierze uważa, iż czyniąc to jest usprawiedliwiona przez prawo”. Sekcja 80: „Nie jest przestępstwem nic, co zrobione jest poprzez wypadek albo nieszczęście i bez przestępnego zamiaru lub wiedzy, w zgodny z prawem sposób, przy pomocy zgodnych z prawem środków i z odpowiednią troską oraz uwagą”.

²² C. M. V. Clarkson, (w:) K. L. Koh (red.), *Criminal Law...*, s. 65.

²³ *Ibidem*, s. 69–73.

²⁴ *Ibidem*, s. 58.

W wielu miejscach, celem określenia dyspozycji umysłu koniecznej do popełnienia danego przestępstwa, kodeks posługuje się pojęciem wiedzy (*knowledge*) sprawcy na temat określonych faktów. Samo pojęcie wiedzy wydaje się jasne²⁵, jednak prawo singapurskie przyjęło rozszerzone pojęcie wiedzy, właściwe dla całej rodziny *Common Law*. Sądy Singapuru zaakceptowały mianowicie (w głównej mierze na użytek spraw o posiadanie i obrót narkotykami) doktrynę tzw. dobrowolnej ignorancji (*willfull blindness*). Wymieniona dyspozycja umysłu zachodzi, gdy sprawca podejrzewa (*suspects*) istnienie danych faktów w sposób oczywisty wynikających z okoliczności jego działania i dobrowolnie zamyka na nie oczy, podejmując decyzję o nie wszczynaniu działań mających na celu poznanie prawdy. Dobrowolna ignorancja ma, w świetle orzecznictwa, charakter prawnie równoznaczny z faktyczną wiedzą (*actual knowledge*)²⁶. Sekcja 39 kodeksu definiuje pojęcie działania dobrowolnego (*voluntarily*). Dobrowolne spowodowanie przez sprawcę skutku ma miejsce wtedy, gdy sprawca spowodował skutek działaniem i zamierzał (*intended*) spowodować go, albo w czasie podjęcia tego działania wiedział lub miał powód by wierzyć, że może skutek spowodować. Ta forma zawinienia stanowi zatem rodzaj wiedzy co do skutku, nieco zbliżonej do europejskiego pojęcia zamiaru ewentualnego.

W kwestii winy nieumyślnej, kodeks karny operuje pojęciami lekkomyślności (*rashness*) i niedbalstwa (*negligence*). Orzecznictwo dokonuje rozgraniczenia między tymi dwiema formami winy nieumyślnej w sposób w zasadzie tożsamy z polskim ujęciem lekkomyślności i niedbalstwa²⁷. Singapurska Ustawa o Ruchu Drogowym (*Road Traffic Act*) z 1987 roku dodaje jeszcze trzecią nazwę winy nieumyślnej, a mianowicie brawurę (*recklessness*). Pojęcie to tłumaczy się jako kwalifikowaną formę niedbalstwa, cechującą się rażącym brakiem uwzględnienia bezpieczeństwa innych osób²⁸. Kodeks operuje, w sekcji 153, jeszcze jedną nazwą winy nieumyślnej, a mianowicie

²⁵ Nie istnieje rozbieżność znaczeniowa między polską wiedzą a angielską „knowledge”. W obu przypadkach poprawna będzie definicja określająca ten stan jako zgodną z obiektywną prawdą pewność co do osoby i rzeczy.

²⁶ Tiam Kiam Peng v PP (2008); Toh Yung Cheong, Knowing, not Knowing and Almost Knowing: Knowledge and the Doctrine of Mens Rea, Singapore Journal of Legal Studies, September 2008, s. 677–686.

²⁷ PP v Teo Poh Leng (1992); Nidamarti Nagabhushnam (1872), Empress of India v Idu Beg (1881); podano za: Toh Yung Cheong, *ibidem*, s. 687–688.

²⁸ N. Morgan, S. Yeo, Defining the Fault Elements of Driving Offences, Singapore Academy of Law Journal, September 2007, s. 221–222; V. Ramraj, Criminal Negligence and the Standard of Care, Singapore Journal of Legal Studies 199, s. 679. Nadmienić jednak trzeba, że pewien oddźwięk w ramach piśmiennictwa singapurskiego wywołała angielska sprawa Caldwell, która w istotny sposób rozmywała granicę między niedbalstwem a winą określoną jako *recklessness*. Nie znalazła ona natomiast trwałego odbicia w praktyce orzeczniczej Singapuru (por. V. Ramraj, *ibidem*, s. 683).

wantonless, którą w kontekście tego przepisu należałoby przetłumaczyć jako winę towarzyszącą działaniu swawolnemu.

Powoływana już sekcja 79, a także sekcja 76 kodeksu singapurskiego, wyraźnie wykluczają możliwość traktowania błędu co do prawa jako okoliczności wyłączającej winę. Sądownictwo sąsiedniej Malezji, posługującej się tym samym kodeksem, uznało jednak możliwość uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności z powodu braku winy wywołanego ignorancją co do prawa²⁹, brak jest natomiast tego rodzaju orzeczeń w Singapurze. Stąd też kwestia uwolnienia sprawców przestępstw popełnionych w warunkach usprawiedliwionego błędu co do prawa pozostaje co najwyżej w gestii dyskrecjonalnej władzy oskarżyciela publicznego.

Prawo karne Singapuru zna również odpowiedzialność na zasadzie *strict liability*, niewymagającą dowodu zaistnienia winy po stronie sprawcy i opartą jedynie o stwierdzenie obiektywnych przesłanek odpowiedzialności karnej, jednak zasada ta nie ma zastosowania na gruncie przestępstw unormowanych w kodeksie karnym³⁰.

Warunkiem przypisania sprawcy odpowiedzialności za czyn jest oczywiście ustalenie związku przyczynowego między działaniem sprawcy a skutkiem przestępnym. Kodeks do kwestii tej ustosunkowuje się częściowo tylko w sekcji 36, która stanowi, iż przestępstwo stanowić może czyn, w ramach którego sprawca osiąga bezprawny skutek częściowo poprzez działania, częściowo zaś poprzez zaniechania³¹. Problem związku przyczynowego ma charakter szczególnie istotny na gruncie przestępstw nieumyślnych. W relatywnie świeżym orzeczeniu Ng Keng Yong v PP Sąd Najwyższy (*High Court*) przyjął standard związku przyczynowego, w ramach którego za warunek jego stwierdzenia uznano istotne przyczynienie się (*significant contribution*) sprawcy do zaistnienia skutku, z pominięciem uprzednio uznawanego za podstawę do wnioskowania w tej materii, w praktyce niezwykle problematycznego rozróżnienia między przyczyną bliższą i dalszą³².

Nie jest elementem przestępstwa społeczna szkodliwość czynu bądź inne pojęcie równoważne. Kodeks singapurski zawiera co prawda sekcję 95, w któ-

²⁹ K. Amirthalingam, Ignorance of Law, Criminal Culpability and Moral Innocence: Striking a Balance Between Blame and Excuse, *Singapore Journal of Legal Studies* 2002, s. 314–316. Autor artykułu spekuluje również m.in. nad możliwością wprowadzenia doktryny ignorancji prawnej w Singapurze w drodze rozróżnienia między ignorancją co do prawa (*ignorance of law*) a używaną przez kodeks pomyłką co do prawa (*mistake of law*) – *ibidem*, s. 303; koncepcja taka nie znalazła jednak odzwierciedlenia w orzecznictwie sądowym.

³⁰ Chan Wing Cheong, Requirement of Fault in Strict Liability, *Singapore Academy of Law Journal* 1999, nr 11, s. 98.

³¹ Jako przykład ustawodawca podaje sytuację, w której sprawca pozbawia swojego podopiecznego życia częściowo poprzez bicie, a częściowo poprzez pozbawienie żywności.

³² S. Yeo, Causation in Criminal and Civil Negligence, *Singapore Law Review* 2007, vol. 25, s. 112–113; Koh Keng Lian, Trends in Singapore Criminal Law, (w:) *Review of Judicial and Legal Reforms in Singapore between 1990 and 1995*, s. 360–361.

rej uregulowany jest przypadek spowodzenia niewielkiej szkody. W myśl tego przepisu nie jest przestępstwem czyn związany ze spowodzeniem szkody tego rodzaju, że żadna osoba o zwyczajnych zmysłach i temperamencie nie skarżyłaby się na nią. Przepis ten nie odgrywa jednak istotnej roli w praktyce orzeczniczej, a funkcję regulatora odpowiedzialności karnej pełni oportunizm procesowy oparty o dyskrecję oskarżycielską (*prosecutorial discretion*)³³.

Usiłowanie i formy współdziałania przestępnego

Odpowiedzialność karna za usiłowania jest uregulowana w sekcji 511 kodeksu. Przepis ten przewiduje, że maksymalny wymiar kary więzienia za usiłowanie czynu zagrożonego karą dożywotniego więzienia wynosi lat 15, w pozostałych zaś wypadkach – połowę maksymalnego wymiaru kary przewidzianego za dany czyn. Niekiedy ponadto kwestia przestępnego usiłowania jest uregulowana odmiennie co do wysokości grożącej kary lub co do znamion usiłowania. Owe regulacje szczególne wydać się mogą niekiedy przypadkowe i arbitralne, wszak trudności nastręcza nierzadko wskazanie kryteriów, którymi kierował się ustawodawca, decydując o wymiarze kary grożącym za usiłowania poszczególnych przestępstw³⁴. Przepis sekcji 511 nie ustosunkowuje się w sposób rozstrzygający do kwestii usiłowań niemożliwych. Orzecznictwo sądowe uznało za bezkarne usiłowania niemożliwe zachodzące w przypadku niemożliwości prawnej³⁵ oraz niemożliwości z przyczyn leżących ściśle po stronie sprawcy (subiektywnych)³⁶.

³³ Oskarżyciel publiczny ma nieograniczoną kompetencję do wszczynania, prowadzenia i umarzania postępowania karnego. Uprawnienie to umocowane jest w art. 35(8) konstytucji Singapuru. Znamiennym przykładem roli dyskrecji oskarżycielskiej w prawie karnym Singapuru jest ogłoszona w 2007 r. deklaracja premiera Lee Hsien Longa dotycząca stosowania sekcji 377A kodeksu karnego penalizującej obcowanie homoseksualne. Premier zadeklarował mianowicie, iż przepis ten nie będzie aktywnie stosowany w stosunku do czynów popełnianych w warunkach prywatności (G. C h a n K o k Y e w, *Prosecutorial Discretion and the Legal Limits in Singapore*, Singapore Academy of Law Journal 2013, nr 25, s. 16). Obok regulatora odpowiedzialności karnej dyskrecja oskarżycielska pełni także szereg innych funkcji. Korzystanie z niej stanowi m.in. środek gratyfikacji kooperatywnej postawy niektórych sprawców, przy czym obok odstąpienia od oskarżenia spotykaną formą jej stosowania jest także oskarżenie na podstawie przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność (K. A m i r t h a l i n g a m, *Prosecutorial Discretion and Prosecutorial Guidelines*, Singapore Journal of Legal Studies 2013, s. 50–75).

³⁴ N. A. M o r g a n, (w:) K. L. K o h (red.), *Criminal Law...*, s. 253. Autor ten wskazuje chociażby na sytuację, w której sprawca usiłowania rozboju odpowiada łagodniej niż sprawca rozboju dokonanego, ale już sprawcy zarówno usiłowania, jak i dokonania uwolnienia więźnia z zakładu karnego podlegają takim samym karom.

³⁵ Pojęcie to opiera się o rozróżnienie między niemożliwością fizyczną (*physical impossibility*) popełnienia przestępstwa (polegającą na istnieniu zewnętrznej przeszkody uniemożliwiającej realizację przez sprawcę określonego rezultatu) oraz niemożliwością prawną (*legal impossibility*), której przykładem może być omyłkowa „kradzież” własnego przedmiotu (zob. S. Y e o,

Najbliższą formą przestępnego współdziałania jest współsprawstwo. Odnosi się do niego sekcja 37 kodeksu karnego, która stanowi: „Gdy przestępstwo zostaje popełnione w drodze kilku osobnych czynności, ktokolwiek w sposób zamierzony współpracuje w popełnieniu tego przestępstwa poprzez wykonanie jakiegokolwiek z tych czynności bądź samodzielnie, bądź to wspólnie z inną osobą, popełnia to przestępstwo.”.

Podstawową niesprawczą formą współdziałania przestępnego jest *abetment*, uregulowane w sekcji 107 kodeksu. Precyzyjne przełożenie tego pojęcia na język polski nie jest możliwe, albowiem oznacza ono zarówno podżeganie, jak i pomocnictwo, a dodatkowo jeszcze wejście w spisek z zamiarem popełnienia przestępstwa. Najbardziej trafne wydaje się przetłumaczenie tego słowa, na użytek niniejszego opracowania, jako karalne wspieranie czynu zabronionego. Towarzyszące temu przepisowi objaśnienia wskazują, że karalne jest także podżeganie do popełnienia określonego czynu osoby z powodu właściwości osobistych nie podlegającej odpowiedzialności karnej, wspieranie nieskuteczne oraz wspieranie łańcuchowe (*abetment of an abetment*). Omawiana postać zjawiskowa przestępstwa ma więc w kodeksie singapurskim charakter szeroki. Kara za przestępne wspieranie czynu zabronionego jest, w braku odmiennej regulacji, taka sama, jak kara przewidziana za przestępstwo główne (sekcja 110). Osoba odpowiedzialna za popełnienie przestępstwa w tej formie zjawiskowej odpowiada ponad granice swojego zamiaru, a mianowicie także za inne przestępstwo popełnione przez sprawcę głównego (o ile stanowi ono prawdopodobną konsekwencję działania podżegacza lub pomocnika) oraz za skutek działania sprawcy głównego inny niż przez siebie zamierzony (sekcja 111–113).

Wyżej omawianą formę zjawiskową przestępstwa uzupełnia pojęcie spisku przestępczego (*criminal conspiracy*), wprowadzone przez sekcję 120A. Udział w takim spisku jest karany na takich samych zasadach jak przestępne wsparcie. Wspomniany przepis definiuje spisek przestępczy jako porozumienie dwóch lub więcej osób mające na celu dokonanie czynu nielegalnego³⁷ lub czynu legalnego przy pomocy nielegalnych środków. Jeśli przedmiotem spisku nie jest popełnienie przestępstwa, warunkiem odpowiedzialności za spisek jest popełnienie przestępstwa przez przynajmniej jednego z uczestników porozumienia w celu jego realizacji.

Inną formą współdziałania przestępnego jest działanie w warunkach wspólnego zamiaru (*common intention*). Tę formę współdziałania przestępnego wprowadza sekcja 34, która stanowi: „Jeśli czyn przestępczy jest popełnio-

Claryfying Impossible Attempts and Criminal Conspiracies, Singapore Academy of Law Journal 2007, s. 3).

³⁶ S. Yeo, *ibidem*, s. 5.

³⁷ Pojęcie to, jak już wskazano, obejmuje swoim zasięgiem bezprawie kryminalne, cywilne i administracyjne.

ny przez niektóre osoby w celu (w oryginale – *in furtherance*) realizacji wspólnego zamiaru wszystkich, każda z tych osób odpowiada za czyn, jak gdyby sama go popełniła”. Przepis ten ma zastosowanie do sytuacji, w których występuje grupa osób działająca we wspólnym (jak wynika z praktyki orzeczniczej – przestępnym) celu i co najmniej jeden z członków grupy dopuszcza się przy tym dodatkowego przestępstwa (przestępstwa drugorzędowego). Podręcznikowym przykładem takiej sytuacji jest dokonywany przez grupę osób rozbój, w ramach którego jeden ze sprawców dodatkowo zabija pokrzywdzonego. Konstrukcja ta, choć niewątpliwie użyteczna politycznokryminalnie, nastroczała w praktyce orzeczniczej istotnych wątpliwości skutkujących rozbieżnymi stanowiskami sądów co do jej szczegółowego rozumienia. Źródłem trudności w tym względzie było określenie koniecznego dla zastosowania tej konstrukcji stopnia subiektywnego zawinienia współników co do przestępstwa drugorzędowego (*secondary offence*). Pierwsze z istotnych orzeczeń wprowadzały dosyć restrykcyjne kryteria przypisania uczestnikom wspólnego przestępstwa tego rodzaju odpowiedzialności. Wymagano mianowicie, aby sprawcy pociągani do odpowiedzialności na tej zasadzie dzielali przestępczy zamiar osób dopuszczających się czynu drugorzędowego. Jeśli więc przykładowo jeden z uczestników rozbój zabił, do przypisania odpowiedzialności współnikom takiego rozbój na podstawie sekcji 34 konieczne było, aby pozostali uczestnicy rozbój odznaczyli się co najmniej warunkowym zamiarem zabójstwa³⁸. Tym niemniej głośna sprawa Mimi Wong z 1972 r., w której Sąd Apelacyjny porzucił warunek zbieżności zamiaru, otworzyła drogę do szerszej wykładni sekcji 34, opierającej jego stosowanie bądź to o teorię subiektywnej wiedzy (*subjective knowledge*) współuczestników, bądź o teorię obiektywnej przewidywalności przestępstwa drugorzędowego (*objective foreseeability*)³⁹. Doprowadziło to do badania przez sądy okoliczności chociażby takich, jak wiedza współsprawców napadu o tym, że jeden z nich zabrał ze sobą niebezpieczne narzędzie, celem ustalenia, jaki bieg wypadków przewidywał oskarżony⁴⁰. Owa ewolucja linii orzeczniczej doprowadziła w końcu do orzeczeń wprowadzających praktycznie całkowitą obiektywizację odpowiedzialności na zasadzie sekcji 34, o ile u wszystkich współuczestników dało się udowodnić winę co do przestępstwa głównego⁴¹. Jednakowoż w relatywnie niedawnej sprawie Lee Chez Kee z 2008 r. Sąd Apelacyjny oparł się w zasadzie o uprzednio wspomnianą teorię subiektywną. Przyjął mianowicie, iż aby można było przypisać uczestnikowi we wspólnym zamiarze odpowiedzialność na

³⁸ M. H o r, Common Intention and the Enterprise of Constructing Criminal Liability, Singapore Journal of Legal Studies 1999, s. 495–496.

³⁹ *Ibidem*, s. 477–499.

⁴⁰ Syed Abdul Aziz (1993); podano za: M. S o r n a r a j a h, Common Intention and Murder Under the Penal Codes, Singapore Journal of Legal Studies 1995, s. 47–48.

⁴¹ Asogan Ramesh (1998); Too Yin Sheong (1998); M. H o r, Common intention..., s. 498–499.

podstawie sekcji 34, konieczne jest, aby wiedział on o realnej możliwości popełnienia przez członka grupy przestępstwa drugorzędного⁴². Radykalny odwrót od obiektywizacji odpowiedzialności na podstawie omawianego przepisu nastąpił w wyroku tego samego sądu w sprawie Vijay z roku 2010, w którym powrócono do bardzo wąskiej jego wykładni, w ramach to której osoba popełniająca jedynie przestępstwo główne, aby ponosiła odpowiedzialność za działanie w ramach wspólnego zamiaru, musi podzielać zamiar popełnienia przestępstwa drugorzędного⁴³.

Rozwiązanie podobne do *common intention* wprowadza przepis sekcji 149 kodeksu karnego. Odnosi się on do uczestników bezprawnego zgromadzenia. Zgodnie z tym przepisem, jeśli uczestnik bezprawnego zgromadzenia popełnia przestępstwo, czyniąc to na użytek wspólnego celu tego zgromadzenia albo popełnia przestępstwo tego rodzaju, że inni uczestnicy wiedzą o możliwości popełnienia takiego przestępstwa, każda osoba uczestnicząca w zgromadzeniu w momencie popełnienia przestępstwa ponosi za nie odpowiedzialność.

Okoliczności uwalniające od odpowiedzialności karnej

Jakkolwiek doktryna prawa karnego Singapuru zna teoretyczne rozróżnienie między okolicznościami znoszącymi odpowiedzialność karną odnoszącymi się do winy oraz tymi, które uchylają bezprawność czynu⁴⁴, wszelkie takie okoliczności zwykło się określać, w ślad za prawem angielskim, zbiorczym pojęciem *defences*.

Sekcja 76 kodeksu wprowadza, jako okoliczność znoszącą odpowiedzialność karną, działanie w ramach obowiązku nałożonego przez prawo. Przepis ten przewiduje zarazem specyficzną postać błędu uwalniającego od odpowiedzialności karnej. Nie podlega mianowicie odpowiedzialności karnej sprawca, który na podstawie błędu co do faktu, nie zaś błędu co do prawa, działał w dobrej wierze, a zarazem błędnym przekonaniu, że jest obowiązany na podstawie prawa do określonego działania. Jako przykład takiej sytuacji kodeks podaje zatrzymanie przez funkcjonariusza sądu niewłaściwej osoby w wyniku błędu co jej tożsamości. Omawiany przepis ma zastosowanie do działań funkcjonariuszy publicznych, w tym do wykonywania rozkazów wojskowych⁴⁵.

⁴² N. Yong-Ern Khang, Chen Siyuan, Case Note – Recent Developments in Common Intention, Lee Chez Kee v. PP (2008) 3 SLR 447, Singapore Academy of Law Journal 2009, nr 21, s. 563.

⁴³ Chen Siyuan, A Final Twist in Common Intention? Daniel Vijay s/o Katherasan v. Public Prosecutor, Singapore Journal of Legal Studies 2011, s. 237–249.

⁴⁴ Służy temu rozróżnienie pomiędzy *justifications* i *excuses*; por. K. L. Koh (red.), Criminal Law..., s. 108–109.

⁴⁵ Przykład (a): „A, żołnierz, ostrzeliwuje agresywny tłum na rozkaz swojego dowódcy, zgodnie z przepisami prawa. A nie popełnił przestępstwa”.

Przepis kolejny, to jest sekcja 77, wyłącza odpowiedzialność sędziego w sytuacji, w której wykonuje on władzę, która faktycznie przysługuje mu na podstawie jego funkcji bądź też działając w dobrej wierze, uważa on, iż taka władza mu przysługuje. Także następna sekcja odnosi się do działalności sądu. Wyłącza ona spod odpowiedzialności karnej wszelkie działania podejmowane w wykonaniu wyroku lub nakazu sądowego. Wyjątek ten rozciąga się na orzeczenia sądowe wydane z przekroczeniem jurysdykcji, o ile sprawca, działając w dobrej wierze, nie jest braku jurysdykcji świadomy.

Kolejne przepisy wprowadzają wyjątki od odpowiedzialności karnej w postaci wykonywania uprawnienia oraz wypadku. Warunkiem korzystania z ochrony wymienionej w sekcji 80 (wypadek) jest działanie w sposób zgodny z prawem, zgodnymi z prawem środkami, z odpowiednią troską i uwagą (*lawful act in a lawful manner, by lawful means, and with proper care and caution*).

Sekcja 81 wprowadza kontratyp stanu wyższej konieczności. Przepis ten stanowi: „Nie jest przestępstwem nic czynione z wiedzą, że może to spowodować szkodę, jeśli jest to czynione bez przestępczego zamiaru spowodowania szkody, w dobrej wierze, w celu zapobiegnięcia bądź uniknięcia innej szkody na osobie lub mieniu”. Nowelizacja kodeksu z roku 2007 dodała do omawianej sekcji przykład c, odnoszący się do przypadków działalności terrorystycznej i stanowiący, iż uprawnione może być w takiej sytuacji ostrzelanie statku⁴⁶. Ustawodawca postanowił zatem odnieść się do jednego z ważnych dylematów moralnych narosłych wokół kwestii terroryzmu po 11 września 2001 r. poprzez uściślenie zasad ogólnych prawa karnego.

Sekcja 82 wyłącza odpowiedzialność karną dziecka poniżej siedmiu lat. Przepis kolejny odnosi się do dzieci w wieku od siedmiu do dwunastu lat. W tym przypadku warunkiem bezkarności jest nieosiągnięcie dostatecznej dojrzałości osądu (*maturity of understanding*), aby właściwie ocenić naturę i skutki popełnionego czynu.

Problematyka zaburzeń poczytalności sprawcy jest ujęta w sekcji 84. W myśl tego przepisu, „nie jest przestępstwem nic, co czyni osoba, która w trakcie czynu, z powodu niesprawności umysłu, jest niezdolna poznać naturę czynu, albo to, że czyni rzecz złą lub niezgodną z prawem”. Ów wyjątek

⁴⁶ X, dowódca statku, zostaje powołany do pełnienia obowiązków w związku z atakiem terrorystycznym na terminal promów w Singapurze. X otrzymuje wiadomość, że statek A, z załogą w liczbie sześciu osób, został porwany przez terrorystów i zbliża się z dużą prędkością do terminalu, mogąc z nim się zderzyć. Nie wystarczy czasu, aby ewakuować z terminalu osoby, których jest, według szacunków, około stu. X nakazuje statkowi A natychmiastowe zaprzestanie manewru i wystrzeliwuje strzał ostrzegawczy. Jednak statek A nadal zmierza w stronę terminalu. W tej sytuacji, jeśli X wydaje rozkaz ostrzelania statku A celem jego unieruchomienia, bez zamiaru spowodowania szkody u członków jego załogi, w dobrej wierze i w celu zapobieżenia niebezpieczeństwu osób na terminalu, nie popełnia on przestępstwa. Jest tak nawet pomimo faktu, iż wie o możliwości szkody po stronie załogi statku A, jeśli uzna się za stwierdzone, że niebezpieczeństwo, którego X chce uniknąć, usprawiedliwia ryzyko związane z ostrzelaniem statku A.

od odpowiedzialności karnej dotyczy wyłącznie defektów umysłu odnoszących się do sfery poznania, z pominięciem defektów dotyczących sfery kontroli nad własnym zachowaniem. Normę odnoszącą się do tego drugiego rodzaju defektu zawiera natomiast wyjątek 7 do sekcji 300 kodeksu karnego, dotyczącego zabójstwa⁴⁷. Uniewinnienie na podstawie sekcji 84 skutkuje, w myśl kodeksu postępowania karnego, zawiadomieniem Ministra Sprawiedliwości, który może zarządzić „osadzenie osoby w zakładzie psychiatrycznym, więzieniu lub innym odpowiednim miejscu osadzenia na łasce Prezydenta”⁴⁸.

Sekcje 85 i 86 regulują kwestię działania sprawcy w stanie odurzenia. Sekcja 85 w ustępie pierwszym wprowadza generalną zasadę, w myśl której odurzenie nie stanowi okoliczności uwalniającej od odpowiedzialności karnej, o ile prawo nie przewiduje inaczej. Skutek uwalniający od odpowiedzialności karnej, o ile sprawca nie miał rozeznania co do natury aktu lub nie wiedział, co robi, ma omawiana okoliczność w dwóch wypadkach: złośliwego lub wynikłego z niedbalstwa wywołania odurzenia przez osobę inną niż sprawca bez zgody tego ostatniego oraz w sytuacji, gdy intoksykacja wywołała u sprawcy stan szaleństwa⁴⁹. W drugim z przypadków sąd jest wyposażony w prawo osadzenia sprawcy na takich samych zasadach, jak w przypadku niepoczytalności w myśl sekcji 84.

Aż w sześciu sekcjach, to jest 87–92, a nadto w sposób niebywale kazui-styczny, uregulowany jest kontratyp zgody pokrzywdzonego. Kontratyp ten, jak wskazuje lektura przywołanych przepisów, przyjmuje zróżnicowaną postać i zakres w zależności od wagi naruszonego dobra oraz celu działania sprawcy i jego subiektywnego nastawienia. Obejmuje on na gruncie prawa Singapuru szeroki wachlarz stanów faktycznych, co do których polska nauka prawa karnego wyróżnia kilka osobnych kontratypów.

Sekcja 87 obejmuje swoim zakresem sytuacje, w których pełnoletni pokrzywdzony wyraża zgodę na zachowania skutkujące szkodą mniejszą niż śmierć lub ciężki uszczerbek na zdrowiu. Doktryna odnosi ten przepis prze-

⁴⁷ Owo wąskie ujęcie niepoczytalności, stanowiące spuściznę po prawie angielskim, jest przedmiotem krytyki doktryny (zob. S. Y e o, *The Insanity Defence in Criminal Laws of the Commonwealth Nations*, *Singapore Journal of Legal Studies* 2008, s. 260).

⁴⁸ *Criminal Procedure Code* (cap. 68), s. 252.

⁴⁹ Ustawa posługuje się tu słowem *insanity*, w odróżnieniu od sformułowania *unsoundness of mind* występującego w ramach ogólnej regulacji niepoczytalności. Pojęcia te były jednak uznawane w starszej literaturze za równoważne (zob. K o k L e e P e n g, M o l l y C h e a n g, C h e e K u a n T s e e, *Mental Disorders and the Law*, Singapur 1994, s. 66). W sprawie *Tan Chor Jin v. P. P.* Sąd Apelacyjny stwierdził, że cała różnica między dwoma sformułowaniami sprowadza się do faktu, iż *insanity* może być stanem trwającym czasowo (S. Y e o, *The Insanity Defence...*, s. 261). Możliwość uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności na tej podstawie zależna jest od stopnia jego odurzenia – musi ono faktycznie skutkować brakiem możliwości sformułowania przestępnego zamiaru lub oceny podejmowanego działania (A. P. S i m e s t e r, *Getting Drunk in Singapore and Malaysia*, *Singapore Journal of Legal Studies*, July 2012, s. 79–85).

de wszystkim do sytuacji związanych ze sportami i rozrywkami stwarzającymi pewien poziom niebezpieczeństwa dla zdrowia. Koh K. L. wskazuje w swoim podręczniku na dwie generalne sytuacje, w których kontratyp ten nie będzie mógł znaleźć zastosowania do sportów: sytuację, gdy sport z natury swojej ma charakter śmiertcionośny lub stwarza poważne ryzyko ciężkiego urazu (rosyjska ruletka, pojedynki z użyciem niebezpiecznych narzędzi) oraz sytuację, gdy sport ma co prawda charakter legalny, ale przyjęty przez sprawcę, choćby i za obopólną zgodą, sposób uczestnictwa w nim czyni śmiertcionośną konkurencją, która praktykowana w sposób zwyczajowo przyjęty nie ma takiego charakteru (jako przykład podając umówiony pojedynek bokserski trwający do momentu śmierci jednego z uczestników)⁵⁰. Singapurska Ustawa o Dobrowolnej Sterylizacji (*Voluntary Sterilization Act*) stanowi, iż ciężkim uszkodzeniem ciała w rozumieniu sekcji 87 kodeksu karnego nie jest sterylizacja autoryzowana przez lekarza. Tym samym ustawa ta przesądza o objęciu tego rodzaju zabiegów kontratypem zgody pokrzywdzonego.

