



Prokuratura i Prawo

NR 2/luty 2018



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

Przewodniczącą – **Marek SADOWSKI**
Członkowie: Małgorzata BEDNAREK, Małgorzata KOZŁOWSKA, Jacek MOTAWSKI, Tomasz SZAFRAŃSKI, Anna WDOWIARZ-PELCC, Marek WOŹNIAK, Krzysztof WÓJCIK

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki
Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/Articles

Grzegorz Jędrzejewski, Prokurator Rejonowy w Sierpcu	
Zakres czasowy stosowania art. 168b i 237a k.p.k.	5
Application timeline for Articles 168b and 237a of the Code of Criminal Procedure	23
dr Jan Kulesza, adiunkt Uniwersytetu Łódzkiego	
Stan wyższej konieczności w ruchu drogowym w świetle orzecznictwa sądowego	24
State of necessity in road traffic situations in light of case law of courts	50
Krzysztof Kmań, student V roku Uniwersytetu Jagiellońskiego	
Nakłanianie lub udzielanie pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy	52
Soliciting, abetting or aiding an abortion in violation of law	80
dr Blanka Julita Stefańska, adiunkt Uczelni Łazarskiego	
Zawieszenie wykonywania reszty kary więzienia i udzielenie wolności warunkowej w prawie karnym Hiszpanii	81
Suspension of execution of the remaining part of prison sentences, and grant of conditional liberty in Spanish criminal law	100

Materiały szkoleniowe/Training materials

dr Józef Gurgul, prokurator MS w stanie spoczynku, Warszawa	
Wpływ utworów artystycznych i poetyckich na efektywność, kulturę i etykę śledztwa	101
Impact of works of art and poetry on investigation effectiveness, culture, and ethics	132

Glosy/Commentaries

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16 (dot. naruszenia prywatności) – oprac. dr Katarzyna Nazar	133
to the Supreme Court judgment of 29 March 2017, ref. no. IV KK 413/16 (concerns violation of personal privacy) – by Katarzyna Nazar, Ph.D.	151

do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. II AKa 380/15 (dot. zakazu prowadzenia działalności gospo- darczej) – oprac. dr Piotr Gensikowski	153
<i>to the judgment of the Appellate Court in Katowice of 2 February 2016, II AKa 380/15 (prohibition on engaging in business activities)</i> – by Piotr Gensikowski, Ph.D.	159

ARTYKUŁY

Grzegorz Jędrzejewski

Zakres czasowy stosowania art. 168b k.p.k. i 237a k.p.k.

Streszczenie

W artykule omówione zostały kwestie intertemporalne związane ze stosowaniem art. 168b k.p.k., a także art. 237a k.p.k., funkcjonujących w polskim systemie prawnym od 15 kwietnia 2016 r. po nowelizacji kodeksu postępowania karnego dokonanej ustawą z dnia 11 marca 2016 r. z uwzględnieniem przepisów intertemporalnych dotyczących tzw. nowej zgody następczej, zawartych w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy o Policji i innych ustaw. Autor, odwołując się do ogólnych zasad intertemporalnych, poglądów doktryny i stanowisk wyrażanych w orzecznictwie, dokonuje analizy kwestii zakresu czasowego stosowania art. 168b k.p.k. i 237a k.p.k. formułując tezę, iż przepisy te „chwytają w locie” toczące się postępowania karne, a więc znajdują zastosowanie do toczących się postępowań, niezależnie od fazy, w której się znajdują i czasu ich wszczęcia.

Wstęp

Wykorzystywanie rezultatów kontroli operacyjnej w procesie karnym w zakresie osób lub przestępstw nieobjętych wcześniejszymi orzeczeniami sądu o zastosowaniu kontroli operacyjnej w ostatnich latach było

przedmiotem licznych judykatów sądów różnych szczebli oraz dwóch skrajnie odmiennych uregulowań ustawowych.

W postanowieniu z dnia 26 kwietnia 2007 r.¹ Sąd Najwyższy stwierdził, że podstawowym warunkiem pozwalającym na wykorzystanie takich dowodów było uzyskanie następczej zgody sądu w trybie odpowiedniego stosowania art. 19 ust. 3 ustawy o Policji przewidzianym dla rozpoczęcia kontroli operacyjnej w przypadkach niecierpiących zwłoki, a więc „klasycznej zgody następczej”. Powyższa teza spotkała się z różnymi ocenami w piśmiennictwie². Kwestionując możliwość odpowiedniego stosowania zgody następczej wyrażano dwa odmienne poglądy uważając, że materiały kontroli operacyjnej co do innej osoby albo innego przestępstwa, ale mieszczącego się w katalogu z art. 19 ust. 1 ustawy o Policji, można wykorzystać bez zgody następczej sądu³ albo też w ogóle nie jest możliwe wykorzystanie takich materiałów⁴.

W niektórych wypowiedziach dopuszczano też możliwość wykorzystania materiałów operacyjnych odnośnie każdego przestępstwa, opierając się na językowej wykładni przepisu art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, który mówił o „dowodach pozwalających na wszczęcie postępowania karnego” bez żadnych wyłączeń czy uściśleń, a więc w myśl zasady *lege non distinguente* nie ma podstaw do różnicowania, o jakie przestępstwa chodzi, kwestionując dokonaną przez SN wykładnię systemową i funkcjonalną art. 19 ust. 1 i 15 ustawy o Policji, a także powołując się na zasadę legalizmu ścigania⁵. W uchwale z dnia 23 marca 2011 r.⁶ Sąd Najwyższy wskazał, że „dowodami uzyskanymi w wyniku kontroli operacyjnej, zarządzanej postanowieniem sądu, wydanym na podstawie art. 17 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. Nr 104, poz. 708 ze zm.), które pozwalają na wszczęcie postępowania karnego lub mają znaczenie dla toczącego się postępowania karnego (art. 17 ust. 15 tej ustawy), są jedynie dowody dotyczą-

¹ Sygn. I KZP 6/07, OSNKW 2007, nr 5, poz. 37.

² Glosy: A. Lach i B. Sitkiewicz, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., Prokuratura i Prawo 2007, nr 10; J. Skorupka, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., Państwo i Prawo 2008, nr 2; M. G. Węglowski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., Prokuratura i Prawo 2009, nr 2; R. Signerski, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., LEX el. nr 62319.

³ A. Lach, B. Sitkiewicz, *op. cit.*

⁴ K. Grzegorzczak, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 kwietnia 2007 r., Wojskowy Przegląd Prawniczy 2008, nr 4.

⁵ A. Herzog, Wykorzystanie materiałów operacyjnych w postępowaniu dyscyplinarnym prokuratorów, Prokuratura i Prawo 2007, nr 2, s. 93; M. Gabriel-Węglowski, *op. cit.*, s. 157–158.

⁶ Sygn. I KZP 32/10, OSNKW 2011, nr 3, poz. 22.

ce przestępstw, określonych w jej art. 17 ust. 1, które zostały wskazane w postanowieniu o zastosowaniu kontroli operacyjnej lub w postanowieniu o udzieleniu tzw. zgody następczej, w tym wydanej także w toku kontroli operacyjnej (art. 17 ust. 3 ustawy), a popełnionych przez osobę, której dotyczyła zgoda pierwotna i osobę, co do której wydano zgodę następczą”.

Stanowisko orzecznictwa znalazło odzwierciedlenie w nowelizacji ustawy o Policji i innych ustaw z dnia 4 lutego 2011 r.⁷ w której ustawodawca przesądził, iż w przypadku uzyskania w toku kontroli operacyjnej dowodu popełnienia przestępstwa tzw. katalogowego, popełnionego przez osobę, wobec której była stosowana kontrola operacyjna, innego niż objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej albo popełnionego przez inną osobę, o zgodzie na jego wykorzystanie w postępowaniu karnym orzeka postanowieniem sąd, który zarządził kontrolę operacyjną na wniosek prokuratora.

Radykalna zmiana nastąpiła w nowelizacji kodeksu postępowania karnego dokonanej ustawą z dnia 11 marca 2016 r.⁸, która wprowadziła do kodeksu postępowania karnego art. 168b przewidujący, iż w przypadku uzyskania w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych dowodu popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Analogiczne rozwiązanie ustawodawca zawarł w zakresie podsłuchu procesowego w art. 237a k.p.k.

Intertemporalne zasady procesowe – ujęcie ogólne

Nadzwyczaj istotne znaczenie dla funkcjonowania art. 168b mają kwestie intertemporalne jako, że one decydują o możliwości wykorzystania w procesie karnym materiałów operacyjnych w zakresie przestępstw ściganych z urzędu uzyskanych przed dniem 15 kwietnia 2016 r.

W teorii prawa przyjmuje się, że modelowo rozstrzygnięcia intertemporalne opierają się na trzech zasadach:

⁷ Dz. U. Nr 53, poz. 273.

⁸ Dz. U. z 2016 r., poz. 437.

- 1) zasadzie bezpośredniego działania prawa (zasada prymatu ustawy nowej), w myśl której „nowe prawo” od momentu jego wejścia w życie znajduje zastosowanie nie tylko do nowo powstałych sytuacji prawnych, ale również do sytuacji z tzw. elementem dawnym,
- 2) zasadzie dalszego działania prawa (zasada działania ustawy dawnej), zgodnie z którą pomimo wejścia w życie „nowego prawa” sytuacje prawne z tzw. elementem dawnym winny być rozstrzygane w oparciu o „prawo stare”,
- 3) zasady wyboru prawa, głoszącej, że wybór, które prawo, „dawne” czy „nowe”, wyznacza określoną sytuację prawną, pozostawia się podmiotowi zainteresowanemu⁹.

O tym, które z rozwiązań należy przyjąć, rozstrzyga sam ustawodawca w przepisach przejściowych, końcowych albo przepisach wprowadzających. Jarosław Mikołajewicz wskazuje na brak ogólniejszych zasad dotyczących rozstrzygnięć intertemporalnych na gruncie praw proceduralnych. Zdaniem tego autora można jedynie generalnie przyjąć, że w przeważającej liczbie przypadków ustawodawca polski nakazuje stosować do czynności procesowych, od chwili wejścia w życie, bezpośrednio „prawo nowe”, z pozostawieniem w mocy czynności dokonanych przed jego wejściem w życie zgodnie z „prawem starym”. Reguła ta doznaje jednak ograniczeń w przypadku postępowań będących w toku, w stosunku do których ustawodawca polski niejednokrotnie nakazuje stosować „stare prawo” aż do zakończenia w jakiś sposób wyróżnionego stadium procesowego. W razie zaś wątpliwości, które prawo stosować – „stare” czy „nowe”, przyjmuje się, że należy stosować „prawo nowe”¹⁰.

W polskim prawie karnym procesowym przyjmuje się, że jeśli w okresie między popełnieniem czynu zabronionego a wszczęciem postępowania karnego nastąpiła zmiana prawa, zastosowanie znajdują nowe przepisy, tj. obowiązujące w chwili trwania procesu, które „chwytają w locie” toczące się postępowania¹¹. Jeśli więc w czasie, w którym popełniono czyn zabroniony obowiązywała inna regulacja karnoprosesowa, to w razie zmiany prawa postępowanie w przedmiocie tego czynu będzie prowadzone na podstawie nowo obowiązujących przepisów procesowych. W orzecznictwie wskazuje się, że w prawie karnym procesowym obowiązuje – z jednej strony – zasada swoistej retroakcji, oznaczająca nakaz

⁹ P. Czarniecki, A. Matukin, Intertemporalne aspekty obowiązywania ustawy karnej procesowej, CzPKiNP 2010, nr 1, s. 188–189.

¹⁰ J. Mikołajewicz, Prawo intertemporalne. Zagadnienia teoretyczno-prawne, Poznań 2000, s. 62–64 oraz 115.

¹¹ A. Matukin-Szumlińska, (w:) System Prawa Karnego Procesowego, tom I. Zagadnienia ogólne, cz. 2, s. 508 i podana tam literatura.

stosowania nowych przepisów wstecz, a więc również w odniesieniu do stosunków procesowych powstałych przed ich wejściem w życie (przepisy procesowe „chwytają je w locie”), ale z drugiej strony zasada ta doznaje ograniczenia przez zasadę „stadialności” formułującą nakaz stosowania nowych przepisów nie od razu, lecz od pewnego stadium procesu¹². Działanie wstecz przepisów procesowych oznacza, że w przypadku zmiany ustawy procesowej w toku procesu i jego kontynuacji według przepisów nowej ustawy do postępowań, których przedmiotem są przestępstwa popełnione w czasie obowiązywania poprzednio obowiązującej ustawy procesowej stosowane są przepisy nowej ustawy. Dokonywanie zmian przepisów prawa procesowego opiera się na założeniu, w świetle którego z chwilą wejścia w życie nowe przepisy znajdują zastosowanie także w odniesieniu do już toczących się postępowań. Prymat nowych przepisów polega na tym, że chwytają one w locie postępowania wszczęte przed ich wejściem w życie, stosowanie zaś w tych postępowaniach przepisów dotychczasowych ma charakter wyjątkowy¹³. Domniemanie stosowania ustawy nowej znajduje potwierdzenie w klasycznej regule prawa intertemporalnego „*in dubio lex nova*” zresztą wyrażonej *expressis verbis* w art. 21 przepisów wprowadzających ustawę z dnia 11 marca 2016 r.

Uprawnione jest więc twierdzenie, że podstawową formą rozwiązywania problemów intertemporalnych na gruncie prawa karnego procesowego jest reguła stosowania prawa nowego (*lex nova*), zwana regułą bezpośredniego stosowania ustawy nowej albo regułą „chwytania w locie”¹⁴. W uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2016 r.¹⁵ stwierdzono, że zasada tzw. „chwytania w locie” jest podstawową zasadą prawa intertemporalnego i wskazano, że jest ona stosowana w drodze *analogiae legis* wówczas, gdy ustawodawca, wprowadzając zmiany w prawie, nie zamieści przepisów przejściowych. Zasada „chwytania w locie” jest zatem w odniesieniu do przepisów procesowych swego rodzaju metazasadą intertemporalną, i nawet wtedy, gdy nie jest wprost zapisana w ustawie, należy domniemywać jej obowiązywanie. Zasada stosowania prawa nowego to jednocześnie zasada *ultima ratio*, znajdująca zastosowanie wówczas, gdy organ stosujący prawo ma trudności z usunięciem wątpliwości co do tego, które przepisy stosować.

¹² Uchwała SN z dnia 25 kwietnia 1996 r., sygn. I KZP 6/96, OSNKW 1996, nr 5–6, poz. 240.

¹³ Uchwała z dnia 30 września 1998 r., sygn. I KZP 14/98, OSNKW, nr 9–10, poz. 42.

¹⁴ Zob. H. Pałuszkiewicz, Studia z zakresu problematyki intertemporalnej w prawie karnym procesowym, Warszawa 2016, s. 3, 15 i 19.

¹⁵ Sygn. IV KZ 38/16, LEX nr 2151441.

Do zasady bezpośredniego działania ustawy nowej, jako wiodącej, odwoływał się Trybunał Konstytucyjny m.in. w wyroku z dnia 31 stycznia 1996 r.¹⁶ W uzasadnieniu tego orzeczenia Trybunał podkreślił, że domniemanie stosowania tej zasady wynika m.in. z tego, iż nowa ustawa powinna pełniej odpowiadać woli prawodawcy. Prawo nowe jest także lepszym odbiciem aktualnych stosunków normatywnych, bardziej dostosowanym do aktualnego stanu prawnego, tylko więc wyraźnie określone względy znajdujące wyraz w poddanych wykładni przepisach mogłyby przemawiać za odstąpieniem od zasady bezpośredniego stosowania ustawy nowej i przedłużonym działaniem ustawy dawnej¹⁷.