Sekcja 88 obejmuje szerszy wachlarz stanów faktycznych, albowiem dopuszcza także działania skutkujące ciężkim uszczerbkiem na zdrowiu. Zarazem jednak wprowadza ona dodatkowy wymóg działania sprawcy w dobrej wierze i w interesie pokrzywdzonego. Regulacja ta odnosi się w głównej mierze do poważnych zabiegów medycznych, tym niemniej wskazuje się także, iż obejmować ona może swoim zakresem zabiegi chirurgii estetycznej oraz tatuaż⁵¹.

Sekcja 89 dotyczy zgody opiekuna prawnego na spowodowanie szkody u osoby w wieku do lat 12. W przeszłości przepis ten stanowił legitymizację dla stosowania kar cielesnych jako środka dyscypliny szkolnej⁵².

Sekcja 91 wyłącza spod działania kontratypu czyny będące przestępstwami niezależnie od szkody, jaką powodują. Jako przykład takiego czynu sam kodeks wymienia przestępstwo nielegalnej aborcji, wskazując, iż nie musi ono spowodować szkody po stronie kobiety poddanej zabiegowi, a podlega, pomimo tego, wyłączeniu spod działania kontratypu. Przepis ten obejmuje wszelkie przestępstwa, w ramach których przedmiotem ochrony są wartości społeczne szersze niż dobro pokrzywdzonego. Rekonstrukcji katalogu tych czynów dokonuje się w oparciu o opis znamion czynu zabronionego – tam, gdzie szkoda osobista nie należy do tych znamion, przestępstwo nie ulega legalizacji w drodze zgody pokrzywdzonego. Nie można więc skutecznie powoływać się na omawiany kontratyp chociażby w przypadku zakłóceń porządku publicznego, bójek, ciężkiej nieprzyzwoitości, stosunku cielesnego przeciwnego naturze⁵³.

⁵⁰ K. L. Koh (red.), *Criminal law...*, s. 139; S. Ye o, *Criminal Defenses in Singapore and Malaysia*, Dayton 2005, s. 64.

⁵¹ K. L. Koh (red.), *ibidem*, s. 141; S. Ye o, *ibidem*, s. 66.

⁵² K. L. Koh (red.), *ibidem*, s. 142–144.

⁵³ S. Ye o, *Criminal Defences...*, s. 72.

Sekcja 93 wprowadza dosyć osobliwy kontratyp zakomunikowania faktu w dobrej wierze. Jako przykład działania w ramach tego kontratypu kodeks podaje działanie lekarza, który informuje pacjenta o wysokim prawdopodobieństwie jego śmierci, w wyniku czego pacjent, dotknięty szokiem, umiera.

W sekcji 94 pojawia się nie znana polskiemu prawu karnemu okoliczność uchylająca winę w postaci przymusu (*duress*). Wyłącza ona spod odpowiedzialności karnej czyny popełnione w wyniku kierowanych do sprawcy bezprawnych gróźb, o ile działał on w uzasadnionej obawie śmierci swojej lub innej osoby. Kontratyp ten nie uwalnia od odpowiedzialności za morderstwo oraz którekolwiek z przestępstw przeciwko państwu zagrożonych karą śmierci. Warunkiem korzystania z dobrodziejstwa kontratypu jest brak uprzedniego wdania się przez sprawcę w taką sytuację z własnej zgody lub w wyniku gróźb o lżejszym ciężarze gatunkowym niż odnoszące się do śmierci. W praktyce orzeczniczej sądy singapurskie niezwykle wnikliwie badają faktyczne wystąpienie wszelkich przesłanek umożliwiających powołanie się przez sprawcę na omawianą instytucję⁵⁴.

Niebywale rozbudowany i kazuistyczny charakter ma regulacja obrony koniecznej (*private defence*). Sekcja 96 stwierdza, iż nie jest przestępstwem czyn stanowiący wykonywanie prawa do obrony koniecznej. Sekcje 97–106 regulują zakres oraz czas trwania powyższego prawa, w oparciu o szereg okoliczności konkretnego zamachu. Spowodowanie śmierci napastnika objęte jest kontratypem w przypadku najcięższych zamachów na życie, zdrowie, wolność seksualną i wolność osobistą, a w sytuacjach, gdy przedmiotem zamachu jest mienie, a nie osoba – w przypadku rozboju, włamania do domu nocą, podpalenia, a także kradzieży, niszczenia mienia i naruszenia miru domowego w sposób rodzący uzasadnioną obawę śmierci lub ciężkiego

⁵⁴ W sprawie Ng Pen Tine z 2009 r. sąd uwolnił od odpowiedzialności karnej, na podstawie omawianego przepisu, sprawcę, który przewiózł w samochodzie osobowym narkotyki z terytorium Malezji na terytorium Singapuru. Sprawca uniknął tym samym obligatoryjnej kary śmierci przewidzianej za import ilości narkotyków, którą wwiózł samochodem. Sąd dał przy tym wiarę wyjaśnieniom oskarżonego, iż działał on w strachu przed groźbami wpływowego chińskiego gangstera, który według wyjaśnień oskarżonego miał szerokie wpływy oraz stanowił zagrożenie dla jego rodziny. Owo subiektywne przeświadczenie oskarżonego zostało uwzględnione przez sąd nawet pomimo faktu, iż oskarżyciel dowiódł w procesie, że oskarżony w trakcie przemieszczania się samochodem miał wielokrotną możliwość zwrócenia się o pomoc do władz (Chan Wing Cheong, Developments in Duress: Coercion, Moral Choice and Subjectivism, Singapore Journal of Legal Studies 2012, s. 159–161). W innym orzeczeniu, w sprawie Teo Hee Heng z 2000 r., sąd odmówił uniewinnienia oskarżonego o udział w wymuszeniu powołującego się na okoliczność, iż podżegacz groził jemu osobiście śmiercią. Sąd wywodził bowiem, że oskarżony, któremu sprawca gróźb nie towarzyszył fizycznie w trakcie popełnienia przestępstwa, mógł z łatwością wybrnąć z sytuacji, zwracając się o pomoc do Policji (S. Yeo, Considerations of Time and Space in Duress, Singapore Academy of Law Journal 2004, nr 16, s. 368). Wspomniane przykłady wskazują na to, iż sądy Singapuru biorą pod uwagę, w ramach stosowania przepisów o przymusie, całokształt okoliczności sprawy ze szczególnym uwzględnieniem warunków osobistych oskarżonego.

uszczerbku na zdrowiu. Sekcja 99(4) ustanawia zasadę proporcjonalności, w myśl której „prawo do obrony koniecznej w żadnym wypadku nie rozciąga się na wywołanie szkody większej, niż jest to konieczne dla celu obrony”. Klauzula ta w sporym zakresie ogranicza gwarancyjny charakter kazuistyki towarzyszącej regulacji obrony koniecznej, wszak wszelkie przepisy szczegółowe zastrzegają prymat tej właśnie klauzuli. Z uwagi jednak na niejednokrotnie nagły i dramatyczny charakter sytuacji, w których prawo do obrony jest wykonywane, doktryna i orzecznictwo powołują się chętnie na zdroworozsądkowe stwierdzenie, iż prawa tego nie należy odważać niczym złota⁵⁵.

Kary

Karami za przestępstwa są śmierć, więzienie, przepadek mienia, grzywna i chłosta (sekcja 53). Katalog ten uzupełniają zarówno wolnościowe, jak i detencyjne środki karne przewidziane w innych ustawach, w szczególności w Ustawie o Probacji Sprawców Przestępstw (*Probation of Offenders Act*), Kodeksie Postępowania Karnego (*Criminal Procedure Code*) i Ustawie o Narkomanii (*Misuse of Drugs Act*).

Obok niektórych przestępstw przeciwko państwu, kara śmierci grozi w Singapurze m.in. za morderstwo (sekcja 302 kodeksu karnego), produkcję, import i obrót narkotykami w znacznych ilościach (sekcja 33 ustawy *Misuse of Drugs Act*), porwanie dla okupu (sekcja 3 ustawy *Kidnapping Act*), nielegalny handel bronią (sekcja 6 *Arms Offences Act*) oraz użycie broni palnej do popełnienia niektórych przestępstw (sekcja 4A *Arms Offences Act*). Trzykrotnie próbowano, w oparciu o różne argumentacje prawne⁵⁶, doprowadzić do stwierdzenia sprzeczności przepisów przewidujących karę śmierci z Konstytucją, przy czym za każdym razem miało to miejsce w sprawach narkotykowych. Pierwszą z tych spraw była *Ong Ah Chuan v Public Prosecutor*⁵⁷, która toczyła się przed brytyjską Radą Koronną (*Privy Council*) w 1981 r. Kolejne dwie sprawy, a mianowicie *Nguyen Tuong Van v PP* z 2004 r. i *Yong Vui Kong v PP* z 2009 r.⁵⁸, rozpatrywane były przez singapurską Izbę Apelacji⁵⁹. Niezależnie od stanowiska judykatury, szczególne

⁵⁵ W oryginale *weigh on golden scales*. Sformułowanie to zaczerpnięte jest z indyjskiej sprawy *Jai Dev v State of Punjab* (S. Y e o, *Bringing Clarity to Private Defence: the Singapore Experience*, *NUJS Law Review* 2010, nr 33, s. 41).

⁵⁶ Skarżący powoływali się m.in. na brak humanitaryzmu kary śmierci jako takiej, brak humanitaryzmu stosowanej techniki egzekucji (powieszenia) oraz naruszenie kompetencji władzy sądowniczej do sprawowania wymiaru sprawiedliwości poprzez wprowadzenie przepisu przewidującego karę śmierci jako karę obowiązkową za dane przestępstwo.

⁵⁷ Podano za: LAWNET.

⁵⁸ Podano za: LAWNET.

⁵⁹ Gwoli ścisłości nadmienić należy, że w ostatniej ze spraw, pomimo nieuwzględnienia argumentacji skarżącego, *Yong Vui Kong* uniknął ostatecznie egzekucji, a orzeczona kara śmierci zo-

kontrowersje zarówno wśród społeczności międzynarodowej, jak i wśród lokalnych akademików wzbudza obligatoryjny charakter kary śmierci za niektóre przestępstwa⁶⁰. Nowelizacja z 2012 r.⁶¹ wprowadziła możliwość opcjonalnego orzeczenia dożywotniego więzienia połączonego z chłostą za morderstwo nie popełnione z zamiarem bezpośrednim oraz w stosunku do kuriera narkotykowego, który współpracując z organami ścigania ułatwił w sposób znaczący zwalczanie przestępstw narkotykowych lub z powodu istotnej dysfunkcji umysłowej nie był w stanie właściwie ocenić wagi przedsięwziętego działania (w tym ostatnim wypadku nie orzeka się chłosty). W przypadku istotnej współpracy kuriera narkotykowego z organami ścigania możliwość łagodniejszej odpowiedzialności uzależniona jest od wystawienia przez oskarżyciela publicznego specjalnego zaświadczenia stwierdzającego okoliczność takiej współpracy. Kara śmierci pozostaje obligatoryjna za morderstwo popełnione z zamiarem bezpośrednim oraz za przestępstwa z użyciem broni palnej.

Kara więzienia jest podstawową karą polegającą na pozbawieniu sprawcy wolności. Alternatywnie, sądy orzekać mogą osadzenie w centrum leczenia odwykowego (*Drug Rehabilitation Centre*) oraz skierowanie na szkolenia poprawcze w postaci *Corrective Training* lub *Reformatory Training*, a także uwięzienie prewencyjne (*Preventive Detention*)⁶². Prawo singapurskie nie zna instytucji warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności. Warunkowe umorzenie postępowania (*probation*) orzekane jest pra-

stała zamieniona na karę dożywotniego więzienia połączoną z chłostą w wymiarze piętnastu uderzeń różgą. Stało się tak, ponieważ weszła w życie nowelizacja ustawy antynarkotykowej umożliwiająca odstępianie od kary śmierci w przypadku współpracy oskarżonego z organami ścigania skutkującej istotną korzyścią w ściganiu i zwalczaniu przestępczości narkotykowej (<http://theindependent.sg/blog/2013/11/14/drug-mule-yong-vui-kong-escapes-death/>).

⁶⁰ M. H o r, *Death, Drugs, Murders and the Constitution*, (w:) Singapore Academy of Law Conference, Singapur 2006, s. 500–539; M. H o r, *Death Penalty in Singapore and the International Law*, Singapore Year Book of International Law 2004, s. 105–117.

⁶¹ Act 32 of 2012.

⁶² Wybór jednego spośród z tych środków uzależniony jest od priorytetów, jakie sąd uważa za kluczowe w karaniu określonego sprawcy. *Preventive Detention* jest środkiem mającym ściśle na celu prewencję indywidualną i skierowany jest do recydywistów nierokujących nadziei na resocjalizację. Środek ten można orzec w wymiarze od siedmiu do dwudziestu lat, a na wymiar ten nie mają wpływu granice odpowiedzialności za ostatnie przestępstwo będące przedmiotem postępowania (*Sentencing Practice in Subordinate Courts*, Third Edition, vol. I, Singapur 2013, s. 39–40). *Corrective Training* obok prewencji indywidualnej za cel stawia sobie także resocjalizację skazanego. Obok przebiegu, od prostej kary więzienia (*imprisonment*) środek ten różni się warunkami przedterminowego warunkowego zwolnienia. Sprawca odbywający karę więzienia prostego jest uprawniony, pod warunkiem braku istotnych naruszeń dyscypliny więziennej, do przedterminowego zwolnienia po upływie 2/3 orzeczonego wymiaru kary. W przypadku *Corrective Training* skazany jest uwalniany na mocy tzw. licencji, która może jednak zostać odwołana. W takim wypadku będzie on musiał odbyć resztę zasądzonej kary (*ibidem*, s. 35). *Reformatory Training* jest środkiem o charakterze resocjalizacyjnym skierowanym do sprawców w wieku od 14 do 21 lat (*ibidem*, s. 53).

wie wyłącznie wobec sprawców, którzy nie ukończyli 21. roku życia, choć w wyjątkowych wypadkach (w szczególności, jeśli przyczyną popełnienia przestępstwa są zaburzenia psychiczne) zdarza się orzeczenie tego środka wobec sprawców w pełni dojrzałych⁶³. Okres próby w wypadku zastosowania omawianego środka wynosi od 6 miesięcy do 3 lat⁶⁴. W orzeczeniu o zastosowaniu probacji sąd może nałożyć na sprawcę szereg obowiązków, m.in. obowiązek pobytu w określonej instytucji, konsultację ze wskazanym podmiotem, wykonywanie pracy społecznie użytecznej. W ramach omawianego środka rodzice sprawcy mogą zostać obowiązani do złożenia zabezpieczenia finansowego gwarantującego dobre zachowanie ich dziecka⁶⁵.

Zgodnie z danymi Międzynarodowego Centrum Studiów Nad Więziennictwem (*International Centre for Prison Studies*), współczynnik prizonizacji w roku 2014 wynosił w Singapurze 233 osoby na 100 000 mieszkańców⁶⁶. Wskaźnik ów uznać należy za wysoki, ale nie dramatyczny (dla Polski, cieszącej się w Europie reputacją kraju dosyć chętnie pozbawiającego wolności, analogiczny współczynnik wyniósł 210, dla Holandii jedynie 82, a dla Federacji Rosyjskiej aż 470).

Prawo karne Singapuru utrzymuje karę cielesną w postaci chłosty (*caning*). Maksymalny wymiar chłosty orzeczonej w jednym postępowaniu sądowym, niezależnie od ilości popełnionych przestępstw, wynosi 24 uderzenia różgą dla sprawcy pełnoletniego i 10 uderzeń różgą dla sprawcy młodocianego⁶⁷. Chłosty nie wykonuje się na sprawcach skazanych na karę śmierci, sprawcach, których wiek przekracza lat 50, oraz kobietach. Kara ta nigdy nie jest orzekana samodzielnie i zawsze stanowi ona obligatoryjny (jak chociażby przypadku ustawy *Vandalism Act*) lub fakultatywny dodatek do pozbawienia wolności. Tradycyjnie chłosta powiązana była z przestępstwami związanymi z użyciem przemocy oraz mającymi za cel zaspokojenie popędu seksualnego⁶⁸. Ze względu na reputację tej kary jako względnie skutecznego środka odstraszającego, nastąpiła, poprzez interwencje ustawodawcy, jej stopniowa ekspansja poza wskazane kategorie przestępstw. Miało to miejsce w przypadku tych rodzajów przestępczości, które ustawodawca uznawał na różnych etapach za stanowiące szczególnie dotkliwy problem społeczny. Chłosta (połączona z innymi karami) stała się zatem karą obligatoryjną za niektóre czyny związane z działalnością lichwiarską (ściganą na podstawie *Moneylenders Act*), wandalizmem oraz przestępczością narkotykową. Chłosta obok przestępstw może być, na podstawie karnow wykonawczych przepisów Ustawy o Więzieniach (*Prisons*

⁶³ Sentencing Practice..., s. 60–64.

⁶⁴ Probation of Offenders Act, sekcja 5(1).

⁶⁵ Sentencing Practice..., s. 65–66.

⁶⁶ [Http://www.prisonstudies.org/](http://www.prisonstudies.org/).

⁶⁷ Criminal Procedure Code, sekcja 328(1).

⁶⁸ Sentencing Practice..., s. 43–44.

Act), orzekana także w stosunku do osób pozbawionych wolności za najpoważniejsze przekroczenia skierowane przeciwko dyscyplinie więziennej.

Karę chłosty wykonuje się ratanową różgą o długości ok. 1,2 m i przekroju ok. 1,3 cm. Przed wykonaniem kary różga nasączana jest wodą, co nadaje jej sprężystość. Po unieruchomieniu skazanego przy pomocy specjalnej ramy uderzenia są wymierzane na jego gołe pośladki przez przeszkolonego w tym celu pracownika Służby Więziennej. Tak wykonywana chłosta wiąże się każdorazowo z otwartymi ranami, a także z niezwykle dotkliwym bólem nie tylko w trakcie wykonywania kary, ale również po jej wykonaniu. Przez okres do dwóch miesięcy u skazanego poważnie utrudnione jest siadanie, leżenie na plecach, a nawet załatwianie potrzeb fizjologicznych⁶⁹.

Przepisy szczególne

Sposób ujęcia znamion najważniejszych przestępstw unormowanych w kodeksie singapurskim silnie nawiązuje do koncepcji wypracowanych przez angielskie *Common Law*. Zabójstwo podzielić można na morderstwo (które polega na zabiciu człowieka z zamiarem bezpośrednim lub zasadniczo jakąś formą zawinienia korespondującą z zamiarem ewentualnym) karane śmiercią lub dożywotnim więzieniem obostrzonym chłostą oraz zabójstwo nierównoznaczne z morderstwem (*homicide not amounting to murder*) obejmujące nieumyślne spowodowanie śmierci, przekroczenie granic obrony koniecznej skutkujące śmiercią, a także zabicie w warunkach ograniczonej poczytalności. Podział ten jest wyraźnie zakorzeniony w angielskim rozróżnieniu między *murder* i *manslaughter*⁷⁰. Podobnie ma się rzecz ze znamionami zgwałcenia, do których należy brak zgody pokrzywdzonej, co stanowi rozwiązanie typowe dla kręgu kultury prawnej *Common Law*⁷¹. Jediną cechą, która w istotny sposób odróżnia przepisy szczególne kodeksu singapurskiego od analogicznych przepisów spotykanych w innych systemach opartych na prawie anglosaskim, jest dużo większa represyjność przewidzianych za poszczególne czyny sankcji karnych.

Postulaty *de lege ferenda*

Od pewnego czasu podnoszone są wśród doktryny głosy o archaicznym charakterze obowiązującego kodeksu i związanej z tym potrzebie uchwalenia

⁶⁹ G. Baratham, *The Caning of Michael Fay*, Delhi 1994, s. 103–120.

⁷⁰ V. Ramraj, *Murder without an Intention to Kill*, *Singapore Journal of Legal Studies* 2000, s. 560–570; S. Yeo, *Fault in Homicide: Towards a Schematic Approach to the Fault Elements of Murder and Involuntary Manslaughter in England, Australia and India*, Sydney 1997, s. 136.

⁷¹ Sekcja 375 kodeksu stanowi, iż zgwałcenia dopuszcza się ten, kto „penetruje waginę kobiety bez jej zgody lub za jej zgodą albo bez niej, gdy nie ukończyła ona 14. roku życia”.

nowego, zawierającego w szczególności uporządkowaną część ogólną przypominającą regulacje współczesne i definiującą w sposób bardziej precyzyjny ogólne zasady odpowiedzialności karnej. Szczególnie aktywnym propagatorem takiego rozwiązania jest profesor Stanley Yeo z Narodowego Uniwersytetu Singapuru⁷². Wśród wad obecnego kodeksu wylicza się w szczególności szereg niespójności pojęciowych związanych z pojęciami czynu, związku przyczynowego, winy czy też anormalnych stanów psychicznych sprawcy czynu zabronionego⁷³. Owocem wieloletnich badań doktryny prawa karnego nad tym zagadnieniem jest wydana w ubiegłym roku książka pt. „Criminal Law for the 21st Century – A Model Code for Singapore” współautorstwa profesorów S. Yeo, Chang Wing Cheonga i M. Hor Meng Yanga. Zawiera ona propozycję nowego kodeksu karnego opartego w całości o obecną regulację i wydane na jej podstawie orzecznictwo sądowe, a zarazem zawierającego postulowaną nową część ogólną porządkującą wszelkie kwestie będące przedmiotem niejasności. Trudno w tej chwili orzec, jak daleko idące zainteresowanie czynników politycznych wzbudzi ta publikacja. Ostatnia kompleksowa nowelizacja kodeksu z października 2007 r. koncentrowała się na kwestiach związanych ściśle ze sferą polityki kryminalnej⁷⁴. Stąd też trudno na obecnym etapie, co przyznają sami autorzy propozycji legislacyjnych, mówić o głębszym zainteresowaniu legislatywy problematyką elementów konstrukcyjnych prawa karnego.

Filozofia penalna i realia kryminologiczne Singapuru

Rzucającą się w oczy cechą prawa karnego Singapuru jest daleko posunięty punitywizm. Taka polityka karna oparta jest o specyficznie pojmowany utilitaryzm, w ramach którego względy politycznokryminalne, przede wszystkim w postaci prewencji szczególnej i ogólnej, uzyskują pierwszeństwo przed zasadą humanitarną⁷⁵. Z wypowiedzi zmarłego w tym roku, wieloletniego premiera Singapuru, a zarazem twórcy państwowości singapurskiej, Lee Kwan Yew, wprost wynika zakorzenienie takiej polityki kryminalnej

⁷² S. Yeo, *Revitalising...*, s. 11–17; tenże, *A Penal Code's...*, s. 116–120.

⁷³ S. Yeo, *ibidem*; trzeba przy tym zauważyć, że S. Yeo zarysowuje dosyć daleko idące oczekiwania co do poziomu precyzji nowej regulacji, postulując m.in. ustawowe zdefiniowanie związku przyczynowego.

⁷⁴ Penal Code (Amendment) Act 2007 (No. 51 of 2007).

⁷⁵ M. Hor, *Singapore's Innovations to Due Process*, referat wygłoszony na Konferencji o prawach człowieka i stosowaniu prawa karnego Międzynarodowego Stowarzyszenia na Rzecz Reformy Prawa Karnego, Johannesburg 2000; A. Low, *Shanmugam rebuts penal system critic*, „Straits Times” z dnia 20 stycznia 2009 r.; T h a m Y u e n, *Mandatory sentences needed for deterrence*, „Straits Times” z dnia 15 listopad 2012 r.; S. M o o r t h y, *Moral Populism v Paternalism – a Legislator's Dilemma*, *Singapore Law Review* 1999, s. 219–153.

w kolektywistycznym, konfucjańskim systemie wartości⁷⁶. Nie oznacza to bynajmniej, że sądy singapurskie nie praktykują humanitaryzmu w ogóle, jednakowoż akcenty w tym względzie są rozłożone wyraźnie inaczej niż chociażby w prawie europejskim. Jedną z racjonalizacji owego punitywizmu jest także wielokulturowy charakter Singapuru, czyniący zadanie kontroli przestępczości szczególnie utrudnionym⁷⁷. Nie należy przewidywać istotnej liberalizacji polityki kryminalnej Singapuru, wszak rodziłoby to obawę klasy politycznej dotyczące wzrostu przestępczości, stąd też kroki liberalizacyjne, jeśli nawet do nich dochodzi, mają zarazem charakter niebywale ostrożny⁷⁸. Niska przestępczość jest jedną z głównych form legitymizacji Partii Akcji Ludowej (*People's Action Party*) rządzącej tym krajem nieprzerwanie od 50 lat, a obawa przed jej osłabieniem stanowi dla owej partii bodziec zdecydowanie silniejszy od presji niektórych ośrodków opinii międzynarodowej⁷⁹.

Struktura przestępczości w Singapurze jest silnie uwarunkowana czynnikami kulturowymi, przede wszystkim zaś dominacją ludności chińskiej. Stąd też rozmiary plagi społecznej przyjmuje na przykład przestępczość związana z nielegalną działalnością pożyczkową (lichwą)⁸⁰. Bardzo istotną rolę pełnią też przestępstwa związane z nielegalnym hazardem. Patologią społeczną niemalże natomiast niespotykaną w Singapurze jest powszechny w Europie środkowo-wschodniej alkoholizm⁸¹. Za ogromny procent skazań na karę więzienia odpowiadają przestępstwa narkotykowe⁸², co wynika jednak nie tyle z szerzącej się narkomanii, co z wyjątkowo proaktywnej polityki antynarkotykowej, obejmującej ściganie samej konsumpcji narkotyków (do której udowodnienia nie rzadko stosuje się obowiązkowe testy na obecność narkotyków w moczu).

Przestępczość w Singapurze jest niewątpliwie niska⁸³. Nie da się jednak najprawdopodobniej w sposób naukowo rzetelny ocenić, jaki udział w osiągnię-

⁷⁶ Lee Kwan Yew, (w:) *The Papers of Lee Kwan Yew: Speeches, Interviews and Dialogues*, vol. 13: 1997–1999, Singapur 2013, s. 457.

⁷⁷ Chan Sek Keong, *Cultural Issues and Crime*, Singapore Academy of Law Journal 2000, nr 12, s. 7.

⁷⁸ Należy jednakowoż odnotować dramatyczny spadek ilości orzekanych i wykonywanych kar śmierci, co wynika po części ze spadku przestępczości, a po części ze zmian legislacyjnych ograniczających orzekanie tej kary (F. Low, T h a m Y u e n, Fewer criminals sent to the gallows, „Straits Times” z dnia 1 marca 2012 r.).

⁷⁹ G. Hughes, *Understanding Crime Prevention*, Berkshire 1998, s. 145–146.

⁸⁰ Wobec ogólnej liczby 29 668 przestępstw zarejestrowanych w statystykach policyjnych w 2013 r., 7052 były przestępstwami związanymi z działalnością lichwiarską (<http://www.spf.gov.sg/stats/stats2013.htm>, dostęp w dniu 5 czerwca 2013 r.).

⁸¹ G. Count-van Manen, *A Deviant Case of Deviance – Singapore*, Law & Society Review 1971, vol. 5, no. 3, s. 389–406.

⁸² W roku 2012 ponad 70% osób pozbawionych wolności stanowili sprawcy przestępstw narkotykowych (podano za: Singapore Prison Service News Release 2013, s. 5; <http://www.sps.gov.sg/>).

⁸³ S. Harrendorf, M. Heiskanen, S. Malby, *International Statistics on Crime and Justice*, Helsinki 2009, s. 36–85.

ciu tego rezultatu ma represyjna polityka karna, a jaki inne czynniki, przede wszystkim niebywale racjonalna polityka edukacyjna, wysoki stopień rozwoju ekonomicznego połączony z niskim bezrobociem czy też logistyczna łatwość w kontroli przestępczości wynikająca z zamknięcia owego zjawiska społecznego w warunkach państwa-miasta. Stworzenie chociażby przyczynku do badań nad wskazanym problemem wymagałoby zresztą osobnego, raczej obszernego opracowania. Tym niemniej prawo karne Singapuru pozostaje niezwykle od strony poznawczej interesującym przykładem połączenia tradycji anglosaskiego *Common Law* z filozofią społeczną wyrastającą z chińskiej filozofii konfucjanizmu.

Sam kodeks jest, na gruncie teoretycznoprawnym, przykładem daleko posuniętej konwergencji filozofii *Common Law* i *Civil Law*, a uznać go wręcz należy za historyczny kamień milowy w ramach tego procesu. Dość powiedzieć, że choć Singapur uznaje się powszechnie za państwo należące do rodziny *Common Law*, tak ważna instytucja prawa karnego jak kontraktyp zgody pokrzywdzonego doczekała się tam już przeszło 150 lat temu kazuistycznej kodyfikacji, podczas gdy w Polsce i wielu innych krajach prawa kontynentalnego kontraktyp ten pozostaje faktycznie domeną specyficznego prawa precedensowego⁸⁴.

Penal Code of Singapore

Abstract

This study explores the Penal Code of the Republic of Singapore. It includes a discussion of the history of the Code, the institutions of its General Part and a description of penalties imposed pursuant to the Code. The discussion is anchored in historical, cultural, ideological, and criminological realities of Singapore. Criminal law of Singapore is an interesting example of an interaction between achievements of the Common Law legal culture and the conservative and collectivistic culture of the Far East. The resulting penal philosophy combines fervent adherence to the rule of law with a penal axiology that largely differs from the views adopted in that respect in western countries.

⁸⁴ Jeśli pozwolić sobie można przy okazji na przedstawienie zarysu opinii własnej w tym względzie, to wskazać należałoby, że istnieje na gruncie polskim możliwość uznania zgody pokrzywdzonego za kontraktyp ustawowy. Możliwość takiej dostarcza wyrażona w Kodeksie cywilnym zasada swobody umów obejmująca wszelkie stosunki zobowiązaniowe zgodne z prawem i zasadami współżycia społecznego. Rozwiązanie takie wydaje się, szczególnie pod kątem zasady *lege certa*, dużo zdrowsze od popieranej przez większość doktryny koncepcji zgody pokrzywdzonego jako kontraktypu pozaustawowego. Proponowana koncepcja nie uchyla jednak konieczności czynienia daleko posuniętych zabiegów interpretacyjnych mających na celu odtworzenie zakresu przedmiotowego tego kontraktypu, stąd też usprawiedliwione pozostaje spostrzeżenie, że kontraktyp zgody pokrzywdzonego stanowi w warunkach polskich specyficzne *Common Law* w ramach *Civil Law*.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Mikołaj Grzesik

Funkcjonowanie art. 17 § 1 punkty 1–4 oraz art. 322 k.p.k. w praktyce prokuratorskiej

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są wybrane, najbardziej kontrowersyjne zagadnienia związane z wykładnią i stosowaniem wskazanych w art. 17 k.p.k. negatywnych, materialnych przesłanek procesowych. Opracowanie stanowi pogłębioną analizę dogmatyczną wspomnianych przepisów wraz z omówieniem najczęściej występujących problemów praktycznych. Zawiera również propozycje ich rozwiązań wraz z przykładami i szeroką argumentacją przemawiającą za słusznością rekomendowanego stanowiska popartą dorobkiem literatury i judykatury. Artykuł skierowany jest głównie do praktyków stających na co dzień przed problemem doboru prawidłowej podstawy i przyczyny zakończenia postępowania przygotowawczego.

Wstęp

W praktyce wymiaru sprawiedliwości, a zwłaszcza w praktyce policyjnej, prokuratorskiej i innych organów postępowania przygotowawczego na co dzień, istnieje konieczność doboru prawidłowej podstawy prawnej i przyczyny zakończenia postępowania na potrzeby sformułowania decyzji procesowej. Nie zawsze jest to czynność łatwa zwłaszcza przy skomplikowanym lub wątpliwym stanie faktycznym czy procesowym. Źródłem wątpliwości jest jednak nie tylko różnorodność sytuacji życiowych, z jakimi spotykają się organy ścigania, ale również, a może przede wszystkim, niejednolita wykład-

nia i rozumienie odpowiednich przepisów prawa. Największe kontrowersje i dyskusje wśród praktyków budzi zagadnienie materialnych negatywnych przesłanek procesowych zakończenia postępowania przygotowawczego. Nie poświęca się jednak temu problemowi zbyt dużo uwagi zarówno w orzecznictwie, jak i wypowiedziach doktryny. Problem ten jest bagatelizowany ze względu na niewielki wpływ nieprawidłowości na słuszność końcowych rozstrzygnięć. Niemniej, nie ulega wątpliwości, że prawidłowy dobór podstaw prawnych i przyczyn umorzenia jest nie tylko obligatoryjnym elementem każdej poprawnie skonstruowanej decyzji procesowej, ale również jest wymogiem stawianym przez profesjonalistów stosujących prawo. Ponadto, jak postaram się udowodnić, zagadnienie to ma istotne znaczenie praktyczne.

Niniejsze opracowanie stanowi więc próbę zmierzenia się z wyżej zasygnalizowanym problemem. Zawiera propozycję rozstrzygnięcia wielu kontrowersji wraz z argumentacją i przykładami na poparcie konkretnego stanowiska. Ma ono również na celu zwrócenie uwagi nie tylko na teoretyczne aspekty stosowania przepisów prawa, ale ma pokazać, że poruszane w artykule zagadnienia mają praktyczne i istotne znaczenie. Ze względu na rozmiary opracowania jego przedmiotem będą jedynie wybrane, najbardziej sporne zagadnienia procesowe, w tym m.in. odnoszące się do stosunków zakresowych pomiędzy wskazanymi w art. 17 § 1 punkty 1–4 k.p.k. oraz art. 322 k.p.k. przyczynami umorzenia.

1. Artykuł 17 k.p.k.

Jak wspomniano na wstępie, przedmiotem analizy nie będzie cały art. 17 § 1 k.p.k., ale zagadnienia najbardziej sporne, a dotyczące przede wszystkim stosunków zakresowych pomiędzy wskazanymi w kolejnych punktach wspomnianego przepisu tzw. materialnymi negatywnymi przesłankami postępowania¹. Nie będą poruszane natomiast istotne, choć wydaje się rozstrzygnięte w doktrynie i orzecznictwie, problemy dotyczące zbiegu formalnych i materialnych przyczyn odmowy wszczęcia i umorzenia postępowania oraz szczegółowych zagadnień dotyczących przyczyn formalnych wskazanych w punktach od 5 do 11 k.p.k.

1.1. Budowa art. 17 § 1 k.p.k.

Z analizy interesującej nas części przepisu (obejmującej punkty 1–4) wynika, że ustawodawca w sposób bezpośredni nawiązał w podziale material-

¹ Szerzej w zakresie podziału przesłanek procesowych zob. m.in. M. Kurowski, K. Eichstaedt, B. Augustyniak, D. Świecki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 17 k.p.k., LEX Polonica.

nych negatywnych przesłanek procesowych do struktury przestępstwa. Kolejne przesłanki począwszy od punktu 1 dotyczą:

- czynu w rozumieniu w prawa karnego,
- znamion czynu zabronionego (karalności) oraz niektórych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną, tj. kontratypów oraz okoliczności wyłączających winę,
- społecznej szkodliwości (karygodności),
- oraz okoliczności wyłączających karalność czynu zabronionego.

Pozornie pominięty został inny podstawowy element struktury przestępstwa, tj. bezprawność, rozumiana jako sprzeczność zachowania z normą sankcjonowaną. Przyczyna uregulowana w punkcie 2 *in fine* analizowanego przepisu nie obejmuje bowiem wszystkich sytuacji braku bezprawności czynu, a dotyczy jedynie kontratypów, czyli wtórnego wyłączenia bezprawności na skutek wyjątkowych okoliczności (np. obrona konieczna, stan wyższej konieczności). Pozostaje więc problem umiejscowienia sytuacji tzw. pierwotnego braku bezprawności czynu w katalogu z art. 17 k.p.k. Wspomniane zagadnienie zostanie omówione w dalszej części opracowania.

W kontekście powyższego widać, że struktura przepisu art. 17 jest przemyślana, choć konkretne przepisy nie zawsze zostały fortunnie sformułowane, co może budzić i budzi w praktyce różnorodne wątpliwości. Przyjmując jednak powyższe założenie, struktura przepisu jest logiczna i konsekwentna, a stosunki zakresowe pomiędzy hipotezami norm z nich wynikających są rozłączne i nigdy się nie krzyżują. Nie może więc dojść do krzyżowania się zakresów logicznych przesłanek materialnych, bowiem zawsze tylko jedna z nich będzie tą właściwą².

Ze struktury przepisu wynika jeszcze jedna ważna konsekwencja, mianowicie taka, że zawsze w przypadku zbiegu materialnych przesłanek procesowych wskazanych w art. 17 § 1 punkty 1–4 k.p.k. prawidłową przesłanką zakończenia postępowania jest najdalej idąca z nich, oczywiście, jeżeli na jej stwierdzenie pozwalają zebrane dowody. Przykładowo, jeżeli ustalono, że czynu w ogóle nie popełniono, przyczyną umorzenia postępowania nie może być brak znamion czynu zabronionego. Jeżeli brak jest realizacji znamion, nie może dojść do umorzenia postępowania ze względu na znikomą społeczną szkodliwość czynu itd. Innymi słowy, analizę istnienia negatywnych przesłanek postępowania przy prawidłowo ustalonych i kompletnych okolicznościach faktycznych należy zawsze rozpoczynać od punktu 1³. Je-

² Oczywiście przy kompletnych i prawidłowych ustaleniach faktycznych. Inne sytuacje zostaną omówione w dalszej części opracowania.

³ K. Klugiewicz (red.), D. Kala, A. Kiełtyka, D. Kuberski i in., Zbiór orzeczeń z zakresu prawa karnego procesowego wraz z komentarzem. Postępowanie przygotowawcze. Czynności sądu w tym postępowaniu. Środki przymusu. Casebook, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2012, s. 20–21.

żeli przy takiej analizie stwierdzimy jakąkolwiek negatywną przesłankę procesową, sięganie do następnej jest błędne i zbędne. Sprawa się komplikuje w momencie trudności procesowych związanych z brakiem dowodów lub niemożliwością rekonstrukcji stanu faktycznego. Problemy z tym związane omówione zostaną w dalszej części opracowania.

Niestety, w praktyce omówione podejście do wykładni art. 17 k.p.k. nie jest powszechne, a z pewnością nie jest konsekwentnie stosowane. Ostre rozłączne podziały logiczne zacierają się i tworzą niejasny – również dla stron procesowych – obraz decyzji procesowej.

Przesłanki wskazane w art. 17 k.p.k. są aktualne na każdym etapie postępowania zarówno w fazie postępowania sprawdzającego (przed wszczęciem postępowania), jak i po jego wszczęciu, i to zarówno w fazie *in rem*, jak też w fazie *in personam*. Znajdują one również zastosowanie na mocy odeśnięcia z art. 414 k.p.k. w przypadku zakończenia postępowania sądowego.

1.2. Artykuł 17 § 1 pkt 1 k.p.k.

Stosowanie pierwszej z przesłanek zakończenia postępowania budzi najwięcej wątpliwości praktycznych. Przesłanka ta jest również często nadużywana przez organy ją stosujące. Jak wspomniano jej przedmiotem jest czyn w rozumieniu prawa karnego materialnego jako podstawowy element bez którego analiza karnoprawna nie ma w ogóle sensu⁴. Rozważania dotyczące wspomnianej przesłanki należy więc rozpocząć od zagadnienia czym jest w ogóle czyn w rozumieniu tego przepisu. Jak wspomniano w poprzedniej części artykułu budowa przepisu w sposób bezpośredni nawiązuje do materialnoprawnej struktury przestępstwa. Z tego powodu brak jest jakichkolwiek argumentów przemawiających za nadawaniem terminowi „czyn” innego znaczenia niż to, jakie obowiązuje w prawie karnym materialnym, zwłaszcza mając na uwadze służebną rolę prawa procesowego względem prawa materialnego⁵. Takie stanowisko nie rozwiązuje jednak problemu, albowiem w nauce prawa karnego materialnego obowiązują różne koncepcje czynu⁶. Przyjmując jednak jego najbardziej powszechne rozumienie jako uzewnętrznione zachowanie się człowieka, które charakteryzuje się zdolnością dopasowania ruchów do potrzeb realizacji wyobrazonego celu, i to za-

⁴ Tak również M. Kurowski, K. Eichstaedt, B. Augustyniak, D. Świecki, Kodeks..., LEX Polonica.

⁵ Za takim rozumieniem czynu opowiada się m.in. R. A. Stefański, Podstawy i przyczyny umorzenia postępowania, Prokuratura i Prawo 1996 nr 2–3, s. 12–13, należy jednak przyznać, że k.k. niekonsekwentnie posługuje się pojęciem czynu, używając zamiennie pojęcia „zachowanie”; por. P. Kardas, Zbieg przepisów w prawie karnym. Analiza teoretyczna, LEX 2011, s. 55 i 77–85.

⁶ Inne koncepcje rozumienia czynu oraz wątpliwości i kontrowersje związane ze znaczeniem tego pojęcia szeroko omawia P. Kardas, *ibidem*, s. 55 i 77–85, powołując liczną literaturę przedmiotu.

równy w formie działania, jak i zaniechania⁷, uznać należy, że czynem jest zdarzenie faktyczne obejmujące tak opisane zachowanie konkretnego człowieka lub grupy ludzi⁸. W tym miejscu należy więc podzielić stanowisko P. Kardasa, że „czyn” w rozumieniu m.in. przepisu art. 17 k.p.k. (ale także art. 18, art. 332 § 1 pkt 2 i art. 399 § 1 k.p.k.) to „obiekt, zdarzenie historyczne, przedmiot wartościowania, do którego odnoszone są zakodowane w ustawie kryteria przestępczości”, które to pojęcie jednak – jak trafnie wskazuje autor – nie jest pozbawione elementu normatywnego, albowiem służy nie tylko określeniu obiektu wartościowania, ale również obejmuje zbiorcze określenie kryteriów, jakie musi spełniać ów obiekt, by stanowić podstawę odpowiedzialności karnej⁹. W doktrynie, z powodu trudności definicyjnych, często stosuje się definicję negatywną czynu, wskazującą, jakie konkretne cechy zachowania uniemożliwiają uznanie go za czyn. Takimi okolicznościami są m.in. ruchy refleksyjne (np. odruchy bezwarunkowe, odruchy wywołane stanami patologicznymi, np. atak epileptyczny), przymus fizyczny (*vis absoluta*), przyczyny fizjologiczne (np. skrajne zmęczenie, urazy) lub techniczne (brak odpowiednich narzędzi)¹⁰. Określenie zachowania człowieka jako czynu jest jego karnoprawnym wstępnym wartościowaniem¹¹.

Tak ustalona definicja czynu nie rozwiązuje jednak problemów interpretacyjnych związanych ze stosowaniem art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. Pozostaje bowiem wątpliwość, czy tak rozumiany czyn ma być relatywizowany do zachowania konkretnej osoby, czy też do samej okoliczności zaistnienia czynu. Część autorów rozumie czyn szeroko i obejmuje nim zarówno czyn jako zdarzenie faktyczne, jak i czyn konkretnej osoby¹². Według tego stanowiska czynu nie popełniono zarówno wtedy, gdy czyn jako zdarzenie nie zaistniał, jak i wtedy, gdy to konkretna osoba, przeciwko której toczy się postępowanie, go nie popełniła. Odmienne stanowisko relatywizuje czyn tylko do zdarzenia faktycznego, a sytuacje niepopelnienia czynu przez konkretną osobę uważa za podstawę do stosowania art. 322 k.p.k.¹³. Drugie ze stanowisk wydaje się bardziej uzasadnione nie tylko ze względu na omówiony w dalszej części opracowania zakres stosowania przepisu art. 322 k.p.k., ale

⁷ Por. m.in. A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski i in., Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2007, s. 24.

⁸ Tak również P. Kardas, Zbieg..., s. 72.

⁹ *Ibidem*, s. 85.

¹⁰ A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), G. Bogdan i in., Kodeks..., s. 24–25.

¹¹ Tak też w odniesieniu do pojęcia „czynu” w rozumieniu prawa procesowego P. Kardas, Zbieg..., s. 71.

¹² Tak m.in.: S. Waltoś, Proces karny. Zarys systemu, Warszawa 2003, s. 447–448; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2011, t. I, s. 178.

¹³ Tak m.in.: R. A. Stefański, Podstawy..., s. 12–13; M. Kurowski, K. Eichstaedt, B. Augustyniak, D. Świecki, Kodeks..., LEX Polonica.

również dlatego, że szerokie rozumienie czynu prowadziłoby do zamieszczenia terminologicznego, a użycie tego określenia w sentencji decyzji procesowej budziłoby wątpliwości co do zakresu tego pojęcia. Tym samym, w przypadku postanowienia o umorzeniu postępowania w fazie *in personam* użycie słowa „czyn” w przyczynie umorzenia wskazanej w art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. byłoby niejasne i pozostawiałoby wątpliwości, czy chodzi o to, że czyn w ogóle nie zaistniał, czy o to, że czynu objętego postanowieniem o przedstawieniu zarzutów podejrzany nie popełnił, ale sam czyn jako zdarzenie faktyczne zaistniał lub mógł zaistnieć. Ponadto, ustawa w art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. nie daje podstaw do odnoszenia pojęcia czynu do zachowania konkretnej osoby i to bez względu na etap postępowania – w przeciwieństwie np. do art. 17 § 1 pkt 7 k.p.k., gdzie jest już mowa o tym samym czynie tej samej osoby. Przedmiotem postępowania nie jest bowiem czyn konkretnej osoby, ale czyn w sensie obiektywnym i nie zmienia tego okoliczność ani postawienia konkretnej osobie zarzutów, ani nawet skierowanie aktu oskarżenia, mogą być one przecież skierowane przeciwko osobie, która czynu rozumianego jako zdarzenie faktyczne nigdy nie popełniła, a zainteresowanie konkretną osobą było błędem, choćby niezawinionym, organów ścigania. Podkreślić również należy, że przedmiot postępowania determinowany jest już na etapie zawiadomienia o przestępstwie lub najpóźniej w momencie wszczęcia postępowania, kiedy rzadko jasne jest, kto jest niewątpliwym sprawcą czynu. Z powyższych względów w niniejszym opracowaniu rekomendowane będzie jako bardziej uzasadnione, konsekwentne i czytelne drugie z zaprezentowanych stanowisk. Równocześnie podkreślić należy, iż różnica w poglądach, choć istotna, nie wpływa znacząco na stosowanie przesłanek wskazanych w art. 17 k.p.k. Różnice w stosowaniu można zauważyć jedynie w fazie *in personam*, kiedy zwolennicy pierwszego ze stanowisk czyn będą relatywizować do zachowania podejrzanego, a tym samym stosować przesłankę wskazaną w art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k., podczas gdy zwolennicy przeciwnego poglądu stosować będą art. 322 k.p.k. W fazie *in rem* odmienność poglądów będzie irrelevantna.

Po ustaleniu definicji czynu w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. zwrócić należy jeszcze uwagę na budowę wspomnianego przepisu. Składa się on z dwóch powiązanych ze sobą części. Pierwsza część dotyczy sytuacji, gdy na podstawie zebranych dowodów można stwierdzić, że czynu w ogóle nie popełniono, druga natomiast, gdy brak jest danych (dowodów) dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia. Tak naprawdę mamy więc do czynienia z dwoma osobnymi i niezależnymi negatywnymi przesłankami procesowymi, które choć pozostają w bliskiej relacji (dotyczą czynu), obejmują inne sytuacje faktyczne. Przed przystąpieniem do poszerzonej analizy wskazanych przesłanek wskazać jeszcze należy, iż zaimek „jego” w drugiej części zdania odnosi się do „czynu”, o którym mowa w jego pierwszej części.

Budowa przepisu w tym zakresie nie pozostawia żadnych wątpliwości. W tym kontekście nieprawidłowa jest więc nierzadka praktyka wskazywania jako przesłanki zakończenia postępowania „braku danych dostatecznie uzasadniających popełnienie przestępstwa”. Przesłanka taka nie istnieje i z pewnością nie wynika z art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. Nadto, nawet gdyby istniała, nie wskazywałaby żadnych konkretnych przyczyn zakończenia postępowania, albowiem stwierdzenie braku przestępstwa jest skutkiem, a nie przyczyną zaistnienia różnorodnych okoliczności dekompletujących strukturę przestępstwa (pierwotnych przyczyn zakończenia postępowania). Powyższe dotyczy również występującej czasami w praktyce przesłanki „braku danych dostatecznie uzasadniających popełnienie czynu zabronionego”. W punkcie 1 ustawodawca nie kwalifikuje czynu jako zabronionego, robi to dopiero w punkcie 2. O czynie więc, o którym mowa w pkt 1, mówimy nie tylko wtedy, gdy jest czynem zabronionym. Opisana praktyka pozostaje więc w sprzeczności z brzmieniem przepisu, stanowi ponadto nieakceptowalne mieszanie fundamentalnych pojęć prawa karnego, tj. czynu, przestępstwa i czynu zabronionego. Jest to wyrazem nieścisłości terminologicznej, która wśród profesjonalnych podmiotów stosujących prawo nie powinna występować¹⁴.

Przechodząc do meritum rozważań, wskazać należy, że pierwsza część przepisu może być podstawą decyzji kończącej postępowanie jedynie wówczas, gdy poczyniono pewne, niebudzące wątpliwości ustalenia faktyczne, z których wynika albo że jakieś zachowanie człowieka miało miejsce, ale nie jest ono czynem w rozumieniu prawa karnego ze względu na występowanie cech negatywnych, albo zdarzenia w ogóle nie było¹⁵. Tej ostatniej sytuacji nie można wykluczyć, albowiem nierzadko w praktyce organów ścigania zdarza się, że przedmiotem postępowania jest zdarzenie faktyczne opisywane w zawiadomieniu o przestępstwie, podczas gdy okazuje się, że nigdy nie miało ono miejsca. Dla przykładu: można wskazać osobę, która zawiadamia o kradzieży auta, a następnie drugiego dnia orientuje się, że zostawiła je w innym niż zazwyczaj miejscu i była przekonana o kradzieży, do której jednak w rzeczywistości nigdy nie doszło. Druga część przepisu dotyczy natomiast sytuacji, gdy zebrane dane¹⁶ nie pozwalają na ustalenie, czy do konkretnego zdarzenia w ogóle doszło i czy stanowiło ono czyn w rozumieniu prawa karnego. Dotyczy to więc sytuacji procesowej, kiedy nie posiadamy żadnych możliwości dowodowych weryfikacji informacji o rzekomym zda-

¹⁴ Podobnie R. A. Stefański, *Przyczyny...*, s. 13.

¹⁵ M. Kurowski, K. Eichstaedt, B. Augustyniak, D. Świecki, *Kodeks...*, LEX Polonica.

¹⁶ Ustawodawca posługuje się określeniem „dane”, albowiem materiały zebrane w toku czynności sprawdzających w ogromnej większości nie są dowodami w rozumieniu prawa procesowego, a negatywna przesłanka procesowa może przecież dotyczyć również zakończenia postępowania jeszcze przed wszczęciem postępowania.

rzeniu lub dotychczas zebrane dane nie pozwalają przesądzić, że rzeczywiście do zdarzenia doszło lub czy stanowiło ono czyn w rozumieniu prawa karnego. Popęlnienia czynu jednak nie można wykluczyć ze względu na brak lub skąpość danych. Dla zastosowania analizowanej negatywnej przesłanki procesowej konieczne jest więc wyczerpanie możliwości dowodowych, bowiem tylko taka sytuacja uzasadnia przyjęcie braku dostatecznych danych. Nie jest możliwe stwierdzenie braku dostatecznych danych uzasadniających popełnienie czynu, jeżeli w dyspozycji organów ścigania pozostają środki dowodowe pozwalające rozwiać wątpliwości i wyjaśnić, czy rzeczywiście do zdarzenia doszło, czy też nie, ale z których z jakichś względów nie skorzystano. Stosowanie tej przyczyny zakończenia postępowania nie jest również możliwe w sytuacji, gdy z inicjatywą dowodową występuje strona postępowania, oczywiście w przypadku, gdy jej wniosek dowodowy nie podlega oddaleniu z przyczyn wskazanych w art. 170 k.p.k. Z tego powodu ze szczególną ostrożnością należy stosować wspomnianą negatywną przesłankę procesową na etapie postępowania sprawdzającego, kiedy co do zasady, z nielicznymi wyjątkami, nie przeprowadza się żadnego postępowania dowodowego. Możliwości takiej jednak nie można wykluczyć nie tylko ze względu na brzmienie ustawy, która zezwala na stosowanie tej przesłanki na każdym etapie, ale również ze względu na bogactwo możliwych stanów faktycznych. W praktyce przesłanka ta powinna być stosowana w dwóch przypadkach. Po pierwsze, gdy już na etapie postępowania sprawdzającego stwierdzono brak możliwości dowodowych pozwalających na weryfikację uzyskanych informacji, po drugie, w sytuacji, gdy dokonane czynności (np. rozpytanie) – choć nie są czynnościami dowodowymi – poddają w wątpliwość zaistnienie zdarzenia, jakkolwiek go nie wykluczają, a przeprowadzenie czynności procesowych jest w ocenie prowadzącego postępowanie z różnych przyczyn zbędne (np. w czasie rozpytania świadkowie mówią, że nie widzieli dokładnie zdarzenia lub z różnych przyczyn go nie pamiętają, dokonano nieprocesowych oględzin miejsca, które wykluczają zaistnienie zdarzenia itd.). Przykładem zastosowania tej przesłanki na etapie przed wszczęciem postępowania może być zawiadomienie o przestępstwie kierowania gróźb karalnych, z którego treści wynika, że do rozmowy między pokrzywdzonym a rzekomym sprawcą doszło w cztery oczy, bez udziału żadnych świadków. W tym przypadku bowiem nie ma żadnych możliwości dowodowych weryfikacji prawdziwości zawiadomienia pokrzywdzonego, oczywiście, jeżeli pominiemy mało prawdopodobne, choć wcale nierzadkie, sytuacje nagrania rozmowy. W takiej sytuacji organy ścigania dysponują dowodem w postaci zeznań pokrzywdzonego, którego *a priori* nie można automatycznie bez powodu odrzucić i który podlega ocenie z punktu widzenia wiarygodności i mocy dowodowej¹⁷, co

¹⁷ Na problemy związane z wiarygodnością zeznań świadka – pokrzywdzonego zwraca uwagę

jednakże nie wystarcza zazwyczaj dla zbudowania przekonującej i pozbawionej wątpliwości tezy oskarżenia. Należy mieć więc na uwadze fakt, że brak poparcia wspomnianego osobowego źródła dowodowego jakimkolwiek innym dowodem – choćby również osobowym lub choćby pośrednim – sprawia, że również te zeznania stanowią słabą podstawę oskarżenia. Dowód ten zazwyczaj bowiem nie wystarczy na postawienie komukolwiek zarzutów czy skierowanie aktu oskarżenia¹⁸. W takich przypadkach najlepszym rozwiązaniem jest przyjęcie w sentencji postanowienia przyczyny – „braku danych dostatecznie uzasadniających popełnieniu czynu” i wskazanie w części motywacyjnej orzeczenia, że nie wykluczając wersji pokrzywdzonego, nie zdołano jej zweryfikować lub potwierdzić.

Ze względu na fakt, że przedmiotem postępowania jest zawsze jakieś zdarzenie faktyczne, wycinek rzeczywistości, który mamy poddać prawno-karnej ocenie, o którym powzięto informacje czy to z własnych ustaleń (raczej rzadko), czy z zawiadomienia konkretnej osoby, pojęcie czynu w rozumieniu art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. w mniejszym lub większym stopniu relatywizowane będzie nie tylko do treści samego zawiadomienia, które wyznacza granice czasowe, podmiotowe i przestrzenne zachowania, ale również do znamion czynu zabronionego. Z oczywistych względów organy ścigania zainteresowane są bowiem jedynie tymi zachowaniami, które choćby hipotetycznie mogą stanowić przestępstwo. Nie będą one prowadzić postępowania karnego w przedmiocie zachowań, które już na pierwszy rzut oka są w punktu widzenia prawa karnego zupełnie irrelewantne. Takie odniesienie się do znamion czynu zabronionego nie może jednak prowadzić do przedwczesnej analizy zachowania przez pryzmat realizacji znamion, albowiem tego dotyczy przesłanka wskazana w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. Z tego powodu niełatwo jest rozdzielić zakresy stosowania przesłanki wskazanej w punktach 1 i 2. Z tego również powodu brzmienie art. 17 § 1 pkt 1 *in fine* k.p.k. stanowi pokusę dla stosujących prawo, z której często nieprawidłowo korzystają.

Zawiadamiający o przestępstwie zazwyczaj nie znają się na prawie, nie znają znamion czynu zabronionego i często nie wiedzą nawet, czy dane zachowanie jest przestępstwem lub innym czynem zabronionym. Przychodzą jednak do organów ścigania z przekonaniem, że zrobiono im konkretnym zachowaniem krzywdę, która wymaga reakcji prawno-karnej. W tej sytuacji do organów ścigania należy zadanie dokładnego ustalenia czasu, miejsca i sposobu zachowania, które w subiektywnej ocenie zawiadamiającego po-

m.in. K. Pawełc, *Proces dowodzenia w postępowaniu karnym*, Wydawnictwo LexisNexis, Warszawa 2010, wyd. 1, s. 155–159.