Zakres czasowy przepisów dotyczących „nowej zgody następczej”

Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. o zmianie ustawy o Policji i niektórych innych ustaw, która weszła w życie w dniu 11 czerwca 2011 r., nie zawierała żadnych przepisów intertemporalnych, dlatego też, o ile nie mogła budzić wątpliwości konieczność uzyskania nowej zgody następczej w zakresie materiałów uzyskanych po dniu wejścia w życie ustawy, jak też materiałów przekazanych dla potrzeb postępowania przygotowawczego, a nie skierowanych jeszcze do sądu przed dniem 11 czerwca 2011 r., o tyle przedmiotem kontrowersji była kwestia możliwości dowodowego wykorzystania materiałów operacyjnych w postępowaniu sądowym zainicjowanym przed 11 czerwca 2011 r., co do których nie uzyskano zgody następczej na podstawie odpowiedniego stosowania art. 19 ust. 3 ustawy o Policji i jego odpowiedników w innych ustawach. W orzecznictwie SN wyrażano pogląd o niemożności stosowania przepisów ustawy z dnia 4 lutego 2011 r. czy wcześniejszych poglądów orzecznictwa w zakresie uzyskiwania zgód następczych wobec przestępstw katalogowych, do postępowań w których zebrano dowody w wyniku kontroli operacyjnej jeszcze w latach 90. minionego wieku¹⁸, a w zakresie podsłuchu procesowego nawet w pierwszej połowie 2007 r.¹⁹, z kolei w wyroku z dnia 2 marca 2012 r.²⁰ Sąd Najwyższy z jednej strony

¹⁶ Sygn. K 9/95, OTK 1996, nr 1, poz. 2.

¹⁷ Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 czerwca 1993 r., sygn. W 4/93, OTK 1993, nr 2, poz. 45.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. V KK 412/12, LEX nr 1341288.

¹⁹ Postanowienie SN z dnia 10 października 2012 r., sygn. II KK 336/11, OSNKW 2013, nr 1, poz. 6.

²⁰ Sygn. V KK 270/11, Lex nr 1157591.

uznał, że nie należy stracić z pola widzenia linii orzeczniczej, którą zapoczątkowało postanowienie z dnia 26 kwietnia 2007 r., a z drugiej strony sąd nie może przejść do porządku nad argumentacją wprowadzenia do procesu karnego materiałów operacyjnych uzyskanych jeszcze w 1998 r. W wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r.²¹ SA w Katowicach nie podzielił stanowiska prokuratora, że skoro kwestia zgody następczej sądu była uregulowana inaczej w chwili stosowania tej kontroli, to sąd orzekający powinien stosować przepisy w ich ówczesnej interpretacji, a nie obecnym brzmieniu. Sąd Apelacyjny w Gdańsku w sprawie o sygn. II AKa 366/12²² uznał, że skoro w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego wyrażony jest pogląd, że jeżeli ustawodawca nie wprowadza w nowym akcie prawnym przepisów przejściowych to wyraża w takim przypadku wolę postępowania według zasady bezpośredniego działania ustawy nowej, wykluczone jest stosowanie przepisów, które zostały uchylone, co w realiach rozpoznawanej sprawy oznaczało, że wobec oskarżonych, wobec których nie wydano postanowień o stosowaniu podsłuchów i do dnia 11 czerwca 2011 r. nie wydano zgód następczych nie ma możliwości wydania zgody następczej z uwagi na upływ terminów określonych odpowiednio w art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, czyli pięciu dni, a od dnia 11 czerwca 2011 r. w art. 19 ust. 15c, czyli miesiąca od otrzymania materiałów operacyjnych przez prokuratora, nie później niż dwa miesiące od zakończenia kontroli. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w orzeczeniu z tego okresu²³ uznał jednak, że jeśli w momencie prowadzenia kontroli operacyjnej w 2009 r. nie obowiązywały przepisy dotyczące zgody następczej w brzmieniu wynikającym z ustawy z dnia 4 lutego 2011 r., nie można mówić o przekroczeniu określonych w nich terminów skutkującym delegacją uzyskanych materiałów operacyjnych. Już na gruncie obowiązującego aktualnie stanu prawnego Sąd Okręgowy w Lublinie²⁴ wyraził pogląd, że w sytuacji gdy dowód z kontroli operacyjnej został wprowadzony do procesu karnego przed 11 czerwca 2011 r. to nie znajdowały do niego zastosowania ograniczenia wprowadzone z tą datą.

Jeśli chodzi o wypowiedzi doktryny odnośnie przedmiotowej materii to wskazać należy przede wszystkim na wypowiedź Piotra Pająka²⁵. Wskazuje on na rozróżnienie w orzecznictwie jak i w doktrynie regulacji o cha-

²¹ Sygn. II AKa 409/12, Lex nr 1246644.

²² Wyrok z dnia 22 listopada 2012 r., Lex nr 1271814.

²³ Sygn. II AKa 246/12 z dnia 4 lutego 2013, Lex nr 1313215.

²⁴ Wyrok z dnia 13 kwietnia 2017 r., sygn. XI Ka 120/17, Lex nr 2282522.

²⁵ P. Pająk, Zagadnienia intertemporalne zakazów dowodowych dotyczących wykorzystania materiałów kontroli operacyjnej i procesowej, s. 7, artykuł ze strony e-Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych <http://www.czpk.pl>.

rakterze statycznym, dotyczących warunków niewadliwości czynności procesowych, i o charakterze kinetycznym, regulujących bieg postępowania karnego. W zakresie kinetyki procesu zmiana procedury jest stosowana natychmiastowo, czyli mówiąc obrazowo „chwyta w locie” postępowanie karne, natomiast ważność i skuteczność dokonanych czynności procesowych ocenia się na podstawie przepisów obowiązujących w czasie ich dokonywania. Zdaniem P. Pająka takie stanowisko może mieć zastosowanie jedynie do sytuacji, w których statyka i kinetyka procesu i rozróżnienie skutków, jakie dla tych aspektów procesu ma zmiana procedury, wyrażone są w odpowiednich przepisach intertemporalnych, a wobec braku takowych przepisów należałoby przyjąć stosowanie do zmian w zakresie wykorzystania materiałów kontroli procesowej reguły chwywania w locie. W przypadku kontroli operacyjnej natomiast, z uwagi na dychotomiczny podział na czynności operacyjno-rozpoznawcze i procesowe, należałoby oprzeć się na zasadzie *lex retro non agit* w jej czystszej postaci wywodzącej się z art. 2 konstytucji. Autor dopuszcza retroaktywność w stosowaniu przepisów dotyczących kontroli operacyjnej o ile nie narusza to uprawnień oskarżonego zauważając jednak, że retroaktywność w takim przypadku może naruszać prawa pokrzywdzonych do rozpatrzenia ich sprawy w sprawiedliwej procedurze.

Zakres czasowego stosowania art. 168b i 237a k.p.k. po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r.

Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. zawiera rozwiązania intertemporalne, a w materii stanowiącej przedmiot niniejszego artykułu istotne znaczenie ma kilka przepisów. W pierwszej kolejności wskazać należy na art. 21 statuujący zasadę stosowania ustawy nowej w przypadku wątpliwości, czy stosować przepisy dotychczasowe czy też przepisy niniejszej ustawy, art. 24 ustawy wskazujący jednoznacznie, że postępowania przygotowawcze będą prowadzone według przepisów nowej ustawy, co oznacza, że także postępowanie dowodowe, wprowadzanie dowodów do postępowania karnego, ich przeprowadzanie nastąpi z zastosowaniem art. 168b i 237a k.p.k. i to niezależnie od tego, czy postępowanie przygotowawcze wszczęto przed 1 lipca 2015 r. czy też po tej dacie i było prowadzone do 15 kwietnia 2016 r. według reżimu kontradiktoryjnego.