¹⁸ W takim przypadku oczywiście skierowania aktu oskarżenia nie można wykluczyć, gdyż nie ma ku temu żadnych formalnych przeciwwskazań, niemniej, przy tak skromnym materiale dowodowym wspierającym tezę oskarżenia, skazanie jest co najmniej wątpliwe ze względu na brak przełamania domniemania niewinności.

winno być przedmiotem postępowania. Wzorowo na tym etapie organy powinny wstrzymać się z jakimkolwiek odnośnieniem oceny zachowania do znamion czynu zabronionego, taka ocena jest bowiem wtórna do dokładnego ustalenia, o jakie zdarzenie chodzi i czy w ogóle do takiego zdarzenia doszło. Oczywiście, nie wyklucza to możliwości zakończenia postępowania, np. ze względu na brak znamion czynu zabronionego w sytuacji, gdy już z wstępnej analizy widać, że jeżeli do dokonania opisywanego w zawiadomieniu czynu rzeczywiście doszło, czego nie można definitywnie ustalić, to i tak nie jest ono przestępstwem, bo nie realizuje ono znamion żadnego czynu zabronionego. Przykładem akademickim i humorystycznym może być zawiadomienie o mrugnięciu do kogoś okiem. Wspomniany przykład ukazuje, że niezależnie od tego, czy ustalono, że do mrugnięcia okiem doszło, to i tak należy stwierdzić, że zachowanie takie nie realizuje znamion czynu zabronionego, więc dalsze prowadzenie postępowania jest zbędne i byłoby jawnie i rażąco sprzeczne z zasadą ekonomiki procesowej. W tym przypadku nigdy przyczyną umorzenia nie może być jednak brak dostatecznych danych uzasadniających popełnienie czynu, albowiem – tak jak wspomniano – o braku danych można mówić jedynie w przypadku wyczerpania możliwości dowodowych, a tu zaniechano ich przeprowadzenia ze względu na wcześniejsze stwierdzenie braku znamion czynu zabronionego.

Zdarza się, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości analizowana przesłanka stosowana jest błędnie, w przypadku gdy zebrane materiały dowodowe (lub dane) nie pozwalają na wykazanie realizacji przez sprawcę znamion czynu zabronionego. Sytuacja taka może dotyczyć przykładowo postępowania o przestępstwo z art. 190 k.k., w którego toku ustalono, że między konkretnymi osobami doszło do rozmowy, na co wskazują naoczni świadkowie. Miało również dojść do kłótni, jednak żaden ze świadków nie słyszał treści rozmowy, podczas której miało dojść do wypowiedziania gróźb. W tej sytuacji czynem będącym przedmiotem postępowania nie są groźby, albowiem zagrożenie to jest już znamieniem czynu zabronionego stypizowanego w art. 190 k.k., ale rozmowa, podczas której miały paść konkretne słowa, stanowiące w ocenie zawiadamiającego gróźbę. Jeżeli rzeczywiście więc do rozmowy między danymi osobami doszło i padły jakieś słowa, ale nie wiemy jakie, lub jeśli stwierdzono, że nie stanowiły one gróźby, jest to klasyczny przykład negatywnej przesłanki procesowej polegający na braku znamion czynu zabronionego, albowiem czyn nie zaistniał. Oczywiście, dopuszczalne jest zastosowanie wcześniej omówionej możliwości zaniechania weryfikacji informacji z zawiadomienia, jeżeli wynika z niego ewidentnie, jakie słowa zostały wypowiedziane, a przy tym ustalono, że nie stanowiły one gróźb. Jeszcze lepszym przykładem obrazującym opisywaną sytuację jest zawiadomienie o przestępstwie fałszywych zeznań. W tym przypadku, ze względu na dysponowanie przez organy ścigania protokołem przesłuchania lub za-

wiadomienia, zazwyczaj pewne jest, że rzeczywiście doszło do złożenia przez konkretną osobę zeznań, natomiast kwestią wtórną wymagającą wyjaśnienia jest ich „falszywość”, stanowiąca znamię przestępstwa odpowiednio z art. 233 k.k. W tej sytuacji, dysponując wspomnianymi dowodami, nie ma wątpliwości, że do popełnienia czynu doszło, kwestią wymagającą ustaleń jest odpowiedź na pytanie, czy czyn ten był przestępstwem. W tych sytuacjach zakończenie postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. jest więc niedopuszczalne.

Unikać więc należy przy badaniu zaistnienia negatywnych przesłanek procesowych używania znamienia czynu zabronionego do określania zdarzenia faktycznego będącego przedmiotem postępowania, gdyż powoduje to, że już na etapie badania czynu dochodzi do badania realizacji znamion czynu zabronionego. Przesłanka określona w punkcie 1 *in fine* nie dotyczy więc wystąpienia trudności dowodowych na etapie wykazywania znamion czynu zabronionego, lecz na poziomie czynu.

Nie oznacza to jednak, iż w opisie „czynu” w sentencji postanowienia nie można używać określeń kodeksowych przy redakcji znamion. Opis bowiem w sentencji ma dotyczyć w rzeczywistości nie tyle czynu w sensie ontologicznym, ale przestępstwa, i stanowi procesowy zapis zdarzenia, o którym informował zawiadamiający lub który był przedmiotem postępowania. Nie oznacza to jednak, że chodzi o ten sam czyn co w rozumieniu analizowanej przesłanki, ani nawet o czyn, o którym zawiadania pokrzywdzony. Na potrzeby bowiem decyzji procesowej opis tego zdarzenia niezależnie od okoliczności i ich wystąpienia, a nawet tego, czy zdarzenie w ogóle zaistniało, musi zostać uzupełniony o wszystkie znamiona przestępstwa, które może realizować, w tym o skutek, okoliczności modalne itd. Nie oznacza to jednak przecież, że tak opisane zdarzenie realizowało znamiona czynu zabronionego, że było karygodne lub karalne. Wspomniany opis spełnia bowiem funkcje czysto procesową, określającą przedmiot postępowania, i ma zapobiec dublowaniu się postępowań, lecz w rzeczywistości nie stanowi opisu zdarzenia faktycznego, lecz jego procesowy wzorcowy zapis. Opis ten ponadto spełnia funkcję jedynie subsydiarną i nie ma charakteru decydującego nawet przy ustalaniu np. powagi rzeczy osądzonej. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą to nie opis czynu zawarty w decyzji procesowej, lecz zdarzenie faktyczne, wyznacza przedmiot postępowania, choćby opis ten w zupełności nie przystawał do faktycznego przebiegu zdarzenia¹⁹. Wydaje się więc, że nieprawidłowa praktyka dotycząca stosowania negatywnej przesłanki procesowej wskazanej w art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. wynika właśnie z odnoszenia pojęcia czynu do opisu zdarzenia w sentencji postanowienia, który – jak

¹⁹ Por. m.in. postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 420/13, opublikowane na stronie www.sn.pl, a także postanowienie SN z dnia 29 października 2012 r., sygn. III KK 226/12, Legalis nr 546116.

wspomniano – zawiera wszystkie znamiona przestępstwa. Jeśli relatywizujemy pojęcie czynu właśnie do tego opisu to istotnie niemożliwość wykazania jednego ze znamion w nim opisanych powoduje brak danych dostatecznie uzasadniających jego popełnienie. Takie przenoszenie kategorii procesowych (opisu czynu) na zdarzenia faktyczne jest jednak nieprawidłowe i powoduje wskazane wyżej nieprawidłowości.

Kolejny poważny problem związany ze stosowaniem wskazanej przesłanki występuje w przypadku czynu polegającego na zaniechaniu. Zaniechanie to bowiem według dominującego poglądu forma czynu polegająca na świadomym braku działania w określonym celu²⁰. Jeżeli samo zaniechanie jest brakiem działania, to na czym polega więc brak czynu? Z takim pytaniem może zmierzyć się prokurator, np. w przypadku przestępstwa nieudzielenia pomocy. Rozwiązaniem tego zagadnienia jest konsekwentne przestrzeganie definicji przyjętych na wstępie tego fragmentu rozważań. Najpierw, jeżeli jest to tylko możliwe, należy ustalić, czy zachowanie stanowiło czyn w rozumieniu prawa karnego, tj., czy nie wystąpiły żadne cechy negatywne zachowania: np. rzekomy sprawca miał złamane dwie nogi i nie mógł udzielić pomocy leżącej kilka metrów dalej osobie, był nieprzytomny itp. Jeżeli uda się ustalić, że jego zachowanie było jednak czynem, bo widział on, że pokrzywdzony wymaga pomocy, ale np. bał się jej udzielić lub z różnych innych względów nie chciał jej udzielić, dopiero wtedy należy przystąpić do analizy znamion czynu zabronionego. Kolejnym krokiem jest więc weryfikacja, czy pokrzywdzony znajdował się w położeniu grożącym bezpośrednim niebezpieczeństwem utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu oraz czy mógł udzielić pomocy bez narażenia siebie lub innej osoby na nastąpienie wspomnianego skutku. Płaszczyzny tej analizy muszą być jednak wyraźnie rozdzielone i nie można ich mieszać. Szerzej problem ten zostanie omówiony w dalszej części opracowania.

1.3. Brak znamion czynu zabronionego

W art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. sformułowano kolejne dwie negatywne materialne przesłanki procesowe odnoszące się do braku znamion czynu zabronionego i okoliczności, w których ustawa stanowi że sprawca nie popełnia przestępstwa. Są to dwie odrębne przesłanki procesowe. Zakresy logiczne tych przesłanek również są rozłączne, albowiem wtórne wyłączenie odpowiedzialności karnej, o którym mowa w drugiej części przepisu, możliwe jest wyłącznie w przypadku realizacji wszystkich znamion czynu zabronionego. W tym miejscu kolejny raz należy sformułować uwagę ściśle terminologiczną, albowiem ustawodawca prawidłowo posługuje się w przepisie pojęciem braku znamion czynu zabronionego, a nie przestępstwa. Stwierdzenie bowiem ich realizacji nie oznacza automatycznie, że czyn zabroniony jest przestępstwem.

²⁰ Por. m.in. A. Zołł, (w:) A. Zołł (red.), G. Bogdan i in., Kodeks..., s. 23–25.

O braku znamion czynu zabronionego mówimy, kiedy w toku postępowania, dokonując subsumpcji pod prawidłowo ustalone okoliczności faktyczne, stwierdzamy dekompletację znamion typu czynu zabronionego. Dekompletacja ta może dotyczyć każdego ze znamion zarówno strony przedmiotowej, jak i podmiotowej. Co do zasady jednak analizę znamion przestępstwa rozpoczynać należy od strony przedmiotowej. Taki postulat wynika nie tylko z faktu, że mając ustalony stan faktyczny, tj. wiedząc, jakie zachowanie rzekomego sprawcy podlega ocenie, subsumpcja w tym zakresie jest najłatwiejsza, ale również dlatego, że stronę podmiotową czynu jako subiektywne, wewnętrzne przeżycia sprawcy najtrudniej ustalić. Rzadko bowiem sprawca w swoich wyjaśnieniach opisuje swoje przeżycia i ustalenie tych znamion na ich podstawie nie jest łatwe. Deklaracjom werbalnym podejrzanego dotyczącym jego przeżyć psychicznych przeczą zazwyczaj jego czyny. Z tego powodu w orzecznictwie wskazuje się na możliwość wnioskowania o stronie podmiotowej ze znamion strony przedmiotowej i właśnie z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia najczęściej, zwłaszcza mając na uwadze okoliczność, że wyjaśnienia podejrzanym w tym zakresie często nie zasługują na wiarę²¹. Sytuacji odwrotnej oceny znamion nie można jednak wykluczyć ze względów pragmatycznych, jeśli jednak ma ona miejsce, powinna być dokonywana ze szczególną ostrożnością, albowiem, jeżeli ustalenia w zakresie strony przedmiotowej nie są na tyle pewne, aby pozwoliły na stwierdzenie dekompletacji lub realizacji znamion, to również nie należy na ich podstawie wnioskować o stronie podmiotowej. Niepewność dotycząca ustaleń strony przedmiotowej przenosi się więc, a nawet potęguje, przy analizie strony podmiotowej. Z tego względu najlepszą rekomendacją jest analiza znamion czynu zabronionego, poczynając od strony przedmiotowej typu czynu zabronionego. Jak wspomniano, potrzeby praktyki uzasadniają jednak odejście od tej zasady zwłaszcza w przypadkach trudności dowodowych lub prawnych dotyczących znamion strony przedmiotowej przy równoczesnej pewności lub oczywistości braku realizacji znamion strony podmiotowej. Rekomendowana reguła nie ma więc charakteru bezwzględnego.

Kolejną sytuacją, kiedy mamy do czynienia z negatywną przesłanką procesową w postaci braku znamion czynu zabronionego, jest niemożliwość dowodowego wykazania choćby jednego ze znamion typu czynu zabronionego²². W tym przypadku realizacji konkretnego znamienia nie wykluczamy, jednak zebrane dowody są niewystarczające dla jego niewątpliwego wykazania. Dla zilustrowania tej sytuacji można wskazać na niemożliwość udo-

²¹ Por. wyrok SA w Lublinie z dnia 23 stycznia 2014 r., sygn. II Aka 256/13, opublikowany na stronie www.orzeczenia.ms.gov.pl, a także postanowienie SN z dnia 29 marca 2011 r., sygn. V KK 344/10, Biuletyn Prawa Karnego 2011, nr 9.

²² M. Kurowski, K. Eichstaedt, B. Augustyniak, D. Świecki, Kodeks..., LEX Polonica; R. A. Stefański, Podstawy..., s. 16.

wodnienia istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy zachowaniem sprawcy a skutkiem. Może to dotyczyć chociażby przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, gdy nie zdołano potwierdzić, że to właśnie konkretny podejrzany spowodował obrażenia ciała, bo np. z opinii biegłego medyka sądowego wynika, iż mogły one powstać również w innych okolicznościach lub samoistnie lub mogą być też wynikiem wcześniej doznanej przez pokrzywdzonego kontuzji, równocześnie nie ma żadnych innych dowodów mogących takie ustalenie podważyć. Często niemożliwe dowodowo będzie wykazanie znamion strony podmiotowej przestępstwa zwłaszcza przy przestępstwa kierunkowych. Jeżeli bowiem np. przy przestępstwie oszustwa nie zdołano wykazać z góry powziętego zamiaru, należy zakończyć postępowanie. Nie ma jednak wtedy miejsca na niepewność, z tego względu w sentencji postanowienia, nawet gdy istnieją wątpliwości, przyczyną umorzenia postępowania będzie brak realizacji znamion czynu zabronionego. Każda niepewność rozstrzygana musi być bowiem na korzyść podejrzanego. Nie można więc posłużyć się ani przyczyną wskazaną w punkcie 1 *in fine* ze względów omówionych wcześniej, ani żadną inną przyczyną spoza katalogu art. 17 § 1 k.p.k. W tym miejscu powtórzyć jeszcze raz należy, że zgodnie z przyjętą w tym opracowaniu koncepcją niemożliwość wykazania jakiegokolwiek znamienia czynu zabronionego nie jest tożsamy z brakiem danych dostatecznie uzasadniających popełnienie czynu.

Kolejna przesłanka określona w drugiej części przepisu art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. odnosi się – jak wspomniano – do niektórych okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną. Są nimi: wtórne wyłączenie bezprawności na skutek zaistnienia kontratypów oraz wyłączenie winy. Przesłanka ta w tym zakresie nie budzi wątpliwości, jeżeli tylko prawidłowo dokonuje się rozróżnienia pomiędzy wspomnianymi przyczynami wyłączenia odpowiedzialności karnej a wyłączeniem karalności czynu wskazanego w punkcie 4 analizowanego przepisu i znikomą społeczną szkodliwością czynu, o której mowa w punkcie 3.

Pewne stany faktyczne i prawne trudno jednak zakwalifikować w sposób jednoznaczny pod konkretną przesłankę procesową. Taka sytuacja ma miejsce w przypadkach wskazanych w art. 28 k.k. Zaistnienie stanu faktycznego uzasadniającego zastosowanie tej normy prawnej traktowane jest różnorodnie albo jako brak znamion czynu zabronionego, albo jako okoliczność, kiedy ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa²³. Więcej argumentów przemawia jednak za tym pierwszym stanowiskiem. W tym zakresie wskazać należy, iż przepis art. 28 k.k. nie jest ani kontratypem, ani przepisem przewidującym wyłączenie winy ani karalności, ani w ogóle przepisem, który wyłącza *a limine* odpowiedzialność karną. Przepis w rzeczywistości

²³ Za drugim stanowiskiem opowiada się m.in. E. Samborski, Zarys metodyki pracy prokuratora, rozdział II, LEX Polonica.

jest bowiem normą modyfikującą w pewnym zakresie rozumienie znamienia podmiotowego umyślności. Możliwe jest ponadto, że mimo spełnienia hipotezy normy art. 28 k.k. i w konsekwencji wyłączenia umyślności po stronie sprawcy będzie on odpowiadał z przepisu przewidującego nieumyślny typ czynu zabronionego. Już z analizy powołanego argumentu widać, że ustawa w przypadku tego przepisu nie stanowi, iż sprawca nie popełnia przestępstwa, lecz stwierdza, że nie popełnia go umyślnie. Oczywiście, w sytuacjach braku nieumyślnego odpowiednika umyślnego typu czynu zabronionego odpowiedzialność karna sprawcy będzie wyłączona, ale jego powodem nie będzie okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną, lecz dekompletacja znamion strony podmiotowej czynu zabronionego. Aby więc stosować przepisy prawa procesowego zgodnie z funkcją i znaczeniem odpowiednich przepisów prawa materialnego, tylko stosowanie przesłanki braku znamion czynu zabronionego jest w tym wypadku uzasadnione. Powyższe uwagi tracą na aktualności po nowelizacji przepisu art. 28 k.k. dokonanej ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.²⁴ Obecnie, błąd co do znamienia, jeśli jest usprawiedliwiony, stanowi okoliczność wyłączającą winę sprawcy. Przepis ten dotyczy jednak tylko wyłączenia winy w zakresie przestępstwa nieumyślnego, które rozważamy jako „zastępcze”. W przypadku stwierdzenia takiej sytuacji będziemy mieli do czynienia z negatywną przesłanką procesową wskazaną w art. 17 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. W przypadku natomiast zaistnienia błędu co do znamienia, i to choćby nieusprawiedliwionego, i braku nieumyślnego odpowiednika umyślnego czynu zabronionego dojdzie do dekompletacji znamion jego strony podmiotowej. Jednym bowiem z wymogów przyjęcia umyślności wskazanym w art. 9 k.k. jest świadomość wszystkich znamion czynu zabronionego. W tej sytuacji podstawą zakończenia postępowania będzie przepis art. 17 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k.

Kolejnym spornym zagadnieniem dotyczącym analizowanej przesłanki procesowej jest zasygnalizowana na wstępie opracowania kwestia pierwotnego braku bezprawności czynu. Wspomniany element struktury przestępstwa na potrzeby niniejszego artykułu, w uproszczeniu, rozumiany będzie jako sprzeczność zachowania z normą sankcjonowaną. Ze względu na wąskie ramy tematyczne opracowania poszerzenie tego zagadnienia z punktu widzenia materialnoprawnego jest niemożliwe²⁵, niemniej wskazać należy na kilka jego konsekwencji procesowych. Na wstępie podkreślić należy, że

²⁴ Dz. U. z 2015 r., poz. 396.

²⁵ W artykule przyjęto tzw. pięcioelementową strukturę przestępstwa akcentującą bezprawność czynu jako podstawowy jego element i wyróżniając tzw. pierwotną bezprawność czynu. Szerzej, podsumowując dyskusję w tym przedmiocie, ujmuje to zagadnienie m.in. M. Królikowski, Okoliczność wyłączająca bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2010, nr 2, s. 5.

pierwotna legalność czynu zabronionego w ogóle nie została przewidziana jako przyczyna zakończenia postępowania, w przeciwieństwie do wtórnego wyłączenia bezprawności na skutek kontratypów. Już z tego powodu zakwalifikowanie tej przyczyny do katalogu z art. 17 k.p.k. jest problematyczne. Równocześnie nie ulega wątpliwości, że brak bezprawności jako podstawowego elementu struktury przestępstwa wyłącza odpowiedzialność karną i to na bardzo wczesnym (strukturalnie) etapie badania czynu. Bez bezprawności nie możemy mówić o czynie zabronionym, nie wspominając już o dalszych poziomach struktury przestępstwa, tj. karygodności i zawinięciu. Z tego względu brak pierwotnej bezprawności, choć niewyróżniony w przepisie art. 17, znajduje się pomiędzy przesłanką wskazaną w punkcie 1 a brakiem znamion czynu zabronionego. Wynika to ze wskazanej już wcześniej reguły, że bez bezprawności czyn w rozumieniu prawnokarnym nigdy nie jest czynem zabronionym, nawet jeśli realizuje wszystkie formalne znamiona konkretnego typu czynu zabronionego. Nie ulega wątpliwości również, że bezprawność można badać wyłącznie w przypadku stwierdzenia zaistnienia czynu w rozumieniu prawa karnego. Z tego powodu najbardziej prawidłową przyczyną zakończenia postępowania w przypadku stwierdzonej pierwotnej legalności czynu jest brak znamion czynu zabronionego. I choć z teoretycznego punktu widzenia pojęcia te nie są tożsame, wspomniana przyczyna najlepiej umiejscawia i oddaje rolę bezprawności w strukturze przestępstwa. Brak pierwotnej bezprawności czynu w praktyce organów ścigania występuje dosyć często zwłaszcza w przypadkach nieumyślnych czynów lekarzy. Takim przykładem nierzadko występującym w praktyce jest ewentualna odpowiedzialność lekarza za przestępstwo z art. 160 k.k. W tym przypadku elementem koniecznym dla przypisania odpowiedzialności karnej lekarzowi jest zgodnie z art. 9 § 2 k.k. naruszenie przez niego reguł ostrożności postępowania z dobrem prawnym i w ogóle atak na jakiegokolwiek dobro prawne. Jeżeli ustalimy, że lekarz działał prawidłowo, zgodnie z aktualną wiedzą medyczną, jego zachowanie nie jest bezprawne. Wykształcone reguły ostrożności akceptują bowiem pewne ryzyko wystąpienia niepożądanych konsekwencji nawet w przypadku ich zachowania. Niebezpieczeństwa więc nie likwidują, lecz minimalizują. Tym samym ze względu na płynące korzyści z podejmowania działań ryzykownych ryzyko to jest społecznie akceptowane²⁶.

W praktyce brak pierwotnej bezprawności przez niektórych kwalifikowany jest jako okoliczność, kiedy ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa²⁷. Taka kwalifikacja nie jest w pełni prawidłowa, przede wszystkim ze względu na fakt, że o braku bezprawności nie decyduje zawsze ustawa. Najlepszym przykładem jest wspomniany kazus lekarza, który postępuje

²⁶ Por. m.in. A. Zołł, (w:) A. Zołł (red.), G. Bogdan i in., *Kodeks...*, s. 25–26.

²⁷ Por. postanowienie SN z dnia 22 września 2008 r., sygn. IV KK 241/08, *Prokuratura i Prawo* 2009, nr 2, poz. 6.

według reguł ostrożności, które przecież nigdzie nie są formalnie skodyfikowane. Oczywiście, przyznać należy, że w dużej części przypadków legalności zachowania dopatrywać się należy, poszukując odpowiednich przepisów ustaw szczegółowych, np. kodeksu cywilnego w zakresie dozwolonej samopomocy. Nie oznacza to jednak, jak już wspomniano, że ustawa jest jedynym źródłem legalności zachowania. Reguły ostrożności mogą bowiem wynikać z pragmatyki służbowej, z wiedzy fachowej, a nawet ze wskazań doświadczenia życiowego. Już z tego powodu przesłanka ta nie oddaje najlepiej charakteru tej przyczyny wyłączenia odpowiedzialności karnej. Nadto, kwalifikowanie takiego stanu faktycznego jako okoliczności wskazanej w drugiej części zdania punkcie 2 analizowanego przepisu sugeruje, że czyn sprawcy jest czynem zabronionym i tylko ze względu na nadzwyczajne okoliczności odpowiedzialność sprawcy zostaje wyłączona. Nie jest to zgodne z prawdą, albowiem czyn sprawcy od początku był czynem irrelevantnym karne, nie z powodu nadzwyczajnych okoliczności, tylko jego zgodności z regułą ostrożności i brakiem zagrożenia dla dobra prawnego. Koncepcja, która mówi o tym, że w tym przypadku ustawa stanowi, iż sprawca nie popełnia przestępstwa, jest nie tylko z punktu dogmatyki prawa karnego materialnego wątpliwa, ale również z perspektywy podmiotu postępowania karnego krzywdząca.

2. Artykuł 322 k.p.k.

Artykuł 322 k.p.k. jest przepisem określającym dodatkową negatywną przesłankę procesową i jako taki ma charakter samodzielny i uzupełniający wobec art. 17 k.p.k.²⁸. Przewidziana w tym przepisie przesłanka znajduje zastosowanie jednak wyłącznie w trakcie wszczętego postępowania i skutkuje koniecznością jego umorzenia, i to zarówno, jeżeli jest prowadzone w formie śledztwa, jak i dochodzenia (na podstawie odesłania z art. 325a § 2 k.p.k.), czy to w fazie *in rem*, czy *in personam*. Analizowany przepis w żadnym jednak zakresie nie dubluje przesłanek wskazanych w art. 17 k.p.k., hipotezy tych norm nigdy się więc nie krzyżują, lecz uzupełniają. Artykuł 322 k.p.k. znajduje zastosowanie tylko w tych przypadkach, gdy zachodzi konieczność zakończenia postępowania, a brak jest przyczyn wskazanych w art. 17 k.p.k. Ten ostatni z przepisów ma więc zawsze pierwszeństwo w stosowaniu.

Przepis postępuje się enigmatycznym sformułowaniem: „Jeżeli postępowanie nie dostarczyło podstaw do wniesienia aktu oskarżenia”. Chodzi tu więc

²⁸ Por. m.in.: F. Prusak, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, LEX Polonica; M. Gabriel-Węglowski, Regulamin prokuratury. Praktyczne komentarze LEX, Warszawa 2013, s. 282.

o sytuacji inne niż określone w art. 17 k.p.k., sprawiające, że postępowanie nie może dalej się toczyć. Uszczegółowieniem tego przepisu jest § 105a rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 września 2014 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek prokuratury²⁹ (dalej: RegProk), który stanowi, że „umarzając śledztwo lub dochodzenie na podstawie art. 322 k.p.k., jako przyczynę umorzenia można dodatkowo wskazać:

- 1) niewykrycie sprawcy przestępstwa;
- 2) okoliczność, że podejrzany nie popełnił zarzucanego mu przestępstwa;
- 3) brak interesu społecznego w kontynuowaniu ścigania z urzędu albo w objęciu ściganiem z urzędu”.

Każdy z tych punktów zostanie omówiony odrębnie.

2.1. Niewykrycie sprawcy przestępstwa

Sytuacje, w których analizowana przesłanka umorzenia postępowania znajduje zastosowanie, nie budzą wątpliwości. Jasne jest więc, że stosowana być może wyłącznie, jak wspomniano w trakcie postępowania, a nie przed jego wszczęciem, i że dla jej zastosowania konieczne jest wyczerpanie wszelkich możliwości dowodowych ustalenia sprawcy. Nie znajduje ona zastosowania w fazie *in personam*, chyba że dochodzi do umorzenia postępowania przeciwko osobie na innej podstawie i równocześnie do umorzenia postępowania w sprawie ze względu na niewykrycie sprawcy. Co do zasady, umorzenie postępowania ze względu na niewykrycie sprawcy możliwe jest wyłącznie w przypadku stwierdzenia wszystkich elementów struktury przestępstwa i niewątpliwym stwierdzeniu, że do zdarzenia w ogóle doszło. Oczywiście, od tej reguły są nieliczne wyjątki, np. niemożliwość ustalenia, czy sprawca przestępstwa, którego nie odnaleziono, jest podmiotem zdolnym do ponoszenia odpowiedzialności karnej ze względu na wiek, poczytalność, a nawet cechy osobiste przy przestępstwach indywidualnych³⁰. Oznacza to więc, że zastosowanie tej przyczyny umorzenia wcale nie oznacza, iż do popełnienia przestępstwa z pewnością doszło. Nie zwalnia to jednak organów ścigania od stwierdzenia i skonkretyzowania okoliczności faktycznych na tyle, aby ich uzupełnienie po wykryciu sprawcy sprowadzało się jedynie do okoliczności go bezpośrednio dotyczących. Analizowana przesłanka procesowa nie może być nadużywana poprzez usprawiedliwienie odstąpienia od dalszych czynności procesowych bez wyczerpania możliwości dowodowych tylko ze względu na problemy z wykryciem sprawcy. Innymi słowy, przesłanka ta nie może stanowić usprawiedliwienia dla zaniechania prowadzenia postępowania. Stosując wzorowo tą przesłankę, organy ścigania powinny dysponować takim materiałem dowodowym, który po wykryciu spraw-

²⁹ Dz. U. z 2014 r., poz. 1218.

³⁰ M. Gabriel-Węglowski, Regulamin..., s. 282.

cy pozwala na skierowanie wobec niego aktu oskarżenia. Oczywiście, konieczne jest dokonanie w tym miejscu zastrzeżenia praktycznego. Wspomniana reguła ze względów ekonomii procesowej nie może mieć charakteru bezwzględnego. W sytuacjach więc, gdy w ocenie organu procesowego – dokonanej na podstawie profesjonalnego doświadczenia i intuicji – wykrycie sprawcy jest mało prawdopodobne, wydaje się, że należy dopuścić odstępnie od konieczności dokonywania kompletnych ustaleń faktycznych. Niezbędnym minimum jest jednak wykazanie, że czyn będący przedmiotem postępowania w ogóle jest czynem zabronionym, aby uniknąć sytuacji, gdy po wykryciu sprawcy okaże się, że po głębszej analizie czyn ten nie jest i nigdy nie był czynem zabronionym lub co gorsze w ogóle nie zaistniał. Aby uniknąć więc problemów tej natury, zawsze należy dokładnie poczynić ustalenia w zakresie okoliczności przedmiotowych czynu zabronionego, w szczególności tych, których ustalenie na dalszym etapie postępowania nie będzie już możliwe. Z tego względu jako przykład uzasadnionego odstąpienia od czynności procesowej można wskazać np. zasięgnięcie opinii biegłego w zakresie wyceny przedmiotu, której to wyniki nie wpływają na realizację znamion czynu zabronionego i której można dokonać również po wykryciu sprawcy i to bez uszczerbku dla samego postępowania. Pamiętać również należy o możliwości wskazanej w art. 325f k.p.k. w przypadku prowadzenia dochodzenia.