Sytuacja nie przedstawia się natomiast tak jednoznacznie w przypadku postępowania sądowych. Art. 25 ust. 1 przewiduje mianowicie, że w postępowaniach, w których po dniu 30 czerwca 2015 r. skierowano akt oskarżenia, wnioski o wydanie wyroku skazującego, wnioski o warun-

kowe umorzenie postępowania lub wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego, postępowanie toczy się według przepisów dotychczasowych do prawomocnego zakończenia postępowania. W orzecznictwie przyjęto, że zwrot „postępowanie toczy się” dotyczy kinetyki procesu, czyli powiązać go należy z przepisami, które normują tok i tryb (sposób i zakres) czynności procesowych²⁶. Zdaniem B. Augustyniak należy go więc odnieść także do zasad i sposobu wprowadzania oraz przeprowadzania dowodów w postępowaniu sądowym. Pozwala to na stosowanie dotychczasowych przepisów w toku postępowania sądowego wszczętego po 30 czerwca 2015 r. i niezakończonych do 14 kwietnia 2016 r., przykładowo w postaci art. 167, 366 § 1, 389, 391, 427 § 4 i 5 k.p.k. w brzmieniu nadanym nowelizacjami z 2013 i 2015 r. Natomiast do tych spraw nie mają zastosowania znowelizowane lub nowe przepisy dotyczące wprowadzania i wykorzystywania dowodów w procesie określone w art. 168a, 168b, 237a k.p.k.²⁷

W moim przekonaniu pogląd ten nie jest słuszny. Przepisy dotyczące tzw. „nowej zgody następczej” zawarte w art. 19 ust. 15c–e ustawy o Policji w brzmieniu obowiązującym od 11 czerwca 2011 r. nie mogą być uznane za przepisy określające tok i tryb postępowania karnego, czyli przepisy według których „toczy się” postępowanie, nie może więc znaleźć w tym przypadku zastosowania reguła z art. 25 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej z dnia 11 marca 2016 r. (dalej ustawa nowelizacyjna). Wspomniane przepisy nie są bowiem zamieszczone w ustawie procesowej, nie dotyczą trybu i toku przeprowadzania czynności procesowych, jako że kontrola operacyjna nie jest czynnością procesową i nie mieści się w ramach procesu karnego, dotyczą materii uznania za dowód ustaleń poczynionych w wyniku pozaprocesowych działań organów ścigania. Stwierdzić również można, że przepisy te dotyczą wprowadzania do procesu karnego dowodów przeprowadzonych poza procesem, a jedynie ich procesowym dopełnieniem są przepisy kodeksu postępowania karnego określające sposób ich przeprowadzenia przed sądem, co wynika z treści art. 19 ust. 15 ustawy o Policji, nakazującego odpowiednie stosowanie art. 393 zd. pierwsze k.p.k. w odniesieniu do materiałów operacyjnych w fazie postępowania sądowego.

Przedstawiona wyżej argumentacja nie wydaje się jednak możliwa do zaakceptowania w przypadku art. 237a k.p.k. dotyczącego podsłuchu procesowego. Powstaje więc pytanie, czy materiały operacyjne zostaną

²⁶ Uchwała z dnia 30 września 1998 r., sygn. I KZP 14/98, OSNKW 1998, nr 9–10, poz. 42.

²⁷ B. Augustyniak, (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz do zmian 2016, Warszawa 2016, s. 706–707.

wprowadzone do procesu karnego z uwzględnieniem art. 168b k.p.k., nawet gdy zostały uzyskane z naruszeniem przepisów art. 19 ust. 15c–e, natomiast nie będzie to możliwe w przypadku materiałów z podsłuchu procesowego w sytuacji niezyskania zgody następczej.

Poszukując rozstrzygnięcia problemu warto zastanowić się, czy funkcjonujące w orzecznictwie i doktrynie zaliczenie przepisów dotyczących wprowadzania dowodów do postępowania karnego do przepisów określających tok i tryb postępowania, czyli przepisów według których „toczy się” postępowanie, nie jest wynikiem nadmiernego uogólnienia. W kwestii wykorzystania środków dowodowych uzyskanych w trakcie czynności przeprowadzonych w poprzednim porządku prawnym Sąd Najwyższy wypowiedział się dotychczas jedynie w zakresie instytucji świadka *incognito* w postanowieniu z dnia 19 kwietnia 2000 r.²⁸, w którym stwierdził, że zasadę skuteczności czynności procesowych dokonanych zgodnie z prawem dotychczas obowiązującym należy odczytywać m.in. w ten sposób, że pozostają w mocy wszystkie legalnie podjęte decyzje o utajnieniu informacji umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka anonimowego, jednak dowód z zeznań takiego świadka należy przeprowadzić z zachowaniem reguł wynikających ze zmienionego stanu prawnego. Jak podkreślił SN ważne jest, aby odróżniać legalność czynności procesowych ocenianych przez pryzmat przepisów obowiązujących w chwili ich dokonywania (*tempus regit actum*) od oceny wartości dowodów, która powinna być dokonywana według przepisów obowiązujących w chwili ich przeprowadzania. Zauważyć należy, że art. 168b k.p.k. ma w pewnym sensie nowatorski charakter, jako że konwaliduje czynności dowodowe, które były nieskuteczne pod rządami ustawy dawnej czyniąc je skutecznymi pod rządami ustawy nowej. Dotychczas bowiem w nowostanowionych przepisach ustawodawca z reguły zamieszczał przepis decydujący o skuteczności czynności procesowych zgodnie z przepisami obowiązującymi w czasie ich przeprowadzenia²⁹, poza sferą legislacji pozostawała natomiast sygnalizowana wyżej kwestia konwalidacji czynności nieskutecznych.

W celu uniknięcia tak poważnych różnic co do możliwości wykorzystania w procesie karnym już zgromadzonych dowodów niezbędnym wydaje się dokonanie ścisłej wykładni pojęcia „postępowanie” użytego w art. 25 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej i zawężenie go do postępowania sądowego. W sytuacji gdy art. 24 ustawy nowelizacyjnej nakazuje stosowanie

²⁸ Sygn. I KZP 6/00, Wokanda 2000, nr 8, poz. 23.

²⁹ Art. 9 przepisów wprowadzających kodeks postępowania karnego z 1997 r., art. 20 ustawy nowelizacyjnej z dnia 11 marca 2016 r.

wanie ustawy nowej do wszystkich postępowań przygotowawczych, niezależnie od czasu ich wszczęcia, to art. 25 ust. 1 dotyczy *stricte* sądowego etapu postępowania i przepisów dotyczących wyłącznie tego etapu postępowania, a także przepisów ogólnych regulujących czynności dowodowe, a mianowicie art. 167 i 171 § 2 k.p.k. wskazanych w art. 36 ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2013 r.³⁰, *nota bene* ściśle związanych z kontradiktoryjnym modelem procesu karnego. Nie może ulegać wątpliwości, że o ile większość przepisów regulujących przeprowadzanie dowodów ma charakter wspólny dla różnych etapów postępowania karnego to art. 237 k.p.k. jak i inne przepisy rozdziału 26 k.p.k. dotyczą wyłącznie postępowania przygotowawczego, jako że – według przeważającego poglądu – nie stosuje się podsłuchu na etapie postępowania sądowego. Nie można również zapominać o zasadzie stosowania ustawy nowej w przypadku wątpliwości natury intertemporalnej zawartej w art. 21 ustawy nowelizacyjnej, z którego wynika wprost, że „w razie wątpliwości, czy stosować prawo dotychczasowe czy przepisy niniejszej ustawy, stosuje się przepisy niniejszej ustawy”, co jest zresztą ogólną regułą procesową doznającą wyjątków jedynie na podstawie konkretnych przepisów ustawowych, tak jak miało to miejsce w przypadku nowelizacji kodeksu postępowania karnego obowiązującej od dnia 1 lipca 2015 r. i art. 36 przepisów wprowadzających.