Z powyższego wynika, że jeżeli w trakcie postępowania i gromadzenia materiału dowodowego zaistnieje jakakolwiek przesłanka z art. 17, to właśnie ona będzie podstawą wydania decyzji kończącej postępowanie, i to bez względu, czy istnieją perspektywy wykrycia sprawcy. Przesłanka niewykrycia sprawcy nie stanowi więc udogodnienia dla organów ścigania i nie może stanowić usprawiedliwienia dla ignorowania przesłanek procesowych z art. 17 k.p.k. Tym samym, jeżeli w trakcie postępowania na podstawie zgromadzonego kompletnego materiału dowodowego nie zdołano wykazać realizacji znamion czynu zabronionego, postępowanie należy umorzyć na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.k. To samo dotyczy sytuacji, kiedy istnieją wątpliwości co do zaistnienia czynu. Teza ta wydaje się szczególnie aktualna w kontekście zasygnalizowanej konieczności podejmowania decyzji o zastosowaniu przyczyny z art. 322 k.p.k. na kompletnym materiale dowodowym. Przesłanki z art. 17 k.p.k. mają w przypadku możliwości ich stwierdzenia bezwzględne pierwszeństwo przed przesłanką wskazaną w art. 322 k.p.k.

2.2. Okoliczność, że podejrzany nie popełnił zarzucanego mu przestępstwa

Przesłanka ta znajduje zastosowanie jedynie w przypadku prowadzenia sprawy przeciwko konkretnemu podejrzanemu (faza *in personam*). Równocześnie okoliczności uzasadniające jej stosowanie muszą dotyczyć właśnie i wyłącznie tego podejrzanego. Stanowi ona uzupełnienie katalogu negatyw-

nych przesłanek procesowych wskazanych w art. 17 k.p.k. i stosowania wspomnianych przesłanek nie wyklucza. Oznacza to, że właściwa jest tylko w przypadkach niemożliwości zastosowania jakiejkolwiek przesłanki wskazanej w art. 17 k.p.k.³¹. Podkreślić również należy, że przesłanka ta, jak wszystkie wskazane w art. 322 k.p.k., dotyczy zawsze ustaleń faktycznych, a nie prawnych³².

Zbędne jest zatem sięganie po analizowaną przesłankę, jeżeli możliwe jest stosowanie art. 17 k.p.k. Dla przykładu: jeżeli po przedstawieniu zarzutów konkretnej osobie okaże się, że czyn stanowiący przedmiot postępowania i zarzucany podejrzanemu w ogóle nie zaistniał lub nie realizował znamion czynu zabronionego, właściwą podstawą zakończenia postępowania będzie odpowiednio art. 17 § 1 punkty 1 i 2 k.p.k., a nie art. 322 k.p.k. Takie rozwiązanie jest nie tylko trafne z systemowego punktu widzenia, ale również powoduje, że zbędne jest umarzenie postępowania w sprawie. Konieczne jest jednak prawidłowe sformułowanie przesłanki umorzenia w sentencji postanowienia i odnoszenie jej do całości czynu, a nie tylko czynu zarzucanego podejrzanemu. Jeżeli bowiem negatywna przesłanka procesowa dotyczy nie tylko podejrzanego, ale również samego czynu, umorzenie postępowania przeciwko niemu wyczerpuje nie tylko podmiotowo, ale również przedmiotowo całe postępowanie. Inaczej jest w przypadku, gdy postępowanie toczy się przeciwko kilku podejrzanym lub – mimo umorzenia postępowania – przeciwko jednemu z nich, kiedy nie ma pewności, czy osoba, której przedstawiono zarzuty, jest rzeczywistym sprawcą. Wtedy należy dokonać zawsze analizy, czy umorzenie postępowania przeciwko osobie wyczerpuje również całe postępowanie o dany czyn.

Aby zilustrować pierwszą z sytuacji, można posłużyć się poniższym kazusem. Prowadzone jest postępowanie karne przeciwko konkretnemu podejrzanemu o przestępstwo z art. 158 § 1 k.k. W jego toku okazuje się jednak, że był on w momencie popełnienia czynu niepoczytalny, a zbędne jest stosowanie środków zabezpieczających. Równocześnie, nie ustalono innych sprawców przestępstwa, choć oczywiste jest, że podejrzany nie działał sam (co wynika już z samej istoty zarzucanego mu przestępstwa). W tym przypadku w zakresie podejrzanego, który jest niepoczytalny, do umorzenia postępowania dojdzie w związku z wyłączeniem winy, tj. na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 *in fine* k.p.k. W sprawie natomiast nadal toczyć się będzie postępowanie w przedmiocie wykrycia pozostałych sprawców. Umorzenie więc postępowania przeciwko podejrzanemu nie wyczerpuje podmiotowo całego postępowania.

³¹ Por. R. A. Stefański, *Podstawy...*, s. 14.

³² M. Gabriel-Węglowski, *Regulamin...*, s. 283.

Inaczej oceniać należy sytuację, gdy przedstawiono zarzuty konkretnej osobie, a w toku postępowania okazało się, że to nie ona była sprawcą czynu, lecz ktoś inny. Wówczas podstawą umorzenia postępowania wobec podejrzanego będzie art. 322 k.k., natomiast postępowanie w sprawie lub w fazie *in personam* będzie kontynuowane, lecz już przeciwko innej osobie. Jeżeli zaś dane nie pozwalają na zindywidualizowanie sprawcy przestępstwa, choć wykluczono sprawstwo podejrzanego, zaistnieją dwie przyczyny umorzenia, które zgodnie z § 105b ust. 2 RegProk należy wskazać w postanowieniu łącznie, tj. niepopelnienie przez podejrzanego zarzucanego mu przestępstwa (faza *in personam*) oraz niewykrycie sprawcy przestępstwa (faza *in rem*). Jak wspomniano, analizowana przesłanka dotyczy więc jedynie sytuacji, gdy to konkretny podejrzany nie popełnił zarzucanego mu przestępstwa, ale samo przestępstwo bez wątpliwości zaistniało³³.

Druga sytuacja, w której analizowana przyczyna umorzenia znajdzie zastosowanie, to brak wystarczający dowodów potwierdzających sprawstwo podejrzanego. Nie chodzi tu jednak o sytuacje objęte przepisem art. 17 k.k., albowiem, jak podkreślono, ma on zawsze pierwszeństwo w stosowaniu przed art. 322 k.p.k. Wykluczone jest więc powoływanie tej przyczyny umorzenia, jeżeli brak jest w ogóle danych dostatecznie uzasadniających popełnienie czynu objętego postępowaniem lub gdy nie zdołano wykazać podejrzanemu któregoś ze znamion zarzucanego mu przestępstwa. W tych przypadkach zastosowanie znajdują odpowiednie przepisy art. 17 k.p.k. Artykuł 322 k.p.k. dotyczy bowiem sytuacji, kiedy czyn zabroniony został z pewnością popełniony, lecz brak jest pewności, że jego sprawcą jest podejrzany, któremu przedstawiono zarzuty. W tej sytuacji sprawstwa podejrzanego nie można wykluczyć, ale równocześnie, mimo wyczerpania możliwości dowodowych, nie zdołano go jednoznacznie potwierdzić. Rozróżnienie tych sytuacji ma istotne znaczenie praktyczne.

2.3. Brak interesu społecznego w objęciu czynu ściganiem z urzędu lub kontynuowania ścigania czynu prywatnoskargowego

Z codziennej praktyki prokuratorskiej wynika, że stosowanie tej przesłanki procesowej jest niezwykle częste, a powołany przepis regulaminu w sposób bezpośredni nawiązuje do art. 60 k.p.k., w którym wskazano, że w przypadku przestępstw prywatnoskargowych prokurator ma prawo do objęcia ściganiem czynu z urzędu, jeżeli przemawia za tym interes społeczny. Jeżeli więc brak jest takiego interesu, prokurator nie powinien objąć czynu ściganiem z urzędu, a w razie stwierdzenia braku takiego interesu po objęciu czynu ściganiem z urzędu odmówić kontynuowania ścigania. Analizowana prze-

³³ Tak również SN w uchwale z 10 lipca 1987 r., sygn. VI KZP 10/87, OSNKW 1987, nr 11–12, poz. 102 oraz M. Kurowski, K. Eichstaedt, B. Augustyniak, D. Świecki, Kodeks..., LEX Polonica.

słanka dotyczy wyłącznie czynów ściganych z oskarżenia prywatnego i to niezależnie od etapu postępowania, na którym stwierdzono taki tryb ich ścigania. Charakteryzuje się szeregiem odmienności procesowych, które skutkują wątpliwościami praktycznymi

Podkreślić należy, że przesłanka ta znajduje zastosowanie tylko i wyłącznie po wszczęciu postępowania. W praktyce wymiaru sprawiedliwości zdarza się natomiast, iż jest błędnie wskazywana jako podstawa odmowy wszczęcia postępowania. Taka wykładnia nie znajduje jednak uzasadnienia. Rzeczywiście, brak jest w ustawie przepisów określających podstawę odmowy wszczęcia postępowania o czyn prywatnoskargowy w przypadku braku interesu społecznego w objęciu go ściganiem z urzędu, lecz nie oznacza to, że można stosować analogicznie art. 322 k.p.k. Akceptując w tej sytuacji możliwość podjęcia takiej decyzji procesowej³⁴ (o odmowie wszczęcia postępowania), w praktyce rekomendować należy wskazywanie w tej sytuacji art. 60 § 1 k.p.k. *a contrario* w zw. z art. 305 § 1 k.p.k. jako podstawy jej wydania³⁵. Artykuł 322 k.p.k. nigdy nie znajduje bowiem zastosowania w przypadku wydania decyzji merytorycznej przed wszczęciem postępowania.

Jedynym organem właściwym do podjęcia decyzji o objęciu bądź nieobjęciu czynu prywatnoskargowego ściganiem z urzędu jest prokurator. Decyzja ta powinna zawierać uzasadnienie. Nie podlega ona kontroli Sądu i jest zaskarżalna w trybie art. 465 § 2a k.p.k. do prokuratora nadzrędnego. Ze względów praktycznych należałoby jednak dopuścić możliwość uzewnętrznienia swojej decyzji przez prokuratora jedynie przez zatwierdzenie decyzji merytorycznej innych organów postępowania przygotowawczego i ewentualnie zobligowanie go do uzasadnienia swojego stanowiska w zakresie istnienia interesu społecznego w objęciu czynu ściganiem z urzędu³⁶. W praktyce bowiem znaczna ilość zawiadomień obejmujących czyny prywatnoskargowe destabilizuje pracę prokuratury, a ranga czynów nie uzasadnia wydawania postanowień o odmowie wszczęcia bądź umorzeniu postępowania osobiście przez prokuratora.

Pierwszy problem związany ze stosowaniem tej przyczyny umorzenia dotyczy opisu czynu w sentencji postanowienia. Najczęściej bowiem na wstępnym etapie postępowania nie ma pewności, że czyn objęty postępowaniem jest czynem ścigającym z oskarżenia prywatnego i czynności procesowe skierowane są na weryfikację realizacji znamion czynu publicznoskargowego.

³⁴ Odmiennie P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. 4, Warszawa 2008, s. 330–331, którzy uznają, że brak interesu społecznego może być przyczyną jedynie umorzenia postępowania.

³⁵ Tak również M. Gabriel-Węglowski, Regulamin..., s. 371.

³⁶ Taką możliwość dopuszcza T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego 2008, s. 684; odmiennie J. Grajewski, (w:) J. Grajewski (red.), L. K. Paprzycki, S. Steinborn, Komentarz aktualizowany do art. 322 k.p.k., LEX/el. 2012.

Tym samym we wszczęciu postępowania opis czynu obejmuje znamiona przestępstwa publicznoskargowego. Ponadto, często, zawiadamiający żąda prowadzenia postępowania o czyn publicznoskargowy i dopiero w toku postępowania okazuje się, że czyn ten realizuje lub może realizować znamiona przestępstwa prywatnoskargowego. Powstaje zatem wątpliwość, czy w sentencji postanowienia kończącego postępowanie opis czynu ma dotyczyć znamion czynu w kształcie, w jakim ustalono na koniec postępowania, czy w kształcie, w jakim zawiadamiał o nim zawiadamiający, a może w kształcie, w jakim opisany został w sentencji postanowienia o wszczęciu postępowania? Zagadnienie to nie ma znaczenia jedynie redakcyjnego, nieprawidłowe formułowanie sentencji postanowienia wpływa bowiem zarówno na sposób zaskarżenia postanowienia, jak i skutki procesowe tej decyzji.

Dla rozwiązania tej kontrowersji należy posłużyć się dyrektywą wskazaną w § 105c ust. 1 RegProk, która obliuguje prokuratora do opisu czynu w kształcie, w jakim ustalono go na koniec postępowania. Wskazówki ustawodawcy w tym zakresie, choć są jasne, nie rozwiązują wszystkich dylematów. Problem pojawia się bowiem wtedy, gdy np. w prowadzonym postępowaniu karnym, w sprawie o przestępstwo z art. 207 k.k., stwierdzono, że czyn nie realizował znamion przestępstwa znęcania stypizowanego w art. 207 k.k., lecz jedynie znamiona przestępstwa prywatnoskargowego z art. 216 k.k. lub art. 217 k.k. W tym przypadku powstaje wątpliwość, jakie prawidłowo powinny zostać zastosowane przyczyny i podstawy umorzenia, żeby wyczerpywały cały przedmiot postępowania i, jednocześnie, aby nie pozostawały ze sobą w sprzeczności. Próbując zaproponować rozwiązanie tego zagadnienia, podkreślić należy, że nie jest możliwe umorzenie postępowania w dwóch osobnych punktach, postępowanie bowiem dotyczy jednego czynu w rozumieniu prawa karnego, a jego dzielenie jest niedopuszczalne. W tej sytuacji najlepszym rozwiązaniem jest opis czynu w kształcie ustalonym na koniec postępowania, tj. według znamion przestępstwa prywatnoskargowego, wskazanie jako podstawy art. 322 k.p.k., a jako przyczyny stwierdzenie braku znamion czynu publicznoskargowego i braku interesu społecznego w objęciu go ściganiem z urzędu. W uzasadnieniu natomiast należy wyczerpująco wskazać przyczyny stwierdzenia braku znamion przestępstwa z art. 207 k.k., a następnie przyczyny stwierdzenia braku interesu społecznego w objęciu czynu prywatnoskargowego ściganiem z urzędu. Inne rozwiązanie może powodować szereg negatywnych konsekwencji procesowych, włącznie z powagą rzeczy osądzonej³⁷.

³⁷ Gdyby postępowanie w analogicznej sytuacji toczyłoby się w fazie *in personam*, a umorzenie dotyczyłoby jednego czynu, opisanego jednak w dwóch różnie sformułowanych i odrębnych punktach sentencji, tj. w punkcie 1 dotyczącym przestępstwa publicznoskargowego i w punkcie 2 odnoszącym się do przestępstwa prywatnoskargowego, to w przypadku wniesienia przez pokrzywdzonego prywatnego aktu oskarżenia oskarżony mógłby powołać się

Zarysowana wyżej propozycja jest korzystna z jeszcze jednej przyczyny. Pozwala bowiem na kontrolę postanowienia zarówno przez Sąd w zakresie stwierdzenia braku znamion czynu publicznoskargowego, jak i kontrolę prokuratora nadrzędnego w zakresie stwierdzenia braku interesu społecznego³⁸. Strony postępowania muszą mieć bowiem możliwość kwestionowania decyzji prokuratora pod każdym kątem. O takiej drodze zaskarżenia decyzji należy strony w sposób wyczerpujący pouczyć, a w razie wniesienia zażalenia na obydwu podstawach przekazać je najpierw do Sądu w celu rozpoznania, a następnie w razie utrzymania w mocy postanowienia przekazać zażalenie prokuratorowi nadrzędnemu.

Bardzo podobnie rozwiązywany powinien być przypadek prowadzenia postępowania o przestępstwo prywatnoskargowe pozostające w zbiegu kumulatywnym w typem publicznoskargowym. Jeżeli dochodzi bowiem do takiego zbiegu czynu, jako całość ścigany jest w trybie publicznoskargowym³⁹. Zasada opisana w poprzednim akapicie dotyczy więc nie tylko sytuacji, kiedy na koniec postępowania ustalono czyn w innym kształcie niż ten z zawiadomienia lub decyzji o wszczęciu postępowania, ale również, gdy z pierwotnie kumulatywnie kwalifikowanego czynu pozostaje jedynie jego kwalifikacja z typu czynu prywatnoskargowego w związku ze stwierdzeniem braku realizacji znamion czynu publicznoskargowego.

W praktyce prokuratorskiej pojawia się często problem zbiegu przyczyn umorzenia postępowania w przedmiocie czynu prywatnoskargowego, jeżeli postępowanie dostarczyło podstawy do wnioskowania, np. o przedawnieniu czynu, braku znamion czynu zabronionego itp. Nie ulega bowiem wątpliwości, że ustawa zezwala organom procesowym przy stwierdzeniu czynu prywatnoskargowego i braku interesu społecznego w objęciu go ściganiem z urzędu do odstąpienia od prowadzenia postępowania na każdym etapie, bez ustalenia choćby, czy zdarzenie zaistniało, czy było czynem w rozumieniu prawa karnego i czy realizowało znamiona przestępstwa. Istotne z tej perspektywy jest jedynie wykluczenie obowiązku ścigania (tj. czynu publicznoskargowego) i ustalenie okoliczności koniecznych do oceny, czy w sprawie istnieje interes społeczny uzasadniający ingerencję prokuratora. We wszystkich więc tych sprawach, w których już z samego zawiadomienia wynika, że miało dojść do popełnienia przestępstwa prywatnoskargowego, prokurator, opierając się jedynie na treści zawiadomienia i podawanych tam

skutecznie na powagę rzeczy osądzonej wynikającą z punktu 1 decyzji prokuratora. Postanowienie bowiem – mimo swej redakcji – dotyczyło jednego i tego samego zdarzenia faktycznego.

³⁸ Na problem z zaskarżaniem tego typu postanowień wskazuje M. Gabriel-Węglowski, *Regulamin...*, s. 373.

³⁹ Por. m.in. wyrok SN z dnia 10 sierpnia 1989 r., sygn. II KR 131/89, OSP 1990, nr 8, poz. 309.

okolicznościach zdarzenia, ma prawo odmówić wszczęcia lub umorzyć postępowanie. Jeżeli jednak z różnorodnych przyczyn objął on czyn ściganiem z urzędu lub prowadził postępowanie w kierunku przestępstwa publicznoskargowego i w jego toku stwierdził, że jednak jest to czyn prywatnoskargowy i brak jest interesu społecznego w kontynuowaniu jego ścigania z urzędu, możliwe są dwie sytuacje. Pierwsza, kiedy prokurator, stwierdzając powyższe, nadal nie wie, czy do popełnienia czynu doszło i czy realizował on znamiona przestępstwa prywatnoskargowego, druga, kiedy etap postępowania i przeprowadzone dowody pozwalają na rekonstrukcję stanu faktycznego i ocenę prawną. W pierwszej sytuacji prokurator powinien umorzyć postępowanie, stwierdzając w uzasadnieniu, że nawet jeśli czyn został popełniony, czego nie można stwierdzić na tym etapie postępowania, to miał charakter prywatnoskargowy, a w sprawie brak jest interesu społecznego do objęcia go ściganiem z urzędu. W drugim przypadku powstaje wątpliwość, czy będąc w stanie ocenić prawnie czyn, prokurator nie powinien stosować przesłanek wskazanych w art. 17 k.p.k. Wydaje się, że rozwiązaniem bardziej przekonującym jest konieczność oceny prawnej zdarzenia przez prokuratora. Nie może, a przynajmniej nie powinien on bowiem „przymknąć oka” na istnienie negatywnych przesłanek procesowych wskazanych w art. 17 k.p.k., gdy zebrane w sprawie materiały pozwalają mu na ich stwierdzenie. Argument strony przeciwnej, wskazujący, że pokrzywdzonemu należy dać możliwość skierowania prywatnego aktu oskarżenia, nie jest przekonujący. Po pierwsze, mimo umorzenia postępowania przez prokuratora strona nadal może skierować samodzielnie akt oskarżenia (jeśli oczywiście postępowanie nie zakończyło się w fazie *in personam*), po drugie, należy przyjmować, że podejmując taką decyzję, prokurator postępuje słusznie – nie ma więc ryzyka, że sąd, rozpoznając prywatny akt oskarżenia, nie podzieli jego stanowiska. W tym zakresie posłkowo należy więc stosować wypracowaną w orzecznictwie zasadę stosowaną przy zbiegu formalnych i materialnych przyczyn umorzenia postępowania polegającą na regule priorytetu przesłanek formalnych z wyjątkiem sytuacji, gdy w sprawie przeprowadzono wyczerpujące postępowanie przygotowawcze prowadzące do wniosku, że w sprawie zaistniała materialna negatywna przesłanka procesowa⁴⁰.

Zakończenie

Zaprezentowana w niniejszym artykule wykładnia odpowiednich przepisów art. 17 k.p.k. pozwala na konsekwentne i logiczne formułowanie decyzji

⁴⁰ Por. postanowienie SN z dnia 15 kwietnia 2004 r., sygn. SDI 21/04, OSNKW 2004, nr 6, poz. 64, LEX nr 111704, a także postanowienie SN z dnia 2 kwietnia 2002 r., sygn. V KKN 484/00, LEX nr 53336.

procesowych. Jest to wartość istotna nie tylko dla profesjonalnych podmiotów stosujących prawo, ale również stron procesowych, które poddają kontroli orzeczenia organów procesowych. Stosując prawo w zaprezentowany sposób, organy procesowe unikają zarzutów nieścisłości pomiędzy wskazanymi w sentencji podstawami lub przyczynami zakończenia postępowania a uzasadnieniem decyzji. Tym samym gwarantują stronom procesowym wydanie jasnego i spójnego orzeczenia pozbawionego nieścisłości czy wątpliwości merytorycznych. Oczywiście, powyższe opracowanie – mimo pogłębionej analizy – nie jest w stanie rozwiązać wszystkich problemów praktycznych i teoretycznych związanych ze stosowaniem negatywnych materialnych przesłanek procesowych i do takiego miana nie aspiruje, niemniej może być użyteczne przy wyborze prawidłowej podstawy i przyczyny postępowania karnego. Artykuł z pewnością bowiem nie rozstrzyga problemów związanych z nieścisłością ustawodawcy w redagowaniu tekstu prawnego. Konsekwentne stosowanie zaproponowanych rozwiązań może jednak wspomniane nieścisłości skutecznie niwelować.

Practical application of Article 17, § 1, points 1 to 4 and Article 322 of the Code of Criminal Procedure by prosecutors

Abstract

This contribution addresses some select and most controversial issues connected with interpretation and application of negative substantive procedural conditions set forth in Article 17 of the Code of Criminal Procedure. An in-depth dogmatic analysis is offered of the said regulations and typical problems of practical application. Solutions of the problems are suggested with examples as well as wide-ranging arguments in favour of the recommended view supported by the relevant literature and judicial decisions. This contribution is primarily targeted at practitioners who, on a daily basis, face the problem with determining the right basis of, and the appropriate reason for terminating preliminary proceedings.

RECENZJE

Bogusław Sygit, Damian Wąsik

Recenzja książki Wojciecha Kotowskiego, Problematyka wypadków drogowych, Biblioteka „Palestry”, Warszawa 2016

Bezpieczeństwo w ruchu drogowym niewątpliwie jest jednym z najważniejszych elementów porządku publicznego, a zarazem newralgicznym punktem całego systemu bezpieczeństwa wewnętrznego państwa. Zapewnienie możliwości niezakłóconego korzystania z dróg publicznych przez uczestników ruchu drogowego, również w zakresie transportu czy turystyki, zalicza się do najważniejszych zadań organów administracji publicznej. O bezpieczeństwie w ruchu drogowym nie decyduje jednak wyłącznie stan infrastruktury drogowej czy też oznakowanie i oświetlenie dróg, ale również rozważa kierujących pojazdami i pieszych, ich odpowiedzialność i poszanowanie dla obowiązującego porządku prawnego. Wypadki drogowe, zwłaszcza te kończące się tragicznie – śmiercią kierujących, pasażerów pojazdów, rowerzystów czy pieszych, należą do jednych z najbardziej bulwersujących opinię publiczną. Świadczy o tym chociażby często funkcjonujące w mediach określenie „potencjalny zabójca” adresowane w stosunku do kierowców prowadzących pojazd w stanie nietrzeźwości lub wpływem narkotyków. Wypadki drogowe, zwłaszcza te, których okoliczności pozwalają przypisać sprawcy odpowiedzialność karną za przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji, niosą ze sobą znacząco szkodliwość społeczną. Jednocześnie wymagają one stanowczej reakcji organów ścigania, rzetelnego gromadzenia materiału dowodowego i umiejętnej analizy przebiegu zdarzenia. Jak jednak wskazuje praktyka, w tym względzie wciąż stwierdzane są pewne niedostatki, co wymusza zwłaszcza na środowiskach naukowych prezentowanie wyników badań naukowych, przemyśleń, refleksji i doświad-

czeń w zakresie sytuacji, do których dochodzi na drodze, oraz sposobów ich sprawnego i obiektywnego rozpatrywania na wokandach sądowych.

Wojciech Kotowski – Autor recenzowanej publikacji „Problematyka wypadków drogowych” jest uznanym autorytetem w dziedzinie prawa o ruchu drogowym, posiadającym olbrzymi wkład w badanie istoty i specyfiki przestępczości drogowej i wykroczeń drogowych oraz przeciwdziałania tym zjawiskom, a także opiniowania w sprawach rekonstrukcji wypadków drogowych. Na publikacjach Autora, na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci, uczyło się i szkoliło setki prawników, z których wielu z powodzeniem wykonuje dzisiaj zawody prawnicze, pełni służbę w Policji lub innych instytucjach. Z zadowoleniem przyjęto zatem kolejne dzieło Autora z wymienionego zakresu, pamiętając wysoki poziom merytoryczny poprzednich publikacji, w tym monografii, komentarzy oraz artykułów naukowych i popularnonaukowych.

Recenzowana monografia w dużej mierze opiera się na podstawie artykułów publikowanych przez Autora na przestrzeni lat 2008–2016 w czasopiśmie „Palestra” wydawanym przez Naczelną Radę Adwokacką. Pierwszą rzeczą, która zwraca uwagę przy lekturze dzieła Autora, jest właśnie układ monografii, przyjmujący charakter nie tyle rozdziałów, co interesującego zestawienia problemów teoretycznych i praktycznych dotyczących wypadków drogowych. Układ ten stanowi spójną całość, publikowane materiały są uporządkowane i logicznie ze sobą powiązane. Punktem wyjścia Autor słusznie czyni zarys historyczny prawa o ruchu drogowym i ewolucję polskiego porządku prawnego w tym zakresie. Dalej zaprezentowane są dość obszernie zagadnienia postępowania dowodowego prowadzonego na miejscu zdarzenia drogowego, tj. specyfika policyjnych czynności podejmowanych na miejscu wypadku drogowego, przybliżenie istoty i założeń jednej z najważniejszych czynności dowodowych w procesie karnym – eksperymentu procesowego przeprowadzanego w sprawach wypadków drogowych, a także problematyki opiniowania przez biegłych sądowych na przykładzie dwóch analizowanych ekspertyz z zakresu rekonstrukcji wypadków drogowych, zarówno uznanych za pełne, jak i niepełne. Autor w kolejnym materiale udziela natomiast cennych, praktycznych wskazówek co do tego, w jaki sposób formułować pytania do biegłych sądowych opiniujących o przebiegu wypadku drogowego, na które aspekty zdarzenia zwracać szczególną uwagę, a także jak zakreślać ramy opinii, dając jednocześnie biegłym możliwość udzielenia pełnych, jasnych, wyczerpujących i wartościowych pod względem dowodowym odpowiedzi.

W kwestii opiniowania przez biegłych podzielić należy stanowisko Autora, że „biegły z obiektywnych względów wielokrotnie nie może sformułować kategoriycznych wniosków opinii, niemniej jednak, jeżeli w toku analizy przebiegu zdarzenia rysują się dwie możliwe wersje, przy czym każda z nich ujawnia innego z dwóch możliwych sprawców, a równocześnie biegły

stwierdza, że każda z wersji jest w równym stopniu możliwa, wówczas taka opinia nie przedstawia praktycznie żadnej wartości dowodowej w toczącym się postępowaniu (prokuratorskim czy sądowym). W takim zakresie biegły w ogóle nie jest potrzebny, ponieważ organ procesowy wie od samego początku o istnieniu podstawowych wariantów, a mianowicie że sprawcą może być kierujący lub pieszy” (s. 57–58). O słuszności powyższego poglądu Autora przekonuje chociażby fakt, że nadinterpretacja opinii biegłych, a do takiej może dojść zwłaszcza wtedy, gdy jest ona wielowariantowa, może negatywnie wpływać na realizację zasadniczych celów postępowania karnego, a przy tym destrukcyjnie oddziaływać na urzeczywistnianie zasad prawdy materialnej czy domniemania niewinności. Organy procesowe, strony, jak i sami biegli muszą być zatem świadomi, że nie wszystkie aspekty zdarzenia drogowego uda się zawsze wyjaśnić w drodze opinii rekonstrukcyjnej, a niekiedy trzeba sięgnąć po inne dowody, np. zeznania świadka lub wyjaśnienia oskarżonego. Niedopuszczalnym jest też wydawanie opinii kategorycznych „za wszelką cenę”.