Podsumowując uważam więc, że reguła dalszego stosowania ustawy dawnej nie znajduje zastosowania w odniesieniu do czynności dowodowych ściśle związanych z postępowaniem przygotowawczym.

Jeśli chodzi natomiast o postępowania wszczęte przed dniem 1 lipca 2015 r. to wskazać należy na pogląd wyrażony w uchwale będącej zasadą prawną³¹ w której SN stwierdził, że w sprawach prowadzonych po dniu 14 kwietnia 2016 r., w których akt oskarżenia, wniosek o wydanie wyroku skazującego, wniosek o warunkowe umorzenie postępowania lub wniosek o umorzenie postępowania przygotowawczego i orzeczenie środka zabezpieczającego skierowano do sądu przed dniem 1 lipca 2015 r., zastosowanie znajdują przepisy regulujące przebieg postępowania karnego wprowadzone przez ustawę z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. z 2016 r., poz. 437, a więc – co do zasady – przepisy nowe. Precyzując SN wskazał także, iż:

- w zakresie przepisów w ogóle niewymienionych w art. 36 pkt 2 ustawy wrześnieowej w sprawach, w których akt oskarżenia został wniesiony

³⁰ Dz. U. z 2016 r., poz. 1247.

³¹ Uchwała SN z dnia 29 listopada 2016 r., sygn. I KZP 10/16, OSNKW 2016, nr 12, poz. 79.

do sądu przed dniem 1 lipca 2015 r. i nie zostały one zakończone przed dniem 15 kwietnia 2016 r., będą miały zastosowanie przepisy wprowadzone nowelizacjami z 2013 i 2015 r., o ile nie zostały zmienione nowelizacją z 2016 r., oraz nowe i zmienione przepisy wprowadzone nowelizacją z 2016 r., gdyż w tej właśnie sferze działa zasada „chwytania w locie”;

- natomiast w odniesieniu do przepisów, które zostały wymienione w pkt. 2 art. 36 ustawy wrześniowej, ale nie zostały znowelizowane w ustawie z marca 2016 r., nadal aktualne pozostaje unormowanie zawarte w art. 36 *in principio* ustawy wrześniowej, tj. nie stosuje się tych przepisów w brzmieniu znowelizowanym w 2013 r. do spraw, w których akt oskarżenia został wniesiony przed dniem 1 lipca 2015 r. i sprawa nie została zakończona do dnia 15 kwietnia 2016 r. (np. art. 437 § 2 k.p.k. i art. 454 k.p.k.).

Takie stanowisko SN jednoznacznie wskazuje, że art. 168b k.p.k. i 237a k.p.k. w aktualnym brzmieniu należy stosować do postępowań sądowych wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r. Także uzasadnienie rządowego projektu nowelizacji kodeksu postępowania karnego odnośnie art. 168a k.p.k., w którym stwierdzono, iż „projektodawca wyszedł z założenia, że w postępowaniu wznowieniowym lub kasacyjnym, rozpoczętym i toczącym się po wydaniu w sprawie prawomocnego orzeczenia, znajdą zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy procesowej. Nie ma w szczególności powodu, aby stosować w tych sprawach obecnie obowiązujące uregulowanie art. 168a k.p.k. Przepis ten dotyczy zakazu dowodowego, nie kreuje żadnego prawa nabytego, nie ma przekonujących racji, aby w sytuacji zmiany aksjologii prawa dowodowego skazany miał korzystać z tego unormowania, podczas gdy nie obejmowałoby ono oskarżonych w toczących się postępowaniach” jednoznacznie wskazuje intencję ustawodawcy, by we wszystkich toczących się postępowaniach stosować aktualnie obowiązujące przepisy dotyczące materii dowodowej³².

Analizując problemy intertemporalne wskazać również należy na kierunek interpretacyjny reguł intertemporalnych zaproponowany przez Hannę Paluszkiewicz³³, a związany z zasadą prawdy materialnej będącej jedną z naczelných zasad procesowych wyznaczających współczesny model polskiego procesu karnego. W literaturze karnoprosesowej przyjmuje się powszechnie, iż nadrzędny charakter zasady prawdy material-

³² Uzasadnienie projektu ustawy, Sejm RP VIII kadencji, druk sejmowy nr 207.

³³ H. Paluszkiewicz, *Studia z zakresu problematyki intertemporalnej w prawie karnym procesowym*, Warszawa 2016, s. 74.

nej narzuca kierunek interpretacji norm prawa karnego procesowego³⁴, a w sytuacji gdy wykładnia przepisów procesowych nie daje jednoznacznych rezultatów, należy posłużyć się dyrektywą *in dubio pro veritate*, czyli dokonać wykładni przepisów, tak by w toku postępowania poczynić prawdziwe ustalenia faktyczne. Nie może ulegać wątpliwości, iż to właśnie omawiane zmiany służą pełnej realizacji zasady prawdy materialnej w postępowaniu karnym obejmującym każde przestępstwo ścigane z urzędu.

Problemy związane z zakresem czasowym stosowania art. 168b i 237a k.p.k. nie były dotychczas przedmiotem głębszych analiz w orzecznictwie. Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku o sygn. II Aka 133/16³⁵ stwierdził, że skoro przepis art. 168b k.p.k. wszedł w życie po wydaniu wyroku przez sąd I instancji to choćby z uwagi na zasady lojalności procesowej nie może znaleźć zastosowania w postępowaniu. Takie sformułowanie zdaje się jednak wskazywać, że wspomniany sąd odwoławczy dopuszcza zastosowanie tegoż przepisu w sytuacji, gdy zaczął on obowiązywać w toku trwania konkretnego postępowania karnego. Sąd Apelacyjny Gdańsku³⁶ wyraził pogląd o możliwości stosowania art. 168b do materiałów operacyjnych uzyskanych w 2005 r., a Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 29 grudnia 2016 r.³⁷ uznał, że art. 237a k.p.k. (choć właściwie winien być art. 168b k.p.k. – przypis mój) rozwiewa wątpliwości co do dowodowego wykorzystania, w przypadku przestępstwa niekatalogowego będącego przestępstwem ściganym z urzędu, wyników kontroli operacyjnej prowadzonej od listopada 2011 r. do września 2012 r. Sąd Okręgowy w Koszalinie uznał z kolei, że w odniesieniu do spraw, w których akt oskarżenia wpłynął przed 30 czerwca 2015 r. należy stosować procedurę kwietniową, obowiązująca od dnia 15 kwietnia 2016 r., z przepisami procedury obowiązującej do dnia 30 czerwca 2015 r., wyrażonymi w art. 36 pkt. 1–3 i 6 oraz art. 37 ustawy nowelizującej z dnia 27 września 2013 r.³⁸ Wyprzedzające stosowanie tych przepisów wynika z użycia w nich zwrotu stosuje, bądź zwrotu nie stosuje się danego przepisu do prawomocnego zakończenia postępowania. Zdaniem Sądu konsekwencją tego jest to, że przepis art. 168a k.p.k. nie obowiązuje w wersji lipcowej (art. 36 pkt 1 przepisów wprowadzających). Także przepis art. 168b k.p.k. (dodany ustawą z dnia 11 marca 2016 r.) i nowe brzmienie art. 237a k.p.k. nie powinny mieć zastosowania do

³⁴ S. Waltoś, *Zasada prawdy materialnej w: System Prawa Karnego Procesowego*, t. II, cz. 1, Warszawa 2014, s. 287.