W dalszej części monografii Wojciech Kotowski omawia niezwykle interesujące przypadki z praktyki śledczej, orzeczniczej i opiniodawczej w sprawach wypadków drogowych, w tym zdarzeń drogowych z udziałem pieszych. Na uwagę zasługuje styl, w jaki Autor prezentuje analizowane sprawy. Obok kazuistycznie przedstawionego stanu faktycznego i omówienia najważniejszych czynności procesowych podjętych w sprawie prezentowane są własne przemyślenia i wnioski Autora co do przebiegu zdarzenia, przyczyn zachowania uczestników ruchu drogowego w krytycznym momencie, możliwości uniknięcia na ogół tragicznego w skutkach wypadku, a także celowości podejmowania określonych czynności dowodowych i kierunku, w jakim powinno się je prowadzić. Jako przykład szczególnie wnikliwej analizy wypadku przeprowadzonej przez Autora wskazać należy artykuł zatytułowany „Dramat nastolatki na przejściu dla pieszych” (s. 75–84), gdzie sformułowane zostały przykładowe pytania do biegłego z zakresu rekonstrukcji wypadków drogowych, mogące wyjaśnić okoliczności opisywanego zdarzenia. Innymi problemami szczegółowo analizowanymi przez Autora są np. ocena zachowania sprawcy wypadku kierującego motocyklem („Śmiertelne potrącenie na przejściu przez motocykl”, s. 85–89), przyczynienia się pieszego do wypadku drogowego („Brak wyobraźni pieszej!”, s. 97–101), obiektywnych możliwości zachowania przez kierującego pojazdem szczególnej ostrożności w ruchu drogowym („Granice przewidywania możliwości wypadku przez kierującego pojazdem”, s. 131–134), a także szereg wypadków drogowych z udziałem rowerzystów (m.in. „Śmiertelne potrącenie rowerzysty na przejściu dla pieszych”, s. 141–150, a także „Wypadek śmiertelny z udziałem rowerzystki”, s. 151–157).

Autor w recenzowanej monografii nie unika oceny prawidłowości prowadzonych postępowań dowodowych, do wielu analizowanych przypadków podchodzi krytycznie, stawia pytania oraz wskazuje na błędy, uchybienia oraz pomyłki organów procesowych i biegłych. Czyni to jednak w sposób niezwykle wyważony, a przy tym konstruktywny – sugeruje alternatywne sposoby rozwiązania określonych wątpliwości, względnie proponuje podjęcie współpracy organów i stron z biegłymi w wyjaśnianiu okoliczności sprawy.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że to właśnie postulat budowania wzajemnego zrozumienia prokuratury, sądów, stron i ich pełnomocników z biegłymi z zakresu rekonstrukcji wypadków drogowych i zacieśnienia wzajemnej współpracy na rzecz efektywności opiniowania w trudnych i skomplikowanych pod względem dowodowym sprawach karnych o przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji jest główną ideą monografii Wojciecha Kotowskiego. Gdyby bowiem właściwie zgromadzono i zabezpieczono materiał dowodowy na miejscu zdarzenia, a następnie przedłożono go biegłemu, stawiając uprzednio prawidłowo sformułowane pytania i odpowiednio zakreślając granice opinii, wielu nieporozumień czy uchybień udało by się uniknąć. Pamiętać bowiem należy, i o tym przypomina recenzowana książka „Problematyka wypadków drogowych”, że rozstrzyganie spraw karnych, w których doszło do zawinienia przez sprawcę zdarzenia drogowego, następuje wielokrotnie na styku nauk prawnych oraz nauk technicznych, fizyki i matematyki. Zarówno sąd, prokurator, obrońcy i pełnomocnicy, jak i biegli sądowi wnoszą do procesu karnego pewien unikalny element, z których budowane są następnie podstawy faktyczne i prawne orzekania o winie lub niewinności oskarżonych.

Monografia Wojciecha Kotowskiego „Problematyka wypadków drogowych” jest kolejną publikacją z olbrzymiego dorobku Autora, którą z pełnym przekonaniem zaliczyć należy do kanonu polskiego piśmiennictwa naukowego poświęconego prawnym problemom ruchu drogowego, przestępstwom drogowym i opiniowaniu w sprawach dotyczących wypadków drogowych. Walorem publikacji jest interdyscyplinarne ujęcie złożonej problematyki wypadków drogowych, z uwzględnieniem aspektów prawa karnego materialnego i procesowego, kryminalistyki, ale również wątków kryminologicznych w tych częściach pracy, w których Autor poświęca uwagę motywom zachowań przestępczych sprawców wypadków drogowych. Praca stanowi znakomity przegląd odpowiednio wyselekcjonowanych zdarzeń drogowych, obejmujących niemalże wszystkie możliwe znane formy niebezpiecznych zachowań w ruchu drogowym, drobiazgowo wręcz opisanych, tak pod względem stanu faktycznego i przebiegu postępowań karnych, jak i wniosków Autora czynionych na tle zapadłych w nich rozstrzygnięć. Znakomity język i styl, jakimi napisane jest dzieło W. Kotowskiego, w połączeniu z wartością merytoryczną opracowania, przekłada się na bardzo wysoki poziom publikacji.

Przyjęty układ pracy pozwala szybko odnaleźć zagadnienia interesujące Czytelnika w danym momencie. Lekturę publikacji „Problematyka wypadków drogowych” należy gorąco polecić wszystkim osobom, które naukowo lub zawodowo zajmują się kwestiami bezpieczeństwa drogowego w ujęciu prawnokarnym i karnoprocesowym, a zatem sędziom, prokuratorom, adwokatom i radcom prawnym, funkcjonariuszom Policji i innych służb wykonujących czynności na miejscu zdarzeń drogowych, jak również biegłym sądowym z zakresu rekonstrukcji wypadków drogowych. Aktualna tematyka oraz połączenie walorów praktycznego i naukowego w znakomity, przemyślany i unikalny sposób stanowi najlepszą rekomendację dla recenzowanego dzieła.

GLOSY

Marta Kolendowska-Matejczuk

Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 19 maja 2015 r., sygn. SK 1/14¹

Streszczenie

Glosa dotyczy problematyki zgodności z Konstytucją zasad wnoszenia subsydiarnego aktu oskarżenia, w zakresie, w jakim uzależniają wniesienie przez pokrzywdzonego aktu oskarżenia od przesłanki powtórnego wydania przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania. W glosie podzielono zarówno sentencję, jak również uzasadnienie wyroku Trybunału Konstytucyjnego.

Artykuł 55 § 1 zdanie pierwsze w związku z art. 330 § 2 zdanie drugie ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 89, poz. 555 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym od 12 lipca 2007 r. do 22 lipca 2013 r., w zakresie, w jakim uzależnia wniesienie przez pokrzywdzonego aktu oskarżenia od przesłanki powtórnego wydania przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania, jest zgodny z art. 32 ust. 1 w związku z art. 45 ust. 1 w związku z art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Institucja skargi subsydiarnej (tj. prawa do zainicjowania, po spełnieniu się określonych warunków, postępowania sądowego przez pokrzywdzonego – oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego, wskutek wniesienia przez niego,

¹ Dz. U. z 2015 r., poz. 726.

zamiast przez prokuratora, aktu oskarżenia w sprawach z oskarżenia publicznego²), stanowi istotną gwarancję w ukształtowaniu pozycji pokrzywdzonego w procesie karnym, urzeczywistniając prawo pokrzywdzonego do sądu³, a także hołdując zasadzie legalizmu⁴. W myśl art. 55 § 1 k.p.k.⁵ w zw. z art. 330 § 2 k.p.k.⁶ subsydiarny akt oskarżenia może wnieść pokrzywdzony, który wykorzystał uprawnienia z art. 306 § 1 i 1a k.p.k., a w sprawie doszło do powtórnego wydania przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia bądź śledztwa lub po powtórnym umorzeniu dochodzenia bądź śledztwa⁷. W praktyce pokrzywdzony nabywa zatem prawo do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, jeżeli zaskarży pierwsze postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania lub postanowienie o umorzeniu postępowania, a sąd właściwy uchylił takie postanowienie, wskazując powody uchylecia oraz polecając kontynuowanie postępowania, a następnie prokurator, po przeprowadzeniu określonych czynności, nadal nie znajdując podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, ponownie wyda postanowienie

² S. Szolucha, Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego, (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2015, s. 207.

³ Trybunał Konstytucyjny utrzymał pogląd, że konstytucyjna gwarancja prawa do sądu, wyrażona w art. 45 ust. 1 Konstytucji, obejmuje nie tylko oskarżonego, ale również pokrzywdzonego przestępstwem, a wymogi sprawiedliwej procedury wynikające zarówno z art. 45 ust. 1 Konstytucji, jak i z zasady państwa prawnego wyrażonej w art. 2 Konstytucji, obejmują również sam etap wszczynania postępowania przed sądem w sprawie karnej (wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 25 września 2012 r., sygn. SK 28/10, OTK-A 2012, nr 8, poz. 96 i cyt. tam orzecznictwo TK).

⁴ J. Zagrodnik, Instytucja skargi subsydiarnej w procesie karnym, Warszawa 2005, s. 423.

⁵ W obecnym brzmieniu art. 55 k.p.k. stanowi: „§ 1. W razie powtórnego wydania postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania w wypadku, o którym mowa w art. 330 § 2, pokrzywdzony może w terminie miesiąca od doręczenia mu zawiadomienia o postanowieniu wnieść akt oskarżenia do sądu, dołączając po jednym odpisie dla każdego oskarżonego oraz dla prokuratora. Przepis art. 488 § 2 stosuje się odpowiednio. § 2. Akt oskarżenia wniesiony przez pokrzywdzonego powinien być sporządzony i podpisany przez pełnomocnika, z zachowaniem warunków określonych w art. 332 i art. 333 § 1. § 3. Inny pokrzywdzony tym samym czynem może aż do rozpoczęcia przewodu sądowego na rozprawie głównej przyłączyć się do postępowania. § 4. W sprawie wszczętej na podstawie aktu oskarżenia wniesionego przez oskarżyciela posiłkowego może brać udział również prokurator”.

⁶ W myśl obowiązującego art. 330 k.p.k.: „§ 1. Uchylając postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego lub odmowie jego wszczęcia, sąd wskazuje powody uchylecia, a w miarę potrzeby także okoliczności, które należy wyjaśnić, lub czynności, które należy przeprowadzić. Wskazania te są dla organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze wiążące. § 2. Jeżeli organ prowadzący postępowanie nadal nie znajduje podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, wydaje ponownie postanowienie o umorzeniu postępowania lub odmowie jego wszczęcia. W takim wypadku pokrzywdzony, który wykorzystał uprawnienia przewidziane w art. 306 § 1 i 1a, może wnieść akt oskarżenia określony w art. 55 § 1 – o czym należy go pouczyć. § 3. W razie wniesienia przez pokrzywdzonego aktu oskarżenia prezes sądu przesyła jego odpis prokuratorowi, wzywając go do nadesłania w terminie 14 dni akt postępowania przygotowawczego”.

⁷ Por. T. Grzegorzek, Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego, LEX 2014.

o odmowie wszczęcia postępowania lub postanowienie o umorzeniu postępowania⁸. Przy czym, jak słusznie podkreśla się w doktrynie, przepisy nie dopuszczają możliwości wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia w sytuacji, gdy najpierw nastąpiła odmowa wszczęcia postępowania przygotowawczego, a następnie na skutek uchylecia tego postanowienia przez sąd, w wyniku rozpoznania zażalenia pokrzywdzonego, doszło do jego umorzenia⁹. Zgodnie bowiem z utrwalonym poglądem Sądu Najwyższego „użyte w art. 330 § 2 zd. 1 k.p.k. określenie «wydaje ponownie postanowienie o umorzeniu postępowania lub odmowie jego wszczęcia» oznacza, iż chodzi o sytuację, gdy prokurator – po uprzednim uchyleciu przez sąd postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania – nie znajdując nadal podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, wydaje po raz wtóry takie samo postanowienie jak to, które było poprzednio przedmiotem zaskarżenia (...). Użycie słowa «powtórnie» nie może oznaczać nic innego, jak wydanie raz jeszcze decyzji o odmowie wszczęcia lub raz jeszcze postanowienia umarzającego ponownie postępowanie karne. Nie ma natomiast znaczenia, czy owa powtórna decyzja oparta jest na tej samej, czy na innej podstawie prawnej. Oczywiście jest jednak, że w wypadku wydania, po uprzednim uchyleciu przez sąd postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, decyzji o wszczęciu dochodzenia lub śledztwa, a następnie postanowienia o jego umorzeniu, nie można mówić o wydaniu ponownie postanowienia, jakie uprzednio uchylono. A zatem nie wchodzi tu w grę ograniczenie zaskarżalności, wynikające z art. 330 § 2 zd. 2 k.p.k., lecz otwiera się możliwość zaskarżenia decyzji umarzającej w trybie wskazanym w art. 306 § 2 k.p.k.”¹⁰. Mając na względzie wskazane wyżej warunki wnoszenia subsydiarnego aktu oskarżenia, nie brak uzasadnienia dla twierdzeń prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie, że procedura poprzedzająca wniesienie subsydiarnego aktu oskarżenia jest długa i skomplikowana¹¹ i wymaga de-

⁸ Por. wyrok TK z dnia 8 stycznia 2013 r., sygn. K 18/10, Dz. U. z 2013 r., poz. 88; zob. także S. Szolucha, Komentarz..., s. 207.

⁹ K. Eichstaedt, Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2013, s. 295–296.

¹⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 maja 2000 r., sygn. I KZP 9/00, OSNKW 2000, nr 5–6, poz. 42; por. także: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. IV KK 87/13, LEX nr 1331369; R. A. Stefański, Tryb zaskarżania postanowień o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania przygotowawczego, Prokuratura i Prawo 2000, nr 1, s. 142 i nast.

¹¹ Tak np. J. Zagrodnik, Instytucja..., s. 115 i cyt. tam literatura; por. również wyrok TK z dnia 8 stycznia 2013 r., sygn. K 18/10. Przy czym wskazać należy, że jak słusznie podkreśla się w doktrynie, na mocy art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2007 r., Nr 64, poz. 432) doszło do pewnego skrócenia procedury uzyskiwania statusu oskarżyciela posiłkowego, poprzez uchylene art. 306 § 2 k.p.k., zgodnie z którym zażalenie na postanowienie o odmowie wszczęcia śledztwa lub jego umorzeniu wnosilo się do

terminacji pokrzywdzonego w dążeniu do zainicjowania postępowania karnego wskutek skargi subsydiarnej¹². Z drugiej jednak strony podzielić należy pogląd, że ustawodawca poprzez wprowadzenie żmudnej procedury poprzedzającej wniesienie subsydiarnego aktu oskarżenia, ale też ustanowienie obowiązku sporządzenia i podpisania takiego aktu oskarżenia przez adwokata lub radcę prawnego (przymus adwokacko-radcowski) oraz obowiązku ponoszenia kosztów procesu w razie zapadnięcia wyroku uniewinniającego, próbuje zapobiegać wnoszeniu oczywiście bezzasadnych oskarżeń¹³ i tym samym przeciwdziała „zarzuceniu” sądów sprawami, w których oskarżenie jest bezpodstawne, przez co chroni prawa osób, przeciwko którym takie oskarżenie zostałyby sformułowane¹⁴. Przewidziana przez ustawodawcę w art. 55 § 1 i art. 330 § 2 k.p.k. procedura uzyskiwania uprawnienia do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia, w zakresie, w jakim przewiduje uprawnienie do wniesienia przez pokrzywdzonego aktu oskarżenia jedynie w przypadku powtórnego wydania przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania, została zakwestionowana w skardze konstytucyjnej z dnia 31 grudnia 2012 r., jako nie spełniająca standardów wynikających art. 32 ust. 1 w zw. z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 77 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Uzasadniając skargę konstytucyjną, skarżący w szczególności wskazał, że przepisy art. 55 ust. 1 i art. 330 § 2 k.p.k. uzależniają nadanie pokrzywdzonemu uprawnienia do wniesienia aktu oskarżenia od formy rozstrzygnięcia prokuratora, co powoduje odmienne traktowanie przez ustawodawcę podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji. Zdaniem skarżącego, zaskarżone przepisy wiążą skutek w postaci uprawnienia do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia nie z podstawą zapadłych rozstrzygnięć, lecz z ich formą, gdy tymczasem postanowienia prokuratora, mimo że formalnie różne, mogą mieć – zgodnie z art. 17 § 1 k.p.k. – tożsame podstawy. W przekonaniu skarżącego trudno jest przyjąć, aby konstytucyjnie relewantną cechą, usprawiedliwiającą różnicowanie możliwości złożenia subsydiarnego aktu oskarżenia, była forma postanowienia prokuratora, skoro zarówno postanowienie o umorzeniu postępowania, jak i o odmowie wszczęcia postępowania mogą być wydane na podstawie niczym nie różniących się okoliczności. Jak podkreślił skarżący, na drodze do wniesienia przez niego subsydiarnego aktu oskarżenia postawiono przeszkodę proceduralną, tj. konieczność ponownego zaskarżenia decyzji proku-

prokuratora nadrzędnego nad prokuratorem, który wydał lub zatwierdził postanowienie, a dopiero jeżeli prokurator nadrzędny nie przychylił się do zażalenia, kierowało się je do sądu – por. szerzej T. Grzegorzcyk, Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego, LEX 2014.

¹² Z. Gostyński, Komentarz do art. 55 Kodeksu postępowania karnego, LEX 1998.

¹³ Tak: J. Grajewski, Komentarz aktualizowany do art. 55 Kodeksu postępowania karnego, LEX 2013; K. Eichstaedt, Komentarz..., s. 294.

¹⁴ J. Zagrodnik, Instytucja..., s. 425.

ratora do sądu. Tymczasem takiego wymogu nie stawia się pokrzywdzonym w przypadku, gdy prokurator wyda dwa postanowienia o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania, niezależnie od tego, czy mają one tożsame, czy różne podstawy. W konsekwencji, spośród dwóch podmiotów, których sytuacja jest identyczna, jeden musi pokonać dodatkową barierę proceduralną, aby uzyskać uprawnienie do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia. Konkludując, skarżący podniósł, że wybrana przez ustawodawcę cecha prowadząca do różnicowania sytuacji prawnej ma charakter czysto formalny i w rezultacie, wbrew zasadzie wyrażonej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, powoduje odmienne i niesprawiedliwe traktowanie podmiotów znajdujących się w tożsamej sytuacji¹⁵.

Trybunał Konstytucyjny w głosowanym wyroku z dnia 19 maja 2015 r., w moim przekonaniu słusznie nie podzielił poglądu zawartego w skardze konstytucyjnej i uznał zakwestionowane przepisy, w zaskarżonym zakresie, za zgodne z Konstytucją. Jak zasadnie przyjął Trybunał Konstytucyjny, problem konstytucyjny w niniejszej sprawie „sprowadzał się do oceny, czy wymóg powtórnego wydania przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania prowadzi do nierównego traktowania pokrzywdzonych, utrudniając – lub wręcz uniemożliwiając – niektórym z nich realizację prawa do uruchomienia procedury sądowej. «Asymetryczny dostęp» do subsydiarnego aktu oskarżenia dotyczyć miałby sytuacji, w której, w następstwie uchylecia przez sąd postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania, prokurator wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania. Ponieważ postanowienie w tej formie wydano w sprawie po raz pierwszy, pokrzywdzony chcący skorzystać z prawa do wystąpienia z własnym aktem oskarżenia musi pokonać dodatkową barierę proceduralną w postaci wniesienia do sądu jeszcze jednego zażalenia”¹⁶. Posługując się standardami wypracowanymi na gruncie art. 32 ust. 1 Konstytucji¹⁷, w pierwszej kolejno-

¹⁵ Skarga konstytucyjna oraz inne dokumenty w tej sprawie dostępne na stronie TK: http://otk.trybunal.gov.pl/orzeczenia/ezd/sprawa_lista_plikow.asp?syg=SK%201/14.

¹⁶ Uzasadnienie wyroku TK, teza 5.1.

¹⁷ Trybunał Konstytucyjny w głosowanym wyroku przypomniał, że „zasada równości wobec prawa nakazuje identyczne traktowanie wszystkich adresatów norm prawnych znajdujących się w takiej samej lub podobnej sytuacji prawnie relewantnej. Z zasady tej wynika zatem nakaz równego (jednakowego) traktowania wszystkich adresatów norm prawnych charakteryzujących się w takim samym stopniu tą samą, relewantną cechą, co oznacza zarówno zakaz dyskryminowania, jak i faworyzowania takich osób. Ustalenie naruszenia w konkretnym stanie faktycznym zasady równości musi być poprzedzone wskazaniem kręgu adresatów budzącej wątpliwości normy prawnej oraz wskazania tych elementów określających ich sytuację, które są prawnie relewantne (zob. wyroki TK z dni: 29 maja 2001 r., sygn. K 5/01, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 87; 14 lipca 2004 r., sygn. SK 8/03, OTK ZU 2004, nr 7/A, poz. 65; 5 kwietnia 2011 r., sygn. P 6/10, OTK ZU 2011, nr 3/A, poz. 19)” – uzasadnienie wyroku TK, teza 3.2. Jak wielokrotnie podnosił to Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie, oceniając daną regulację z punktu widzenia zasady równości, Trybunał musi przede wszystkim

ści Trybunał Konstytucyjny musiał zatem ustalić w sprawie, czy zachodzi tożsamość podmiotów nabywających uprawnienia do wystąpienia z subsydiarnym aktem oskarżenia i po dokonanej analizie problematyki będącej przedmiotem skargi konstytucyjnej, w moim przekonaniu, Trybunał doszedł do uzasadnionego twierdzenia, że ze względu na odmiennność uwarunkowań faktycznych i prawnych nie można powiedzieć, że wszyscy pokrzywdzeni znajdują się w tej samej sytuacji z punktu widzenia możliwości wystąpienia z subsydiarnym aktem oskarżenia. Trybunał Konstytucyjny, mimo że nie odmówił racji twierdzeniom skarżącego, iż w stanach faktycznych, takich jak ten, który legł u podstaw rozpatrywanej skargi konstytucyjnej¹⁸, procedura dojścia do statusu oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego jest wydłużona, to jednak „konstatacja ta nie wystarcza, by wykazać, że ustawodawca nie zapewnił możliwości wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia w sposób odpowiadający zasadzie równości, w istocie bowiem warunki zastosowania instytucji, o której mowa w kwestionowanych przepisach, są determinowane konkretną sytuacją procesową pokrzywdzonych”¹⁹. Rację ma Trybunał Konstytucyjny, kontestując twierdzenie skarżącego, że postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego różni się od postanowienia o umorzeniu takiego postępowania jedynie „formą”. Istotne w tym zakresie są poglądy Sądu Najwyższego zawarte w uzasadnieniu uchwały z dnia 17 maja 2000 r., sygn. I KZP 9/00, w którym Sąd ten podniósł, że postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego wydawane jest w innym układzie procesowym od postanowienia o umorzeniu takiego postępowania. Zgodnie z art. 305 § 1 k.p.k., „niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia o przestępstwie organ powołany do prowadzenia postępowania przygotowawczego obowiązany jest wydać postanowienie o wszczęciu bądź o odmowie wszczęcia śledztwa”. Jak podkreśla się w doktrynie: „Ustawa karna procesowa w art. 305 § 1 nakazuje niezwłocznie, a więc bez zbędnej zwłoki, wydać postanowienie o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, na skutek złożenia zawiadomienia o przestępstwie, jeżeli zachodzą negatywne warunki dopuszczalności postępowania karnego, wskazane *a contrario* w treści art. 303 k.p.k., w postaci braku podstawy faktycznej

ustalić, czy w ogóle zachodzi podobieństwo jej adresatów, a więc, czy możliwe jest wskazanie istnienia wspólnej istotnej cechy faktycznej lub prawnej uzasadniającej ich równe traktowanie, co możliwe jest poprzez przeprowadzenie testu, czy podmioty te charakteryzują się w równym stopniu daną cechą istotną; czy można wskazać wspólną cechę istotną uzasadniającą równe traktowanie podmiotów prawa, biorąc pod uwagę treść i cel danej regulacji prawnej (por. wyroki Trybunału Konstytucyjnego: z dnia 20 października 2009 r., sygn. SK 15/08, OTK-A 2009, nr 9, poz. 136; z dnia 22 marca 2011 r., sygn. SK 13/08, OTK-A 2011, nr 2).

¹⁸ Chodzi o sprawy, gdzie nie doszło do powtórnego wydania przez prokuratora postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia lub śledztwa czy powtórnego postanowienia w przedmiocie umorzenia dochodzenia lub śledztwa.

¹⁹ Uzasadnienie wyroku TK, teza 5.2.

wszczęcia postępowania karnego lub wskazane w treści art. 17 § 1 k.p.k., tj. istnieją tzw. negatywne przesłanki procesowe. Postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania karnego rozstrzyga bowiem w przedmiocie materialnej przesłanki określonej w art. 303 k.p.k. oraz wartości i znaczenia przesłanek procesowych, stanowiących zespół elementów ograniczających dopuszczalność wszczęcia postępowania karnego nawet wówczas, gdy istnieje przesłanka materialna. Decyzja ta rozstrzyga w istocie o niemożności (brak przesłanki o charakterze materialnym) lub niedopuszczalności (istnienie ujemnej przesłanki procesowej) powstania zasadniczego przedmiotu postępowania karnego²⁰. Co istotne, „niewskazanie wprost w treści art. 305 § 1 k.p.k. powodów podjęcia postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego nie oznacza dowolności zapadających decyzji. Rodzaj podejmowanych w tym zakresie rozstrzygnięć procesowych wynika z treści art. 17 k.p.k. określającego przesłanki procesowe, a również *a contrario* z treści art. 303 k.p.k. Jeżeli uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa obliguje oskarżyciela publicznego – zgodnie z zasadą legalizmu – do wszczęcia postępowania przygotowawczego, to oczywistym jest, że brak takiego uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa – wyjąwszy dyspozycję art. 307 k.p.k. – stanowi podstawę do niezwłocznego podjęcia postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego (dochodzenia lub śledztwa)”²¹. Z kolei, postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego zapada na dalszym jego etapie, po przeprowadzeniu częstokroć wielu czynności i, co oczywiste, aczkolwiek też istotne z punktu widzenia problematyki rozstrzygniętej przez Trybunał – po uprzednim wydaniu innej decyzji procesowej, tj. postanowienia o wszczęciu postępowania przygotowawczego²². W tym stanie rzeczy nie można przyjąć, wbrew twierdzeniom skarżącego, że postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego i postanowienie o umorzeniu postępowania różnią się „jedynie formą”, co uzasadniałoby tezę o podobieństwie podmiotów (pokrzywdzonych), w sytuacji, kiedy wydane zostały dwie tożsame decyzje (kolejny raz doszło do wydania przez prokuratora takiej samej decyzji o zaniechaniu ścigania, to jest postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego lub umorzenia postępowania) i podmiotów, w sytuacji, gdy najpierw nastąpiła odmowa wszczęcia postępowania przygotowawczego, a następnie, wskutek uchylecia tego postanowienia przez sąd i następnie złożenia zażalenia podmiotu wykorzystującego swoje uprawnienia prze-

²⁰ J. Łupiński, Odmowa wszczęcia postępowania przygotowawczego, *Prokuratura i Prawo* 2007, nr 5, s. 124–125.

²¹ S. Łagodziński, Przedmiot odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego, *Prokuratura i Prawo* 2003, nr 9, s. 18.