³⁵ Sygn. II Aka 133/16, Lex nr 2171252.

³⁶ Sygn. II Aka 111/16, Lex nr 2191573.

³⁷ Sygn. II Aka 348/16, Lex nr 2196230.

³⁸ Dz. U. z 2013 r., poz. 1247.

spraw, w których akt oskarżenia wpłynął do dnia 30 czerwca 2015 r.³⁹ Pogląd Sądu nie może zostać uznany za słuszny w świetle powołanej wyżej uchwały SN z dnia 29 listopada 2016 r. i dość oczywistej konstatacji, że przepisy wprowadzające nowelizację kodeksu postępowania karnego z 2013 r. nie mogą zastępować przepisów wprowadzających kolejną nowelizację tego samego aktu prawnego.

Nadzwyczaj interesująco przedstawia się problem ewentualnego stosowania art. 168b i 237a k.p.k. w aktualnym brzmieniu już na etapie postępowania odwoławczego, co dotyczy sytuacji w których wydano wyrok lub też zakończono postępowanie dowodowe przed dniem 15 kwietnia 2016 r. (o tym, że takowe rozróżnienie nie jest zagadnieniem czysto akademickim świadczy sprawa o sygn. II K 55/14 Sadu Okręgowego w Sieradzu, w której przewód sądowy zamknięto w dniu 12 kwietnia 2016 r. a wyrok wydano w dniu 25 kwietnia 2016 r.)⁴⁰. Rozstrzygnięcia wymaga możliwość wywiedzenia środka odwoławczego nie tyle zarzucającego obrazę art. 237a lub 168b k.p.k., skoro w chwili procedowania i wyrokowania przepisy te nie obowiązywały, ale postulującego przeprowadzenie dowodów z podsłuchu operacyjnego czy procesowego w oparciu o te właśnie przepisy, czy to w trakcie postępowania odwoławczego czy też poprzez uchylenie wyroku sądu *a quo* i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania. Art. 427 § 3 k.p.k. pozwala na możliwość wskazania w środku odwoławczym nowych faktów lub dowodów, jeśli nie można ich było powołać przed sądem I instancji. Zdaniem D. Świeckiego „skarżący może w środku odwoławczym powołać nowe fakty lub dowody, jeżeli dowiedział się o nich po wydaniu wyroku w pierwszej instancji, co oznacza, że wcześniej nie mógł ich powołać (przeszkoda faktyczna), albo gdy wiedział o dowodzie, ale zachodziła przeszkoda prawna do jego powołania (np. względne zakazy dowodowe), która po wydaniu wyroku ustała”⁴¹. Także T. Grzegorzczak uważa, że „jest (...) dowodem nowym dowód, który był znany sądowi, ale którego nie przeprowadzono z uwagi na zakaz dowodowy, obecnie już nieistniejący”⁴². Wskazanie nowego dowodu w postaci materiałów z podsłuchu będzie możliwe, w oparciu o art. 427 § 3 k.p.k., który nie uległ zmianie od 2013 r., tak w przypadku postępowań sądowych wszczętych przed 1 lipca 2015 r., jak również po tej dacie, nie znajdzie tu bowiem zastosowania prekluzja dowodowa z art.

³⁹ Wyrok z dnia 19 października 2016 r., Lex nr 2292746.

⁴⁰ Wyrok z dnia 25 kwietnia 2016 r., Lex nr 2052711.

⁴¹ D. Świecki, Postępowanie odwoławcze w sprawach karnych. Komentarz i orzecznictwo, wyd. III, wersja el. SIP, Lex 2016.

⁴² T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego Tom I art. 1–467 Komentarz, wersja el. SIP, Lex 2014.

427 § 5 k.p.k., gdyż niezasadnym byłoby obciążanie strony negatywnymi konsekwencjami niezgłoszenia wniosku dowodowego, który był niedopuszczalny z mocy ustawy z uwagi na zakaz dowodowy, który następnie został uchylony.

W przypadku natomiast osób, wobec których nie skierowano aktów oskarżenia z uwagi na to, że ustalenia wynikające z kontroli operacyjnej czy podsłuchu procesowego były dowodami niezbędnymi do pociągnięcia ich do odpowiedzialności karnej za przestępstwa niekatalogowe, lub nie uzyskano zgody następczej z uwagi na przekroczenie terminów, należy rozważyć podjęcie na nowo lub wznowienie umorzonych postępowań przygotowawczych.

Częściowego przynajmniej rozwiązania problematyki intertemporalnej można poszukiwać także na gruncie charakteru prawnego terminów określonych w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. na złożenie stosownych wniosków, różnych dla organów biorących udział w procedurze uzyskania zgody następczej, to jest:

- dla prokuratora miesiąc od dnia otrzymania materiałów od organu prowadzącego kontrolę na skierowanie wniosku do sądu, nie później jednak niż dwa miesiące od zakończenia kontroli (ewentualnie trzy miesiące o czym niżej),
- dla organu prowadzącego kontrolę operacyjną termin określony jako „niezwłoczny” (ewentualnie do dwóch miesięcy od zakończenia kontroli o czym niżej) na przekazanie materiałów prokuratorowi,
- dla sądu czternaście dni na zatwierdzenie wniosku prokuratora.

W uzasadnieniu rządowego projektu zmian ustawy Kodeks postępowania karnego i innych ustaw⁴³ wskazano jedynie, że „ze względu na skuteczność ścigania możliwość ubiegania się przez prokuratora o uzyskanie zgody następczej została ograniczona terminem dwumiesięcznym, który biegnie od daty zakończenia kontroli”. Takie stanowisko projektodawcy wydaje się być argumentem potwierdzającym tezę o stanowczym charakterze przedmiotowego terminu, aczkolwiek w literaturze zwrócono uwagę, iż użycie terminu „nie później niż” w tekście aktu prawnego nie decyduje o nadaniu terminowi charakteru terminu stanowczego wskazując na instrukcyjne terminy na złożenie aktu oskarżenia wobec tymczasowo aresztowanego czy też na złożenie wniosku o przedłużenie tymczasowego aresztowania, w przypadku terminów przewidzianych dla uzyskania zgody następczej ustawodawca nie przewiduje żadnych kon-

⁴³ Druk sejmowy nr 2915, Sejm VI kadencji, orka.sejm.gov.pl/druki6ka.nsf/WWW-wszystkie/2915?.

sekwencji niedotrzymania terminu jasno wskazujących nieskuteczność czynności dokonanych po upływie terminu, nadto powszechnie przyjmowano, iż termin 14-dniowy dla wydania decyzji przez sąd jest terminem instrukcyjnym, a treść przepisów ustawy nie daje podstaw do odmiennego traktowania terminów dla różnych organów procesowych⁴⁴. Prokuratura Generalna zajęła stanowisko, iż terminy określone w art. 237a k.p.k. jak i w art. 19 ust. 15d mają charakter prekluzyjny, a więc nieprzekraczalny i nieprzywracalny, z upływem których wyeliminowana jest możliwość wystąpienia z wnioskiem o zgodę następczą⁴⁵, z kolei D. Szumiło-Kulczycka uznała terminy z art. 19 ust. 15d za terminy stanowcze⁴⁶. Stanowisko w zakresie tak daleko idących konsekwencji niedotrzymania terminu nie może zostać uznane za słuszne, gdyż niemożność wykorzystania dowodów tylko z powodu niedotrzymania terminu do złożenia wniosku o przeprowadzenie dowodu stoi w sprzeczności z zasadami prawdy materialnej i legalizmu.