²² Por. stanowisko Prokuratora Generalnego z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. PG VIII TK 3/14, złożone w Trybunale Konstytucyjnym do sprawy o sygn. SK 1/14, s. 63.

widziane w art. 306 k.p.k., doszło do jego umorzenia, mimo że formalnie postanowienia te mogą mieć tożsame podstawy z art. 17 § 1 k.p.k.²³. Podążając za logiką wyводу skarżącego i przychylając się do jego wniosku, że postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego i o umorzeniu postępowania różnią się jedynie „formą”, należałoby dojść bowiem do nieuprawnionego wniosku, że prokurator, podejmując decyzje procesowe, dowolnie określa, czy będzie to postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, czy postanowienie o jego umorzeniu. Jak zasadnie wykazał to Trybunał Konstytucyjny w głosowanym wyroku, prokurator nie ma wyboru między postanowieniem o odmowie wszczęcia postępowania a postanowieniem o jego umorzeniu, albowiem to uwarunkowania natury faktycznej i prawnej każdorazowo określają kategorię rozstrzygnięcia, które powinno zostać podjęte, co również ma miejsce w sytuacji, gdy prokurator zajmie się ponownie sprawą po uchyleniu pierwszego postanowienia przez sąd, gdzie na tym etapie wybór formy drugiego postanowienia może być dodatkowo zdeterminowany decyzją uchyloną przez sąd. W wypadku uchylenia postanowienia o umorzeniu, prokurator, nie znajdując podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, może tylko raz jeszcze umorzyć postępowanie, a w sytuacji uchylenia postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania możliwe będzie zarówno ponowne odmówienie, jak i po wszczęciu postępowania, jego umorzenie²⁴. Za powyższym, jak trafnie wskazał to Trybunał Konstytucyjny, przemawia także funkcja, jaką ustawo-

²³ Co – jak słusznie zauważył Prokurator Generalny w złożonym w Trybunale Konstytucyjnym stanowisku w sprawie SK 1/14 – ujawniło się również w sprawie będącej kanwą skargi konstytucyjnej inicjującej postępowanie zakończone głosowanym wyrokiem. Jak wskazał bowiem Prokurator Generalny, po uchyleniu przez Sąd Rejonowy w W. postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia, wydanego na podstawie art. 17 § 1 k.p.k., prokurator wszczął dochodzenie w sprawie, z czego wynika, iż dopatrywał się istnienia w przedmiotowej sprawie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa. Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego prokurator wydał jednak postanowienie o umorzeniu dochodzenia, również na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. Jak zatem zasadnie stwierdził Prokurator Generalny, pomimo „iż obie powyższe decyzje zostały oparte na tej samej podstawie faktycznej, to jednak nie sposób twierdzić, że są one tożsame i zostały wydane na podstawie niczym nie różniących się okoliczności. Należy podkreślić, iż postanowienie o umorzeniu dochodzenia, w odróżnieniu od postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia, zostało wydane w sytuacji, gdy prokurator, zmieniając swój ogląd sprawy, uznał, iż zachodzi w niej uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, a następnie – co szczególnie ważne – dopiero po przeprowadzeniu postępowania dowodowego i na zasadzie swobodnej oceny dowodów, wydana została kolejna decyzja (...). Postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia nie było natomiast poprzedzone przeprowadzeniem postępowania dowodowego”. Jak zatem słusznie skonstatował Prokurator Generalny, postanowienia powyższe zostały wydane w różnych sytuacjach procesowych i na podstawie różnych materiałów, a w konsekwencji nie są one tożsame (zob. stanowisko z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. PG VIII TK 3/14, s. 62 i 63).

²⁴ Uzasadnienie wyroku TK, teza 5.4.

dawca przypisuje instytucji subsydiarnego aktu oskarżenia. W tym kontekście Trybunał Konstytucyjny podzielił argumentację Prokuratora Generalnego przedstawioną w stanowisku złożonym w omawianej sprawie, opartą na rozumieniu „subsidiarnego aktu oskarżenia jako reakcji na ewentualny faktyczny oportunizm organów ścigania, przejawiający się powtórным wydaniem przez prokuratora takiej samej, jak uchylona przez sąd, decyzji procesowej. Trudno dopatrywać się oportunisty w sytuacji, gdy po uchyleniu przez sąd postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, prokurator, zgadzając się z sądem co do istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, wszczyna to postępowanie i przeprowadza postępowanie dowodowe. Późniejsze umorzenie postępowania oceny tej nie zmienia. Dopuszczalność wniesienia w takim wypadku zażalenia nie tylko dostatecznie zabezpiecza, ale i równoważy prawa pokrzywdzonego w porównaniu z tymi, którzy już po wydaniu drugiego postanowienia mogli wystąpić z własnym oskarżeniem”²⁵. Trybunał Konstytucyjny słusznie zatem przyjął w omawianym wyroku, że brak zatem w sprawie wspólnej cechy podmiotów, która uzasadniałaby kontrolę, a następnie uznanie zaskarżonych przepisów art. 55 i art. 330 k.p.k., a w konsekwencji przyjętego w nich mechanizmu nabywania uprawnienia do wnoszenia subsydiarnego aktu oskarżenia – za naruszających konstytucyjną zasadę równości.

Kończąc rozważania, wskazać wypada, że artykuły 55 i 330 k.p.k. zmieniły swoje brzmienie, zarówno po wniesieniu skargi konstytucyjnej, jak też po wydaniu wyroku przez Trybunał Konstytucyjny w omawianej sprawie. Pierwszy z nich znowelizowany został z dniem 1 lipca 2015 r. przez art. 1 pkt 12 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247). Natomiast art. 330 k.p.k. zmieniony został dwukrotnie, tj. przez art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 22 marca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. poz. 480), która weszła w życie w dniu 23 lipca 2013 r.²⁶, oraz przez art. 5 pkt 18 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r. Zmiany te nie zrewidowały jednakże reguły, zgodnie z którą pokrzywdzony może wnieść akt oskarżenia do sądu dopiero w razie powtórного wydania postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania w sprawie i tezy zawarte w glosowanym wyroku Trybunału Konstytucyjnego zachowują aktualność.

²⁵ Uzasadnienie wyroku TK, teza 5.6.

²⁶ Jak słusznie wskazał Trybunał Konstytucyjny w omawianym wyroku, zmiana ta miała redakcyjny charakter, albowiem treść art. 330 § 2 uzupełniono o odwołanie do nowo dodanego art. 306 § 1a k.p.k. i nie doprowadziła do utraty mocy obowiązującej przepisu.

Commentary to the Constitutional Tribunal judgment of 19 May 2015, ref. no. SK 1/14

Abstract

This commentary addresses the conformity of the rules for filing a subsidiary indictment to the Constitution to the extent to which the rules make the filing of an indictment by a victim dependent from the condition that a prosecutor re-issues a decision refusing to open or discontinue proceedings. The commentator approves both the legal conclusion and the justification of the Constitutional Tribunal judgment.

Jan Kulesza

Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 11 września 2014 r., sygn. VIII Ka 291/14

Streszczenie

Autor odnosi się aprobująco do meritum rozstrzygnięcia i krytycznie do uzasadnienia wyroku skazującego E. Gęsinę-Torresa za dopuszczenie się szeregu przestępstw przy okazji realizacji w ramach tzw. prowokacji dziennikarskiej programu telewizyjnego pokazującego warunki panujące w obozie dla uchodźców w Białymstoku. Wskazuje na nieuzasadnienie przez sąd oraz błędność tezy o istnieniu pozaustawowego kontratypu prowokacji dziennikarskiej, pominięcie dorobku doktryny odrzucającej możliwość sformułowania takiego kontratypu oraz zignorowanie przez sąd konstytucyjnych ograniczeń sędziowskiej swobody orzekania. Poddaje następnie krytyce pominięcie przez sąd przy określaniu stopnia społecznej szkodliwości czynu elementów enumeratywnie wymienionych w art. 115 § 2 k.k.

Głosowane orzeczenie Sądu Okręgowego w Białymstoku kończy głośną swego czasu sprawę prowokacji, której dopuścił się Endy Gęsina-Torres, polegającej na podszyciu się pod kubańskiego uchodźcę w celu trafienia do strzeżonego ośrodka dla uchodźców w Białymstoku, a następnie przedstawienia w reportażu panujących w ośrodku warunków i sposobu traktowania umieszczonych w nim osób. W trakcie tej prowokacji skazany dopuścił się czynów, które przez prokuraturę oraz sądy obu instancji zostały zakwalifikowane jako wypełniające znamiona art. 270 § 1 (§ 2a), art. 233 § 1 oraz art. 238 k.k.

Niewątpliwie cieszy fakt skazania E. Gęsiny-Torresa za popełnione przez niego czyny i nieprzyjęcie przez prokuraturę oraz sądy znikomego stopnia społecznej szkodliwości jego zachowania. W tym zakresie, *meritum* rozstrzygnięcia, wyrok zasługuje na aprobatę. Nie zasługuje natomiast na aprobatę jego uzasadnienie, które zawiera tezy budzące żywy sprzeciw ze względu na ich kontrowersyjność, przy czym tezy nie poparte żadną argumentacją, która podważałaby rozstrzygnięcia przyjęte w wyroku Sądu Rejo-

nowego¹ od którego apelację Sąd Okręgowy rozpatrywał. Uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego jawi się zresztą jako merytorycznie lepsze aniżeli uzasadnienie judykatu Sądu Okręgowego – zaakceptowałby je pod tym względem każdy dogmatyk, z kolei, odnosząc się do uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, należałoby spuścić dogmatyczną zasłonę bolesnego milczenia, gdyby nie żywy sprzeciw, który budzi.

Głównym zarzutem, jaki należy sformułować w stosunku do uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego, jest przyjęcie i nieuzasadnienie tezy o istnieniu kontratypu pozaustawowego prowokacji dziennikarskiej. Zamiast podążyć za Sądem Rejonowym, który opierając się na większościowym stanowisku doktryny, odrzuca istnienie takiej okoliczności wyłączającej bezprawność zachowania dziennikarza, Sąd Okręgowy opiera się na stanowisku Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, powołując – jak można przypuszczać² – A. Zolla i K. Buchałą, autora tej glosy, oraz M. Palczewskiego. Imputuje im wszystkim istnienie łączącego ich stanowiska wspólnego elementu w postaci sformułowania konkretnego wymogu odnośnie prowokacji dziennikarskiej. Jednak A. Zoll i K. Buchała prowokacją dziennikarską się w ogóle nie zajmowali, nie mogli zatem formułować względem tego zagadnienia jakichkolwiek wymogów³. Z kolei piszący te słowa zdecydowanie jej istnienie odrzucił, w związku z czym nie przeszedł do etapu określania jej znamion⁴. Jako zaskakująca jawi się zatem fraza z uzasadnienia: „Szczegółowa analiza powyższych zapatrywań prawnych⁵ pozwala odnaleźć jeden wspólny, istotny i decydujący o rozstrzygnięciu niniejszej sprawy element. Mianowicie autorzy poszczególnych stanowisk wskazują, że można rozważać kolejne elementy uwolnienia od winy oskarżonego dziennikarza”. Autorzy poszczególnych stanowisk nie wskazują w swoich wywodach tego, co chciałby w nich odnaleźć Sąd

¹ Wyrok Sądu Rejonowego w Białymstoku z dnia 20 listopada 2013 r., sygn. XV K 742/13.

² Nie jest to pewne, ponieważ zanonimizowano wszystkie nazwiska w uzasadnieniu, nie wiadomo zresztą w jakim celu. Kimże jednak miałby być A. Z. i K. B., jeśli nie Andrzejem Zollem i Kazimierzem Buchałą? Podobnie z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością odnośnie pozostałych inicjałów.

³ Przypisane tym autorom słowa pochodzą zapewne z ich pracy: *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 200 i n., i nie ma tam mowy o prowokacji dziennikarskiej.

⁴ Cytat, który zdaje się relacjonować Sąd Okręgowy, brzmi: „Już ze wcześniejszych rozważań jasno wynika, że mało prawdopodobne jest, by zastosowanie przez dziennikarza prowokacji było jedynym sposobem rozwiązania potencjalnie istniejącej kolizji dóbr” (J. Kulesza, *Prowokacja dziennikarska – kontratyp czy mit?*, PiP 2010, nr 2, s. 22). Co do sensu jest to zdanie inne aniżeli przypisywane mu: „dodawał, że zastosowanie przez dziennikarza prowokacji musi być jedynym sposobem rozwiązania potencjalnie istniejącej kolizji dóbr, co jawi się jako mało prawdopodobne”. J. K. niczego nie dodawał, ponieważ dowodził na 13 stronach, że kontratyp prowokacji dziennikarskiej nie istnieje.

⁵ W przypadku M. Palczewskiego wydaje się chodzić o jego tekst: *Granice dziennikarskiej prowokacji*, *Ius et Lex* 2010, nr 1, s. 156–157. Jego zapatrywania trudno uznać za mające charakter prawny, raczej medioznawczy i dziennikarski.

Okręgowy i z całą pewnością nie można również wskazać owego „jednego, wspólnego i decydującego elementu”. Wynika z tego, że sąd nie przeprowadził nie tylko szczegółowej analizy, ale – jak można przypuszczać – w ogóle żadnej analizy stanowisk doktryny, choć to w doktrynie chciał poszukiwać warunków kontratypu i owego „wspólnego, istotnego, decydującego o rozstrzygnięciu niniejszej sprawy (!) elementu”. Zatem, teza Sądu Okręgowego o istnieniu kontratypu prowokacji dziennikarskiej, a nawet wskazanie (chyba) jego znamion, z całą pewnością nie zostały oparte o dorobek doktryny, z którym sąd ze zrozumieniem po prostu się nie zapoznał.

Trudno też nie zauważyć, że kontratyp wyłącza bezprawność, a nie uwalnia od winy, a jeśli Sąd Okręgowy zastosował potoczny skrót myślowy, to w uzasadnieniu wyroku sądu karnego nie powinno być dla niego miejsca. Z pewnością też ani A. Zoll i K. Buchała, ani autor tych słów, ani M. Palczewski nie rozważali w powoływanym przez Sąd Okręgowy kontekście elementów uwalniania od winy.

I bnie dalej Sąd Okręgowy: powołując się na nieprzeprowadzoną przecież analizę, formułuje dwa warunki kontratypu prowokacji dziennikarskiej. Pierwszym ma być wymóg, by złamanie prawa przez dziennikarza w celu uzyskania informacji było ostatecznością, „gdy uzyskane przez niego, istotne z punktu widzenia społeczeństwa informacje stanowią nową jakość, nie były powszechnie dostępne i znane przed dokonaniem czynu, a nie było innej możliwości na ich ujawnienie, jak tylko w drodze złamania prawa”. Drugim zaś warunkiem ma być stwierdzenie, że „powszechna dostępność powyższych informacji nie spowodowała bezzwłocznej reakcji właściwych organów państwa”. Zdaniem Sądu Okręgowego – na szczęście dla niego – warunki te w przedmiotowej sprawie nie zostały spełnione, ale – jak zaznacza – „gdyby w sprawie wydarzenia potoczyły się w innej kolejności, mogłyby powstać nowe okoliczności do dalszych rozważań na tym polu” i „nie można wykluczyć zaistnienia warunków do zwolnienia dziennikarza od odpowiedzialności karnej” w oparciu o kontratyp pozaustawowy prowokacji dziennikarskiej. Zatem, Sąd Okręgowy przyjmuje jako pewnik istnienie owego kontratypu zbudowanego z dwóch znamion i stwierdza jedynie, że w sprawie znamiona te nie zostały spełnione.

Takie tezy Sądu Okręgowego należy uznać za całkowicie nieuzasadnione, a nadto wysoce szkodliwe. Nieuzasadnione z tego względu, że Sąd Okręgowy formułuje swoje stanowisko w sposób arbitralny, stwierdzając istnienie kontratypu, lecz nie podając żadnych argumentów za jego sformułowaniem, oraz nie uzasadniając, w oparciu o jakie elementy zbudował jego zespół znamion. Już lektura wyroku Sądu Rejonowego wskazuje na istnienie w doktrynie rozbieżnych stanowisk, co Sąd Okręgowy pominął. Nie przytaczając w tym miejscu ponownie wyczerpującej argumentacji przedstawionej

uprzednio⁶, przypomnieć jedynie należy wniosek przytłaczającej części doktryny, zgodnie z którym nie ma możliwości skonstruowania pozaustawowego kontraktynu prowokacji dziennikarskiej. Jeśli Sąd Okręgowy prezentuje stanowisko odmienne, to powinien odeprzeć wszystkie argumenty wytoczone przeciwko możliwości stworzenia takiego kontraktynu. Tego jednak nie czyni, wprowadzając w błąd odnośnie do analizy, której w istocie nie dokonał. To samo dotyczy znamion kontraktynu. Przyjmując sposób uzasadniania wyroku przez Sąd Okręgowy, każdy sąd w Polsce mógłby tworzyć dowolne kontraktyny. Takie potraktowanie kwestii (nieistniejącego) kontraktynu prowokacji dziennikarskiej przez Sąd Okręgowy stanowi mocny argument dla przeciwników kontraktynów pozaustawowych w ogóle, którzy wskazują, że „dopuszczenie tworzenia kontraktynów pozaustawowych w szerokim zakresie prowadziło do przejmowania przez sąd kompetencji ustawodawczych poprzez dopuszczalność odmowy zastosowania przepisów określających odpowiedzialność karną, które mają charakter, co do zasady, bezwzględny, przy jednoczesnym braku wyraźnej podstawy ustawowej dla takiego posunięcia”⁷. Sąd przestawałby być związany ustawą i tworzyłby w istocie własną normę zezwalającą⁸. Jeśli wykazuje Sąd Okręgowy chęć teoretycznych rozważań nad innymi wariantami przebiegu zdarzeń w ocenianej sprawie, odnosząc się do wymyślonej przezeń „jeszcze ciekawszej pod względem prawnym konfiguracji”, to „pod względem prawnym” należało dokonać analizy piśmiennictwa pod kątem dopuszczalności stworzenia kontraktynu prowokacji dziennikarskiej, co doprowadziłoby do wniosku, że kontraktyn taki nie ma racji bytu⁹. Aby zaś oszczędzić już Sądowi Okręgowemu pracy „pod względem prawnym”, każda konfiguracja znajduje takie samo rozwiązanie: dziennikarz popełnia przestępstwo, brak jest możliwości wyłączenia bezprawności jego zachowania, na jakiej zaś podstawie można go uwolnić od odpowiedzialności, o tym była już mowa¹⁰.

Szkodliwość zaś też Sądu Okręgowego wynika ze stworzenia wrażenia, że co do zasady istnieje kontraktyn prowokacji dziennikarskiej i w innych okolicznościach faktycznych mógłby znaleźć zastosowanie, choć Sąd Okręgowy nie podjął nawet próby dowiedzenia jego istnienia. Można jedynie mieć nadzieję, że uzasadnienie głosowanego wyroku nie będzie powszechnie czytane i nie wytworzy w społeczeństwie mylnego obrazu obowiązującego sta-

⁶ J. Kulesza, *Prowokacja...*, s. 17 i n.

⁷ J. Lachowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, Warszawa 2011, s. 783. Przeciw kontraktynom pozaustawowym zob. również tegoż, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, t. 4, Warszawa 2013, s. 463.

⁸ J. Lachowski, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *ibidem*.

⁹ Zamiast tego Sąd Okręgowy przypomina zasady wymiaru kary grzywny, łącznie z przytaczaniem treści przepisów.

¹⁰ J. Kulesza, *Prowokacja...*, s. 28.

nu prawnego, zaś prokuratura podąży raczej za uzasadnieniem wyroku Sądu Rejonowego. Inaczej należałoby je uznać – posługując się frazą z treści uzasadnienia – za „niezgodne z rzeczywistością, godzące w porządek prawny, który od lat kształtujemy, w państwo prawa, o którym mówi art. 2 Konstytucji”.

Wywody Sądu Okręgowego dotyczące kontratypu prowokacji dziennikarskiej wskazują również na nieznaną doświadczeniem w doktrynie wątpliwość odnośnie do braku konstytucyjnych podstaw prawnych tworzenia kontratypów pozaustawowych przez doktrynę i orzecznictwo, a zatem nieznaną doświadczeniem konstytucyjnych granic swobody orzekania przez sądy. Słusznie bowiem wykazują A. Zoll i W. Wróbel, że próby tworzenia przez organy wymiaru sprawiedliwości, w tym sądy, kontratypów pozaustawowych, stanowią złamanie konstytucyjnie ustalonej w jej art. 10 zasady podziału władzy: „Uznanie, że czyn o określonych znamionach, realizujący opis typu czynu zabronionego pod groźbą kary, popełniony w określonej sytuacji dającej się opisać i zgeneralizować, jest kontratypem, mimo że ustawodawca sytuacji takiej nie uznał za usprawiedliwiającą, jest wkroczeniem władzy sądowniczej na obszar zastrzeżony konstytucyjnie dla władzy ustawodawczej”¹¹. Takie upoważnienie władzy sądowniczej wymaga konstytucyjnego umocowania, którego brak¹². Próby tworzenia kontratypów pozaustawowych stanowią zatem również pogwałcenie art. 7 Konstytucji zawierającego zasadę legalizmu i głoszącego, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa¹³. Do tego dodaje J. Lachowski naruszenie art. 87 Konstytucji ustanawiającego zamknięty katalog źródeł prawa, którego moc nie może być uchylona przez źródła pozanormatywne. Słusznie przyjmuje, że skoro typ przestępstwa musi być określony w ustawie, to również ograniczenie jego zakresu powinno mieć formę ustawową¹⁴. Przeciw konstrukcji kontratypów pozaustawowych wypowiedzają się – oprócz wymienionych A. Zolla, W. Wróbla i J. Lachowskiego – również A. Marek¹⁵ oraz P. Kardas¹⁶.

¹¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 343; A. Zoll, (w:) T. Bojarski (red.), *System Prawa Karnego. Źródła prawa karnego*, t. 2, Warszawa 2011, s. 264; tenże, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, (w:) L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 433–434; tenże, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz LEX*, t. 1, Warszawa 2012, s. 441–442.

¹² A. Zoll, (w:) A. Zoll (red.), *ibidem*.

¹³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 343.

¹⁴ J. Lachowski, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *System...*, s. 463.

¹⁵ A. Marek głos w dyskusji, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty wolności*, Warszawa 2006, s. 327; tenże, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 82–83.

¹⁶ P. Kardasa głos w tej samej dyskusji, (w:) M. Mozgawa (red.), *Prawnokarne aspekty...*, s. 330.

Jeśli Sąd Okręgowy ma w kwestii kontratypów pozaustawowych oraz własnych kompetencji prawodawczych zdanie odmienne, to powinien w uzasadnieniu wyroku obalić te „mocne argumenty przemawiające za odrzuceniem możliwości posługiwania się w przez doktrynę i orzecznictwo kategorią kontratypów pozaustawowych”¹⁷. Skoro, jak słusznie podkreśla A. Zoll „Sąd może opierać swoją kompetencję jedynie na pozytywnej wypowiedzi ustawodawcy zezwalającego na określone rozstrzygnięcie”¹⁸ szczególnie interesujące byłoby wskazanie przez Sąd Okręgowy podstawy prawnej („na podstawie (...) prawa” – stanowi art. 7 Konstytucji) dla uchylecia przezeń bezprawności zachowania dziennikarza oraz podstawy procesowej dla uniewinnienia (w sensie procesowym, nie materialnym) bądź umorzenia postępowania, zwłaszcza biorąc pod uwagę brzmienie art. 10 § 2 k.p.k.¹⁹. Rację należy przyznać J. Warylewskiemu, który dowodzi, że w art. 17 k.p.k. nie mieszczą się kontratypy pozaustawowe jako okoliczności wyłączające bezprawność²⁰. Nie można się jednak z Nim zgodzić wówczas, gdy procesowo identyfikuje je w związku z tym z brakiem społecznej szkodliwości bądź znikomą społeczną szkodliwością czynu (art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.), dopuszczając co do zasady ich istnienie i stwierdzenie w procesie realizacji ich znamion. Glosator, odrzucając istnienie pozaustawowego kontratypu prowokacji dziennikarskiej konstatuje, że szansą na uwolnienie od odpowiedzialności karnej jest stwierdzenie braku społecznej szkodliwości, jej znikomego stopnia bądź braku wypełnienia znamion typu rodzajowego²¹, jednak są to

¹⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 343.

¹⁸ A. Zoll, Głosa do postanowienia SN z dnia 12 grudnia 2007 r., sygn. III KK 245/07, OSP 2008, nr 10, s. 768.

¹⁹ Na który to przepis jako wykluczający możliwość powołania się przez sąd na kontratyp pozaustawowy słusznie wskazuje J. Lachowski, (w:) L. K. Paprzycki (red.), *System...*, s. 463.

²⁰ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 256–266.

²¹ Jako przyłączenie się do tego wniosku, ale nie jego sformułowanie, należy potraktować frazy zawarte w pracy P. Kosmatego, *Śledztwo dziennikarskie – zarys problemu* (Kwartalnik KSSiP 2014, nr 1, s. 40 i n.). Autor ten uległ tak daleko idącej sugestii po lekturze prac jego poprzedników, że przeczytane w nich frazy i tezy potraktował jako swoje, pomijając odesłania bibliograficzne w postaci przypisów. Jego wniosek, zgodnie z którym dziennikarz „może liczyć na bezkarność jedynie w sytuacji stwierdzenia – na ogólnych zasadach – znikomego stopnia społecznej szkodliwości jego czynu” (s. 55) przypomina bardzo zdanie: „Jedyną dostępną drogą dla nie pociągania go do odpowiedzialności karnej jest stwierdzenie na ogólnych zasadach znikomego stopnia społecznej szkodliwości jego czynu” (J. Kulesza, *Prowokacja...*, s. 28). Jest to zresztą pogląd wyrażony już wcześniej przez innych autorów (zob. J. Kulesza, *Prowokacja...*, przypisy 62, 63 i 67). Również pogląd, zgodnie z którym „Uwolnienie się od odpowiedzialności karnej może nastąpić jedynie poprzez (...) stwierdzenie braku realizacji kompletu znamion czynu zabronionego” (s. 56), został już wcześniej w piśmiennictwie sformułowany (J. Kulesza, *Prowokacja...*, s. 28), co wymagałoby odnotowania, nie jest bowiem poglądem oryginalnym. Całej frazy z oryginału dotyczy zdanie: „Nie można bowiem założyć z góry, że każda prowokacja dziennikarska jest podejmowana w interesie społeczeństwa i jako taka nosi cechy znikomej społecznej szkodliwości. Każdy przy-

rozwiązania zaproponowane zamiast owego kontratypu, a nie obok niego²². Zdaniem glosatora ocena (wyłączenia) bezprawności i (braku bądź znikomego stopnia) społecznej szkodliwości są ocenami odrębnymi, nie wchodząc w tym miejscu w spór na temat zachodzącej między nimi zależności.

Jak słusznie zauważa Ł. Pohl, problem pozaustawowych kontratypów jest jedną z żywiej dyskutowanych kwestii w doktrynie prawa karnego²³. Próżno szukać jej śladów w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego. Aby włączyć się do tej dyskusji, musiałby Sąd obalić wspomniane powyżej wątpliwości, również te zgłoszone wcześniej²⁴. To zaś niemożliwe jest bez rozstrzygnięcia kwestii węzłowych dla konstrukcji kontratypu jako takiego, a sięgając jeszcze głębiej, dla konstrukcji przestępstwa. Musiałby bowiem rozstrzygnąć zależność między bezprawnością a społeczną szkodliwością czynu – bezprawnością a karalnością i karygodnością czy kwestię istnienia legalności pierwotnej i wtórnej, a zatem i istoty normy sankcjonowanej i sankcjonującej. Prawdą jest, że w doktrynie pogląd wciąż większościowy przyjmuje, iż kontratypy pozaustawowe mogą być tworzone przez doktrynę i orzecznictwo²⁵. Jednak próba stworzenia takiego nowego kontratypu pozaustawowe-

padek jej przeprowadzenia powinien być indywidualnie i bardzo wnikliwie oceniony” (s. 55). Inspirujący fragment brzmi: „Nie można natomiast założyć z góry, jak chciałaby M. Sere-mak, że «Prowokacyjne działania dziennikarzy są podejmowane w interesie publicznym, nie wykazują cech społecznego niebezpieczeństwa, nie są więc czynem bezprawnym»” (M. Sere-mak, Problem odpowiedzialności za „prowokację” dziennikarską, Acta Universitatis Wratislaviensis, Przegląd Prawa i Administracji XLII, 2000, s. 211). Należy wyraźnie podkreślić, że w każdym przypadku prowokacji dziennikarskiej, z pozoru wypełniającej znamiona przestępstwa, uprawnione jest dokonanie weryfikacji takiego podejrzenia przez organy ścigania i odnośnie do każdej jednostkowej sprawy jedynie można zbadać, czy nie zachodzi przypadek znikomej społecznej szkodliwości albo braku wypełniania znamion przestępstwa” (J. Kule-sza, Prowokacja..., s. 29). Relacjonowanie cudzych poglądów również wymaga przypisu, którego tu – podwójnie – brak. I wreszcie pisze P. Kos-ma-ty: „Gdy zaś organy ścigania podejmują (...) jakkolwiek aktywność, podnosi się ogromny sprzeciw tego (dziennikarskiego – uwaga autora) środowiska, oburzonego brutalną ingerencją w wolność środków masowego przekazu, wolność słowa i inne konstytucyjnie gwarantowane prawa i wolności, z których korzystają” (s. 52). W inspirującym pierwowzorze zaś: „Podjęcie aktywności przez organy ścigania, choćby w postaci wstępnych czynności postępowania przygotowawczego, wiąże się wówczas z żywym sprzeciwem całego środowiska dziennikarskiego, oburzonego brutalną ingerencją w wolność środków masowego przekazu, wolność słowa i inne, konstytucyjnie gwarantowane prawa i wolności, z których korzystają przedstawiciele zawodu dziennikarza” (J. Kule-sza, Prowokacja..., s. 17). Przypisu brak.

²² J. Kule-sza, Prowokacja..., s. 28.

²³ Ł. Pohl, Prawo karne. Wykład części ogólnej, Warszawa 2013, s. 239.

²⁴ Odnosząc się do samego „kontratypu prowokacji dziennikarskiej”.

²⁵ Tak choćby: J. Gie-zek, (w:) M. Bo-jarski (red.), Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, Warszawa 2006, s. 155; J. Wa-ry-lew-ski, Prawo..., s. 249 i n.; tenże, Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe, (w:) J. Ma-jew-ski (red.), Okoliczności wyłączające bezprawność czynu, Toruń 2008, s. 21 i n.; T. Bo-jarski, Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej, Warszawa 2012,

go jest wyzwaniem (co wykazano powyżej i uprzednio), które nie może być skwitowane przyjęciem, że kontratyp taki po prostu istnieje, z przyczyn, o których była mowa.

W zasygnalizowanej powyżej nieświadomości istnienia konstytucyjnych ograniczeń swobodnego uznania sędziowskiego Sąd Okręgowy w Białymstoku nie jest osamotniony. Wystarczy przypomnieć głośną niegdyś kwestię możliwości zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 k.k.) do sankcji, którą opatrzony był przez pewien czas art. 148 § 2 k.k.²⁶. To wówczas Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 12 grudnia 2007 r.²⁷ stwierdził, że skoro „nie istnieje przepis zakazujący zastosowania” art. 60 k.k., należy go zastosować. Podejście takie poddał słusznej i miazdżącej krytyce A. Zoll, wskazując, że nie można z braku zakazu stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wyprowadzać wniosku o jego dopuszczalności i wakowaniu jedynie procedury takiego złagodzenia, taki tok rozumowania narusza bowiem zasadę wyrażoną w art. 7 Konstytucji²⁸. Sąd nie może stosować dowolnie instytucji prawa tylko dlatego, że nie zostało to zakazane przez ustawodawcę, chyba zgodnie z inną zasadą „co nie jest zakazane, jest dozwolone”. Owa kreatywna wykładnia Sądu Najwyższego i sądów stosujących art. 60 k.k., naruszająca art. 7 i 10 Konstytucji, doprowadziła w efekcie do konieczności wznawiania licznych prawomocnie zakończonych postępowań po stwierdzeniu niekonstytucyjności sankcji art. 148 § 2 przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 16 kwietnia 2009 r.²⁹. Można było tego uniknąć, gdyby pierwszy sąd skonfrontowany z tym problemem zwrócił się z pytaniem do Trybunału, zamiast wkraczać w kompetencje ustawodawcy i wykraczać poza granice swobody przyznane przez niego w ustawie karnej³⁰.

Drugą błędną, a tym razem już powszechniejszą tendencją w judykaturze, w której Sąd Okręgowy w Białymstoku nie jest osamotniony, jest traktowanie swobodnie kwestii oceny społecznej szkodliwości czynu sprawcy, z pominięciem brzmienia art. 115 § 2 k.k. Taki naganny sposób podejścia do tego kryterium oceny czynu sprawcy przez judykaturę był już napiętnowany³¹. Skoro Sąd Okręgowy odrzuca kwalifikację jednego z czynów sprawcy

s. 165; Ł. Pohl, *Prawo...*, s. 239–240; L. Wilk, (w:) T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2014, s. 142.

²⁶ W postaci wyłącznie kary 25 lat pozbawienia wolności albo kary dożywotniego pozbawienia wolności.

²⁷ Sygn. III KK 245/07, OSNKW 2008, nr 2, poz. 16.

²⁸ A. Zoll, *Glosa...*, s. 768; tak Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 11 grudnia 2008 r., sygn. II AKa 124/08, *Prok. i Pr.* 2009, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 33.

²⁹ Sygn. P 11/08, OTK 2009, nr 4/A, poz. 49.

³⁰ Szerzej J. Kulesza, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 16 kwietnia 2009 r.*, sygn. P 11/08, *PIP* 2010, nr 3, s. 124–129.

³¹ J. Kulesza, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 17 stycznia 2013 r.*, sygn. II AKa 273/12, *Prok. i Pr.* 2014, nr 1, s. 183–184.

przyjętą przez Sąd Rejonowy jako wypadku mniejszej wagi (art. 270 § 1 w zw. z art. 270 § 2a k.k.) i jednocześnie odrzuca odstępianie od wymierzenia kary i poprzestanie na zastosowaniu środka karnego (art. 59 § 1 k.k.)³², to można by oczekiwać głębszego uzasadnienia takich decyzji aniżeli stwierdzenie, iż „Nie ulega wątpliwości, że popełnione przez oskarżonego przestępstwa cechują się znaczną szkodliwością społeczną”. Poprzedzając tę konstatację wywody bazują głównie na odpieraniu linii obrony, a nie analizie czynu sprawcy z punktu widzenia art. 115 § 2 k.k. Również w tym zakresie (oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu) uzasadnienie wyroku Sądu Rejonowego jest merytorycznie lepsze.

Przedmiotem ochrony typu z art. 233 § 1 k.k. jest prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości oraz wiarygodność ustaleń dokonanych w postępowaniu, art. 238 k.k. dotyczy wymiaru sprawiedliwości w sensie zapewnienia jego prawidłowego funkcjonowania, zaś art. 270 § 1 k.k. (w aspekcie sprawy) wiarygodności dokumentów oraz pewności obrotu prawnego³³. Podobnie – prawidłowo – określa dobra chronione przez wymienione przepisy i naruszone przez sprawcę Sąd Rejonowy. Dlatego zbyt ogólnie i jednocześnie zbędnie górnolotnie wypowiada się w tej kwestii Sąd Okręgowy, podnosząc, że: „Oskarżony w sposób pośredni godził w wizerunek RP jako państwa prawa, wprowadził w błąd różne organy państwa”³⁴, co ma wskazywać na znaczną społeczną szkodliwość jego czynów. Ani w rozdziale XXX, ani tym bardziej w rozdziale XXXIV Rzeczpospolita Polska nie jest przedmiotem ochrony, nawet dalszym, w żadnym aspekcie, zaś „wprowadzenie w błąd organów” jest raczej zbiorczym opisem czynności sprawczych, lecz nie odnosi się do „rodzaju i charakteru naruszonego dobra” (art. 115 § 2 k.k.). Dodatkowym przedmiotem ochrony typów z rozdziału XXX są raczej dobra indywidualne pokrzywdzonych konkretnym czynem sprawcy³⁵, a nie ogólniejszy „wizerunek RP”.

³² Przy czym wymierzona kara łączna jest równa kwotowo wysokości świadczenia pieniężnego orzeczonego przez Sąd Rejonowy.

³³ M. Sze w c z y k, (w:) A. Z o l l (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. t. 2, Warszawa 2008, s. 1035 i 1066; W. Z a l e w s k i, (w:) M. K r ó l i k o w s k i, R. Z a w ł o c k i (red.), Kodeks karny. Część szczególna. t. 2, Warszawa 2013, s. 181–183 oraz 187–188; M. Ż e l i c h o w s k i, (w:) M. K r ó l i k o w s k i, R. Z a w ł o c k i (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, Warszawa 2013, s. 458; R. Z a w ł o c k i, (w:) A. W ą s e k (red.), Kodeks karny. Część szczególna. t. 2, Warszawa 2004, s. 549; B. K u n i c k a - M i c h a l s k a, (w:) A. W ą s e k (red.), Kodeks karny. Część szczególna. t. 2, Warszawa 2004, s. 132 i 187; W. W r ó b e l, A. W o j t a s z c z y k, W. Z o n t e k, (w:) L. G a r d o c k i (red.), System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym, t. 8, Warszawa 2013, s. 609–611 oraz 623.

³⁴ Znęcaniem się nad Sądem Okręgowym byłoby już wskazanie na końcową część cytowanego akapitu, gdzie stwierdza, że dziennikarz nie baczył na łamanie przezeń przepisów prawa „i ogólne naruszenie porządku prawnego”. Co ma owo naruszenie do realizacji znamion typów rodzajowych i odpowiedzialności karnej pozostanie tajemnicą sądu.

³⁵ W. Z a l e w s k i, (w:) M. K r ó l i k o w s k i, R. Z a w ł o c k i (red.), Kodeks..., s. 182.

Sama realizacja zespołu znamion przestępstwa, którą w przytoczonej frazie zasygnalizował Sąd Okręgowy, nie oznacza znacznego stopnia społecznej szkodliwości czynu. Można by przytoczoną konstatację Sądu potraktować jedynie jako odnoszącą się ewentualnie do kwestii „rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody”, zwłaszcza że Sąd wyraźnie stwierdza w innych miejscach, iż „na tym polega szkoda wyrządzona przez oskarżonego”, iż jego zachowanie prowadziło opinię publiczną do wniosków niezgodnych z rzeczywistością, godzących „w porządek prawny, który od lat kształtujemy, w państwo prawa, o którym mówi art. 2 Konstytucji” oraz wspomina o zasadniczej, niewymiernej, lecz poważnej szkodzie godzącej w wizerunek Rzeczypospolitej Polskiej jako państwa prawa. Zamiast jednak nawiązywać do Konstytucji, Sąd Okręgowy powinien był nawiązać do Kodeksu karnego i spełnić stawiane przezeń wymogi sposobu określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu.

Słusznie odrzuca Sąd Okręgowy linię obrony opartą również o karkołomne twierdzenie, jakoby „postępowanie oskarżonego nie spowodowało szkody w naruszanych dobrach prawnych (przyniosło wręcz pozytywne skutki)”³⁶. Nie sposób jednak zaaprobować sposobu obalenia owej argumentacji, ujętego we frazie: „żaden możliwy do określenia w wymiarze materialnym uszczerbek nie powstał, pomijając zaangażowanie czasowe i osobowe w fikcyjną, sprowokowaną sprawę szeregu organów państwowych”. Po pierwsze, jako zbędne jawi się nawet wspomnienie, że nie zaistniał uszczerbek w wymiarze materialnym, biorąc pod uwagę bogactwo postaci choćby prawnokarnie relewantnych skutków występujących w zespole znamion poszczególnych typów rodzajowych przestępstw, nie wspominając nawet o bezskutkowych typach rodzajowych z narażenia abstrakcyjnego, do których zalicza się choćby pierwszy w kwalifikacji art. 233 k.k.³⁷. Nie bardzo zresztą wiadomo, co miała na myśli Sąd Okręgowy pod postacią uszczerbku w wymiarze materialnym. Po drugie, nie można zgodzić się z pominięciem zaangażowania czasowego i osobowego organów państwowych fikcyjną, sprowokowaną sprawą. Na gruncie art. 238 k.k. przyczyną kryminalizacji jest przecież właśnie również ochrona przed taką

³⁶ Być może obrona zasugerowała się frazą z uzasadnienia umorzenia postępowania przez Sąd Okręgowy w Warszawie w 2005 r., głoszącą, iż „Jest powszechnie znanym faktem, że w wielu przypadkach, dzięki działaniom dziennikarzy noszącym znamiona tzw. prowokacji dziennikarskiej, doszło do wykrycia szeregu patologicznych społecznie zjawisk, w tym przestępstw. Działania takie nie mogą być więc uznane za szkodliwe społecznie, bowiem, wręcz przeciwnie, leżą w społecznym interesie” (podaję za: M. Łowiecki, Kryzys zaufania? O granicach prowokacji, podsłuchach i śledztwie dziennikarskim, *Ius et Lex* 2010, nr 1, s. 163). Trudno zaakceptować sytuację, w której sąd stwierdza w rozstrzygnięciu, że popełnianie przestępstw leży w społecznym interesie. Rozpatrywana sprawa dotyczyła Grzegorza Kuczka, reportera TVN, który kupił na bazarze czysty blankiet dowodu osobistego (ówcześnie mającego postać papierowej książeczki), wypełnił go fałszywymi danymi, a potem posługiwał się nim i wynajął samochód, mieszkanie, sprzęt budowlany i narciarski, odbiórnik DVD, a wreszcie próbował założyć konto w banku.

³⁷ W. Wróbel, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, (w:) L. Gardocki (red.), *System...*, s. 624.

beprzedmiotową aktywnością, która odciąga od prowadzenia postępowań w prawdziwych sprawach i to ochrona przyjęta już na etapie abstrakcyjnego zagrożenia dla chronionych dóbr prawnych. Nie jest przecież wymagane dla wypełnienia znamion podjęcie przez organ jakichkolwiek czynności sprowokowanych fałszywym zawiadomieniem³⁸.

Na zakończenie, interesujące jawi się, jak Sąd Okręgowy w Białymstoku, przyjmujący istnienie pozaustawowego kontratypu prowokacji dziennikarskiej, odniósłby się na gruncie polskiego stanu prawnego do „jeszcze ciekawszej pod względem prawnym konfiguracji” (posługując się słowami z uzasadnienia), która miała miejsce w Brazylii w 2009 r. Oto Wallace Souza, lokalny polityk, pełnił jednocześnie funkcję prezentera programu „Canal Livre”, pokazującego życie w opanowanym przez gangi mieście Manaus i specjalizującego się w relacjach bezpośrednio z miejsc zbrodni, często przed przybyciem organów ścigania. Jednocześnie, jak się później okazało, W. Souza kierował jednym z gangów. Aby podnieść oglądalność swojego programu i jednocześnie pozbyć się członków konkurencyjnych grup przestępczych, zlecił przynajmniej pięć ich zabójstw, jednocześnie zapewniając sobie ekskluzywną relację bezpośrednio z miejsc zbrodni bezpośrednio po ich dokonaniu³⁹. Czyż W. Souza nie posłużył się najpełniejszą formą dziennikarskiej prowokacji?

Commentary to the judgment issued by the District Court in Białystok on 11 September 2014, ref. no. VIII Ka 291/14

Abstract

This commentary approves the substance and disapproves the justification of the verdict which finds E. Gęsina-Torres guilty of several offences committed as part of his journalistic provocation for the television program that showed living conditions of the refugee camp in Białystok. The commentary points out that the court: failed to justify and erroneously assumed that a non-statutory lawful excuse exists for journalistic provocation; overlooked the views of legal academics and commentators who deny the existence of such an excuse; and ignored constitutional constraints on the freedom of judges to decide cases. Criticized is also the fact that, while determining the degree of social harm caused by the act, the court failed to consult Article 115, § 2 of the Penal Code.

³⁸ Tamże, s. 642.

³⁹ MATSZA, Prezenter TV zlecał zabójstwa i je pokazywał, „Gazeta Wyborcza” z dnia 13 sierpnia 2009 r.

SPRAWOZDANIA I INFORMACJE

Michał Toruński

Konferencja naukowa nt. „Intertemporalne zagadnienia nowelizacji kodeksu postępowania karnego” (Kraków, 19 czerwca 2015 r.)

Mając na uwadze rychłe wejście w życie nowelizacji do Kodeksu postępowania karnego, Katedra Postępowania Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego zorganizowała w dniu 19 czerwca 2015 r. konferencję naukową poświęconą zagadnieniom intertemporalnym związanym z planowaną zmianą legislacyjną.

Zgodnie z zamierzeniem głównych organizatorów – dr. hab. Andrzeja Świątłowskiego oraz dr. hab. Dobrostawy Szumiło-Kulczyckiej – spotkanie miało stanowić punkt wyjścia do wnikliwej analizy nie tylko problematyki międzyczasowej nowelizacji, ale również zasadności zaprojektowanych zmian. W gronie zaproszonych gości znaleźli się:

- Wojciech Hermeliński, sędzia Trybunału Konstytucyjnego,
- Piotr Kosmaty, prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie,
- Jan Kuklewicz, adwokat, zastępca Dyrektora Ośrodka Badawczego Adwokatury przy Naczelnej Radzie Adwokackiej,
- Aleksandra Matukin-Szumlińska, autorka rozdziału o prawie intertemporalnym w I tomie „Systemu prawa karnego procesowego”,
- dr hab. Hanna Paluszkiewicz, profesor Uniwersytetu Zielonogórskiego, radca prawny,
- dr hab. Dariusz Świecki (Uniwersytet Łódzki), sędzia Sądu Najwyższego,
- dr hab. Włodzimierz Wróbel, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego (p.o. kierownika Katedry Prawa Karnego UJ), sędzia Sądu Najwyższego.

Otwierając konferencję, dr hab. Dobrosława Szumiło-Kulczycka stwierdziła, że będąca u progu wejścia w życie nowela do Kodeksu postępowania karnego to wydarzenie wzbudzające poważne kontrowersje, nie tylko ze względu na zmianę paradygmatów procesu, oczekiwań odmiennego rozłożenia obowiązków od poszczególnych jego stron, ale również i z tej przyczyny, że pierwszy raz przy okazji tak dużej reformy postępowania karnego ustawodawca zdecydował się bardzo szczegółowo uregulować kwestię przepisów intertemporalnych.

Jako pierwszy z panelistów o zabranie głosu poproszony został sędzia Trybunału Konstytucyjnego, Wojciech Hermeliński. W swoim wystąpieniu prelegent przedstawił problematykę prawa międzyczasowego z punktu widzenia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Wstępne rozważania mówcy koncentrowały się wokół instytucji „ciszy legislacyjnej”, która została przyjęta przez Trybunał Konstytucyjny na gruncie prawa wyborczego oraz daninowego. Sędzia Trybunału Konstytucyjnego podjął próbę rozstrzygnięcia dylematu, czy wypracowane w obrębie odległych od prawa karnego gałęzi prawa pojęcie może zostać bezrefleksyjnie zaadaptowane na jego grunt. Dobór tematyki nie był przypadkowy, a to z tej racji, że będąca przedmiotem zainteresowania nowela do k.p.k. była kilkakrotnie zmieniana w okresie obowiązywania *vacatio legis*, co stało się przyczynkiem do dyskusji o kwestii konstytucyjności tych zmian legislacyjnych.

Drugim panelistą był Piotr Kosmaty, prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Krakowie oraz rzecznik prasowy tej instytucji. Z racji pełnionej funkcji, prokurator przez pryzmat art. 36 pkt 1 ustawy zmieniającej¹ skupił swoją uwagę przede wszystkim na dyskusji medialnej dotyczącej reformy postępowania karnego, w szczególności zaś wyeksponował problem nierzeczywistego obrazu, który jest kreowany przez mass media w odniesieniu do nowo wprowadzanego przepisu art. 168a k.p.k. Przedstawiany przez „czwartą władzę” jako akcelerator paraliżu wymiaru sprawiedliwości, zdaniem prelegenta jest poniekąd niepotrzebny, bowiem sankcjonuje jedynie zastany stan rzeczy, gdzie dowody nielegalne – z uwagi na zasadę praworządności – są już obecnie eliminowane. Nadto, w wystąpieniu mówca wskazał również w kontekście art. 35 ust. 2 ustawy zmieniającej na wyzwanie polegające na konieczności badania podstaw prawnych do stosowania środków zapobiegawczych lub zabezpieczeń majątkowych, które zostały zastosowane przed 1 lipca 2015 r. Na koniec, mając na uwadze aktualny problem udostępnienia akt postępowania przygotowawczego oraz tego konsekwencje, prokurator zasygnalizował potrzebę kryminalizacji zachowań polegających na wykorzystaniu akt postępowania przygotowawczego w celu innym aniżeli prawnie

¹ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2013 r., poz. 1247), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.; dalej jako: „ustawa zmieniająca”.

dozwolony, albowiem w ocenie prelegenta zastosowanie art. 241 § 1 k.k. wydaje się być tym zakresie niewystarczające.

Następnym mówcą był adwokat Jan Kuklewicz, pełniący funkcję zastępcy Dyrektora Ośrodka Badawczego Adwokatury przy Naczelnej Radzie Adwokackiej, który położył akcent na ekonomiczne aspekty reformy procesu karnego. W tym kontekście zwrócił uwagę na znaczne rozszerzenie powinności pouczenia stron procesowych o przysługujących im uprawnieniach i obowiązkach, przede wszystkim zaś na treść wchodzącego w życie art. 338 § 1a k.p.k., statuującego potrzebę informowania oskarżonego o możliwości obciążenia go kosztami wyznaczenia obrońcy z urzędu w zależności od wyniku procesu. Zważywszy na ostatnie z podniesionych zagadnień, prelegent zasygnalizował obawę, czy proponowane rozwiązanie w odniesieniu do rozłożenia ciężaru kosztów procesu pozwoli na pełną realizację prawa do obrony w aspekcie formalnym. Adwokat ponadto w swojej wypowiedzi skonstatował, że znaczna rola w „budowie” nowego modelu procesu karnego przypadnie sądom odwoławczym oraz Sądowi Najwyższemu jako „kowalom” nadchodzącej zmiany, w szczególności upatrując potrzeby szybkiego określenia zakresu aktywności dowodowej sądu w świetle nowego brzmienia art. 167 § 1 *in fine* k.p.k.

W dalszej części spotkania głos zabrała Aleksandra Matukin-Szumlińska, specjalistka z zakresu tematyki prawa międzyczasowego. Panelistka zwróciła uwagę na sześć zasad aparatu intertemporalnego, które zostały wypracowane przez orzecznictwo. Podniosła, że ustawodawca w ustawie nowelizującej z dnia 27 września 2013 r. zdecydował się na wprowadzenie rozbudowanego oprzyrządowania intertemporalnego, w tym zasad, które do tej pory charakterystyczne były dla innych gałęzi prawa, jak choćby reguły *perpetuatio fori*. Mówczyni wyraziła jednocześnie zaniepokojenie, że w ustawie nowelizującej z dnia 20 lutego 2015 r.², która również przewiduje doniosłe zmiany w k.p.k., w tym likwidację powództwa adhezyjnego, brak jest tego typu instrumentarium, co – jej zdaniem – powodować będzie szereg trudności interpretacyjnych. Odnosząc się do wypowiedzi swojego przedmówcy – sędziego Wojciecha Hermelińskiego – wskazała, że postulat „ciszy legislacyjnej” na gruncie procesu karnego jest bezsprzecznie godny rozważenia, jednakże na chwilę obecną niemożliwy do urzeczywistnienia, a to za sprawą konieczności realizacji zobowiązań wynikających z Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i tym samym wskazań Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także mając na uwadze działalność orzeczniczą Trybunału Konstytucyjnego.

² Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396), która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 r.

Aspektami teoretycznymi prawa intertemporalnego zajęła się dr hab. Hanna Paluszkiewicz, profesor Uniwersytetu Zielonogórskiego. Czerpiąc wiedzę z grantu realizowanego na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu o prawie międzyczasowym *in genere*, prelegentka wprowadziła podstawowy podział na dwie zasady tego prawa: bezpośredniego działania prawa nowego oraz działania prawa dawnego, podnosząc, że pozostałe reguły intertemporalne są do wymienionych zasad wtórne. Następnie, mówczyni wyraziła przekonanie, że niezasadnym jest adaptowanie na grunt procesowy przekonań intertemporalnych wynikających z refleksji nad art. 4 k.k., albowiem rolą tego przepisu jest rozstrzygnięcie kolizji norm regulujących odpowiedzialność karną, podczas gdy funkcje Kodeksu postępowania karnego są zgoła inne. Konkludując, profesor Paluszkiewicz przypomniała, że nie wszystkie przepisy art. 27 i następne ustawy zmieniającej mają charakter intertemporalny, wskazując, iż niektóre z nich – jak choćby art. 50 – służą raczej dostosowaniu wprowadzanej noweli do nowej rzeczywistości prawnej, aniżeli rozstrzygnięciu kolizji między ustawami.

Przedostatnim prelegentem był dr hab. Dariusz Świecki, sędzia Sądu Najwyższego, który w pierwszej kolejności – podobnie jak Aleksandra Matukin-Szumlińska – skupił się na problematyce braku instrumentarium intertemporalnego w odniesieniu do powództw adhezyjnych, które zostały wytoczone przed datą 1 lipca 2015 r., wyrażając zapatrywanie oparte na istocie powództwa przydatkowego, zgodnie z którym nastąpić winna konwersja powództw jeszcze nierozpoznanych we wnioski, o których mowa w art. 46 k.k. Nadto, sędzia zwrócił uwagę na zagrożenie płynące z art. 36 pkt 1 ustawy zmieniającej, a polegające na braku możliwości stosowania „bufora ochronnego” w postaci art. 168a k.p.k. do czasu prawomocnego zakończenia postępowań wszczętych przed datą wejścia w życie reformy, przy jednoczesnej perspektywie przedsięwzięcia dowodzenia prywatnego za sprawą zmiany art. 393 § 3 k.p.k. Mówca poddał również analizie art. 30 tej ustawy, przewidujący zasadę „petryfikacji” składu sądu, stwierdzając, że zwrot „do zakończenia postępowania w danej instancji” rozumieć wypada w ten sam sposób, w jaki Trybunał Konstytucyjny postrzega pojęcie instancyjność, a więc w sensie statycznym i ustrojowym, co zdaniem sędziego Świeckiego przesądza, że przepis ten nie będzie miał zastosowania do postępowań wpadkowych. Na koniec wystąpienia sędzia sformułował tezę, zgodnie z którą postępowanie przed sądem II instancji rozpoczyna się dopiero z momentem przekazania akt temu sądowi.

Jako ostatni głos zabrał dr hab. Włodzimierz Wróbel, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego oraz sędzia Sądu Najwyższego. Na wstępie profesor wyraził stanowisko, że w państwie prawa zagadnienia intertemporalne nie mogą być pozostawione orzecznictwu, winny natomiast podlegać regulacji ustawodawcy. Następnie prelegent przedstawił własną koncepcję wykładni

przepisów prawa karnego procesowego, wskazując, że obecnie zbyt dużą wagę przywiązuje się do wykładni literalnej, natomiast w jego ocenie co do zasady przepisy proceduralne winny być traktowane jako pewne dyrektywy kierunkowe o charakterze optymalizacyjnym. Mówca zgodził się z dr hab. Hanną Paluszkiewicz, że nie da się do procesu karnego stosować reguł płynących z art. 4 k.k., bowiem w postępowaniu karnym paleta konstrukcji normatywnych jest zbyt bogata, by rozstrzygnąć, która z ustaw podlegających ocenie ma charakter względniejszy. W kręgu zainteresowań prelegenta znalazł się również problem braku oprzyrządowania intertemporalnego w ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. Przeciwnie jednak do spostrzeżeń sędziego Świeckiego, profesor Wróbel skonstatował – mimo świadomości słabości tego rozwiązania – że do powództw adhezyjnych wytoczonych przed 1 lipca 2015 r. winno się stosować *per analogiam* przepisy wprowadzające do Kodeksu postępowania karnego.

Po przerwie przystąpiono do dyskusji moderowanej przez dr hab. Dobrosławę Szumiło-Kulczycką, w której – obok panelistów – głos zabrali zarówno teoretycy, jak również i praktycy prawa. Wśród wielu wątków poruszonych podczas debaty na czoło wysuwało się zagadnienie wykładni art. 168a k.p.k., a także kwestia rozumienia pojęcia instancyjności, którą zaproponował sędzia Świecki. Szczególnie ostatni z przywołanych problemów wzbudził wzmożoną dyskusję pomiędzy sędzią Wróblem, sędzią Świeckim oraz sędzią Sądu Apelacyjnego w Krakowie, Tomaszem Szymańskim. Sędzia Szymański nie zgodził się ze stanowiskiem przedstawionym przez dr hab. Dariusza Świeckiego w przedmiocie momentu rozpoczęcia postępowania przed sądem II instancji, podnosząc, że już czynności przed sądem I instancji inicjują to postępowanie, z czym zgodził się prof. Wróbel. Sędzia Świecki bronił swojego stanowiska, argumentując, że wniesienie apelacji uruchamia bez wątpienia postępowanie odwoławcze, nie zaś postępowanie przed sądem II instancji, podtrzymując proponowane przez siebie przekonanie, że to ostatnie następuje dopiero z chwilą przekazania akt sądowi II instancji.

Sporo kontrowersji wzbudziło również jedno z pytań uczestnika konferencji odnośnie roli prokuratura w nowej, kontradyktoryjnej rzeczywistości. Wskazana wątpliwość dotyczyła zagrożenia „równości broni” między obroną a oskarżeniem w kontekście ewentualnego prawa prokuratora do przemilczania dowodów na korzyść oskarżonego. Odpierając podniesiony zarzut, sędzia Świecki oraz prokurator Kosmaty dowodzili, że prokurator po nowelizacji nadal nie będzie podmiotem działającym na własną korzyść, lecz w interesie publicznym, wciąż wiązała go będzie w świetle art. 4 k.p.k. zasada obiektywizmu, zatem – ich zdaniem – nie może być mowy o takim zagrożeniu.

Konferencję podsumował oraz zamknął dr hab. Andrzej Świątłowski, wyrażając przekonanie, że omawiana nowelizacja podzieli los jej poprzedni-

czek, co oznacza, iż część sygnalizowanych podczas spotkania oraz w dyskursie naukowym problemów nie będzie w ogóle zmartwieniem dla praktyki, inne natomiast, niebędące przedmiotem dyskusji oraz przewidywań przedstawicieli nauki i praktyki, okażą się poważną bolączką, z którą przyjdzie się zmierzyć uczestnikom procesu w nowej rzeczywistości. Organizator konferencji w ostatnim słowie wyraził deklarację, że spotkanie dotyczące zagadnień intertemporalnych – jako problematyki niezwykle istotnej – nie było ostatnim przygotowanym przez Katedrę Postępowania Karnego UJ, zapraszając tym samym gości na przyszłą dyskusję.

Informujemy naszych Czytelników, że na stronie internetowej Prokuratury Generalnej pod adresem www.pg.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy nieodpłatnie, w formacie pdf, pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od 1 stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Redakcja

Komunikaty

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości 35.56 pkt.

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1126) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Miesięcznik „Prokuratura i Prawo” zamieszczono w części B. w pozycji 1365, przyznając 4 punkty za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem:
<http://www.nauka.gov.pl/lista-czasopism-punktowanych/>

Informacja dla Autorów

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 6,0, 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 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pg.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, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Informacja dla Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że od stycznia 2005 r. czasopismo „Prokuratura i Prawo” nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie – pod adresem: www.pg.gov.pl – w programie MS Word jest udostępniona wersja elektroniczna czasopisma, a pod adresem: www.ies.krakow.pl/wydawnictwo/prokuratura jego treść można odczytywać programem Acrobat Reader 6.

Redakcja uprzejmie informuje, że przedmiotem omówień publikacji książkowych są przede wszystkim monografie, w tym także prace zbiorowe, ta forma prezentacji nie obejmuje natomiast – z oczywistych względów – komentarzy i podręczników.