W doktrynie ujawniły się też rozbieżności w kwestii obliczania terminów złożenia wniosku do sądu o wyrażenie zgody następczej. D. Szumiło-Kulczycka⁴⁷ jak również M. Tomkiewicz⁴⁸ wskazywały, że wniosek winien zostać złożony w ciągu miesiąca od otrzymania materiałów od organu prowadzącego kontrolę, jednak nie później niż dwa miesiące od zakończenia kontroli, T. Łodziana wskazywał na możliwość takiej interpretacji przepisów regulujących kwestię terminów, która pozwalała na złożenie wniosku w terminie trzech miesięcy (dwa miesiące na przekazanie materiałów prokuratorowi, miesiąc dla prokuratora na złożenie wniosku)⁴⁹, z kolei w praktyce prokuratorskiej wyrażano pogląd, że obowiązujący prokuratora jest jedynie termin miesięczny, niezależnie od czasu jaki upłynął od zakończenia kontroli.

W przypadku uznania, że przepisy dotyczące nowej zgody następczej określają terminy stanowcze czy zawite do złożenia wniosków o wydanie takiej zgody, w sytuacji przekroczenia przez prokuratora tych terminów nie jest możliwe wykorzystanie materiałów operacyjnych w zakresie obję-

⁴⁴ G. Artymiak, Charakter prawny terminu „wniesienie wniosku o wyrażenie zgody następczej, przyczynek do dyskusji, (w:) Prof. Marian Cieślak – osoba, dzieło kontynuacja, Warszawa 2013, s. 606.

⁴⁵ Pismo PG VII G 021/8/11 z dnia 21 lipca 2011 r., niepubl.

⁴⁶ D. Szumiło-Kulczycka J. Kudła (red.), Terminy kontroli operacyjnej właściwe dla trybu art. 19 ust. 3 ustawy o Policji, SIP, Lex.

⁴⁷ D. Szumiło-Kulczycka, *op. cit.*, s. 5.

⁴⁸ M. Tomkiewicz, Podsluchy operacyjne w orzecznictwie sądowym, Prokuratura i Prawo 2015, nr 4, s. 164–165.

⁴⁹ T. Łodziana, Zgoda następcza na przeprowadzenie czynności operacyjnych, Prokuratura i Prawo 2013, nr 3, s. 150.

tym koniecznością uzyskania zgody. Jeśli jednak przyjąć, że prokuratora obowiązuje jedynie miesięczny termin od czasu otrzymania materiałów od organu prowadzącego kontrolę nie zaś termin dwumiesięczny od zakończenia kontroli, to nawet przy przyjęciu, że w postępowaniach sądowych wszczętych po 1 lipca 2015 r. a przed 15 kwietnia 2016 r. art. 168b k.p.k. nie znajduje zastosowania, nie ma przeszkód do wykorzystania materiałów przekazanych prokuratorom na miesiąc przed dniem 15 kwietnia 2016 r., jako że nie doszło jeszcze do przekroczenia terminu umożliwiającego złożenie wniosku o zgodę następczą, a z powodu zmiany przepisów nie można już odwoływać się do norm uchylonych. W analogiczny sposób należy postąpić, czyli stosować art. 168b k.p.k., w przypadku materiałów z kontroli operacyjnych zakończonych na dwa miesiące przed dniem 15 kwietnia 2016 r., jeśli oczywiście termin ten zostanie uznany za stanowczy lub zawity.

W przypadku przyjęcia, że wskazane w ustawie z dnia 4 lutego 2011 r. terminy nie są terminami prekluzyjnymi, stanowczymi czy zawitymi, możliwe będzie wprowadzenie do procesu materiałów operacyjnych na podstawie art. 168b k.p.k. na mocy decyzji prokuratora, która w postępowaniu sądowym będzie miała formę stosownego wniosku dowodowego.

Nie można uznać za słuszny pogląd, iż zakaz dowodowy statuowany w art. 168a k.p.k. w brzmieniu obowiązującym od 1 lipca 2015 r. do 15 kwietnia 2016 r. uniemożliwia wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej wykraczającej poza zakres podmiotowy i przedmiotowy określony w postanowieniu sądu, jeśli nie uzyskano zgody następczej. To właśnie prowadzenie kontroli na podstawie orzeczenia sądowego wyklucza tzw. pierwotną nielegalność podsłuchu obejmującego inne przestępstwa czy inne osoby niż wskazane w postanowieniu i nie jest w tym przypadku konieczne uzyskanie zgody następczej, która miałaby legalizować wcześniej nielegalne działania. Przyjęcie stanowiska odmiennego powodowałoby odpowiedzialność karną funkcjonariuszy służb w przypadku nieuzyskania takiej zgody w przypadku niedochowania terminu, utrwalania rozmów prowadzonych z osobą, co do której zebrano dowody popełnienia jedynie przestępstw pozakatalogowych, a przecież immanentną cechą rozmowy telefonicznej jest udział w niej co najmniej dwóch osób i praktycznie nie jest możliwe odstępianie od utrwalania słów uczestnika, którego nie obejmuje postanowienie sądu, czy też w przypadku uznania przez organ stosujący kontrolę lub prokuratora, że brak jest podstaw do wystąpienia o zgodę następczą.

Uważam, że również argumenty natury konstytucyjnej nie dają podstaw do kwestionowania możliwości stosowania art. 168b i 237a k.p.k. w toczących się aktualnie postępowaniach karnych.

Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że konflikt nowego prawa z interesem jednostki może być rozwiązany przez wybór zasady bezpośredniego działania ustawy nowej tylko o tyle, o ile da się wskazać wyraźny ważny interes publiczny, zmuszający do przejścia do porządku dziennego nad interesem jednostki⁵⁰. Za taki ważny interes publiczny uznać należy obowiązek realizowania zasady legalizmu ścigania przestępstw przejawiający się m.in. w wykorzystywaniu już uzyskanych dowodów popełnienia przestępstwa, a także zasadę prawdy materialnej. Zmiany w zakresie zakazów dowodowych nie mogą też naruszać rzekomych praw nabytych gdyż niemożliwym jest dowodzenie, że przepisy konstytucji gwarantują sprawcom przestępstw niemożność wykorzystania w toczących się przeciwko nim postępowaniach legalnie uzyskanych dowodów. Analogicznie, z tego samego powodu tj. ze względu na zasady legalizmu i prawdy materialnej nie można podzielić poglądu B. Sitkiewicza, iż do dnia 15 kwietnia 2016 r. uzasadnione było oczekiwanie sprawców przestępstw, że ewentualnie powstałe niejawnie rejestracje rozmów telefonicznych dotyczących z założenia mniej społecznie szkodliwych przestępstw katalogowych nie będą mogły stanowić w przyszłości materiału, na podstawie którego dana osoba może zostać pociągnięta do odpowiedzialności karnej, a więc względ na pewność czy stabilność prawa może nie pozwolić na retroaktywne stosowanie art. 168b k.p.k.⁵¹ Wspomniane zasady konstytucyjne winny być rygorystycznie przestrzegane przy stanowieniu i stosowaniu przepisów określających uprawnienia i obowiązki oskarżonych, ale trudno wskazać przesłanki nakazujące ich stosowanie do przepisów regulujących materię dowodową, a w szczególności do wykorzystania już uzyskanych dowodów popełnienia przestępstwa.

Zagadnienia intertemporalne dotyczące stosowania art. 168b i 237a k.p.k. mogą mieć istotne czy wręcz fundamentalne znaczenie dla wielu toczących się postępowań karnych, w szczególności postępowań znajdujących się w fazie sądowej. Wykładnia przepisów przejściowych ustawy z dnia 11 marca 2016 r. jak i ogólne zasady intertemporalne dają podstawy do uznania, że omawiane w niniejszym artykule przepisy art. 168b i 237a k.p.k. należy stosować we wszystkich toczących się postępowa-

⁵⁰ Wyrok TK z dnia 13 marca 2000 r., sygn. K 1/99, OTK-ZU 2000, nr 2, poz. 59.

⁵¹ B. Sitkiewicz, Wykorzystanie dowodów uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej i podśluchu procesowego, (w:) A. Lach (red.), Postępowanie karne po nowelizacji z dnia 11 marca 2016 r., Warszawa 2016.

niach na zasadzie bezpośredniego stosowania ustawy nowej, choć może to powodować określone reperkusje dla biegu postępowań w postaci konieczności uzupełniania materiału dowodowego na końcowym etapie postępowania czy nawet uchylania wyroków i kierowaniu spraw do ponownego rozpoznania, jednak przede wszystkim zapewni pełną realizację zasad prawdy materialnej i legalizmu ścigania także w postępowaniach wszczętych przed dniem 15 kwietnia 2016 r.

Application timeline for Articles 168b and 237a of the Code of Criminal Procedure

Abstract

This paper discusses intertemporal issues associated with the application of Articles 168b and 237a of the Code of Criminal Procedure, which Articles have been included in the Polish legal system since 15 April 2016 following the amendment to the Code of Criminal Procedure under the Act of 11 March 2016. The reference is also made to intertemporal provisions governing “new ex post facto consent”, included in the Act of 4 February 2011 amending the Police Act and some other acts. While referring to general intertemporal rules, views of legal academics and commentators, and judicial decisions, this paper offers an analysis of the application timeline for Articles 168b and 237a of the Code of Criminal Procedure, claiming that the said provisions “capture” pending criminal proceedings and, as such, may be applied to pending proceedings, notwithstanding their stage or a date of instituting.

Jan Kulesza

Stan wyższej konieczności w ruchu drogowym w świetle orzecznictwa sądowego

Streszczenie

W artykule zaprezentowano funkcjonowanie w praktyce wymiaru sprawiedliwości stanu wyższej konieczności odniesionego do przestępstw i wykroczeń drogowych oraz z nimi powiązanych. Omówiono pojawiające się argumentacje oskarżonych, obwinionych oraz orzekających sądów. Wykazano, że art. 26 k.k. oraz art. 16 k.w. bardzo rzadko finalnie znajdują zastosowanie dla uchylenia odpowiedzialności za karalne zdarzenia na drodze, mimo iż dosyć często są powoływane w trakcie postępowania przygotowawczego i sądowego. Na zakończenie zwrócono uwagę na dwie kwestie kluczowe przy powoływaniu omawianej instytucji dla oceny zachowań uczestników ruchu drogowego.

1. Wprowadzenie

Impulsem do zajęcia się problematyką funkcjonowania instytucji stanu wyższej konieczności w ruchu drogowym¹ stało się orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2016 r.² Trybunał stwierdził niekonstytucyjność art. 102 ust. 1 pkt 4 i ust. 1c ustawy o kierujących pojazdami³ w związku z art. 135 ust. 1 pkt 1a lit. a ustawy Prawo o ruchu drogowym⁴ ze względu na to, że pomijają one sytuację, gdy przekroczenie prędkości uzasadnione jest stanem wyższej konieczności. Jak stwierdził Trybunał brakuje wskazania, że osoba prowadząca pojazd na obszarze

¹ Z wcześniejszych publikacji na ten temat por.: L. K. Paprzycki, Spowodowanie wypadku drogowego w stanie wyższej konieczności, Paragraf na drodze 2010, nr 6, s. 45 i n.; A. Tombek-Knigawka, Stan wyższej konieczności a decyzja urzędnicza, Paragraf na drodze 2010, nr 12, s. 13 i n.; A. Skowron, Wokół ucieczki z miejsca wypadku i stanu wyższej konieczności, Paragraf na drodze 2006, nr 8, s. 48 i n.; z wyroków: wyrok SN z dnia 15 stycznia 1958 r. (OSNPG 1958, nr 10); wyrok SN z dnia 5 sierpnia 1987 r. (sygn. V KRN 191/87, OSNPG 1988, nr 6, poz. 52).

² Sygn. K 24/15, OTK-A 2016, poz. 77.

³ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 978 ze zm.

⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1260 ze zm.

zabudowanym z prędkością przekraczającą prędkość dopuszczalną o więcej niż 50 km/h nie popełnia czynu zagrożonego sankcją administracyjną w postaci zatrzymania prawa jazdy, jeżeli prowadzi pojazd z taką prędkością w celu zapobieżenia czy ograniczenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru chronionemu prawem, którego to niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone w postaci bezpieczeństwa na drodze nie przedstawia wartości oczywiście większej niż dobro ratowane. Możliwe jest uchylenie odpowiedzialności wykroczeniowej w oparciu o art. 16 k.w., nie jest natomiast możliwe uchylenie odpowiedzialności administracyjnej.

Wskazanie przez Trybunał na istniejącą w jego przekonaniu lukę w przepisach, powodującą rozbieżność konsekwencji w zakresie stosowania narzędzi dwóch gałęzi prawa, zmusza do zadania pytania o praktyczną doniosłość owej luki. Konieczne jest zbadanie, czy w orzecznictwie sądów powszechnych problem wskazany przez skarżącego i potwierdzony przez Trybunał znajduje odzwierciedlenie. Czy sądy powszechne stosują art. 26 k.k. oraz art. 16 k.w. w odniesieniu do przestępstw i wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji oraz czy stosują go do przypadków przekroczenia o ponad 50 km/h limitu prędkości w terenie zabudowanym. Najpierw jednak należy poświęcić chwilę uwagi judykatorowi Trybunału by określić, w jakim zakresie zakwestionował on obowiązujące przepisy i w jakim zakresie powinien być – jego zdaniem – stosowany stan wyższej konieczności do czynów przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji.

2. Wyrok TK z dnia 11 października 2016 r., sygn. K 24/15

Przechodząc do omówienia, w interesującym nas zakresie, wyroku Trybunału z dnia 11 października 2016 r. należy zauważyć, że nie czyni on klarownego rozróżnienia między stanem wyższej konieczności wyłączającym bezprawność oraz wyłączającym winę. W przypadku poświęcenia dobra wartości niższej dla ratowania dobra wartości wyższej mamy do czynienia ze stanem wyższej konieczności wyłączającym bezprawność. W przypadku natomiast, gdy dobra: poświęcane i ratowane są równej wartości albo dobro poświęcane jest wartości większej (wyższej w k.k.), lecz nie oczywiście większej (wyższej w k.k.), mamy do czynienia ze stanem wyższej konieczności wyłączającym winę. W drugim przypadku podmiot działa bezprawnie, natomiast wykluczona zostaje możliwość przypisania mu winy. Instytucja stanu wyższej konieczności nie ma zatem ani w prawie karnym, ani w prawie wykroczeń jednolitego charakteru

i prowadzi do innych konsekwencji wpływając na inne elementy przestępstwa i wykroczenia.

Trybunał wskazuje, że „organ stosujący sankcję administracyjną w postaci zatrzymania prawa jazdy, jak również organ kontrolujący zasadność podjęcia tej decyzji, powinny mieć możliwość rozważenia wszystkich tych okoliczności składających się na sytuację stanu wyższej konieczności i w razie stwierdzenia ich wystąpienia – możliwość odstąpienia od wymierzenia sankcji z jednoczesnym przytoczeniem powodów wydania decyzji takiej treści w uzasadnieniu decyzji”. Nie wskazuje jednak wprost, czy powinno to dotyczyć stanu wyższej konieczności uchylającego bezprawność, uchylającego winę, czy obu przypadków. W swoich przykładach sytuacji, które powinny móc zostać uwzględnione na gruncie prawa administracyjnego Trybunał odwołuje się do przewożenia samochodem do szpitala osoby chorej znajdującej się w stanie zagrażającym jej życiu albo kobiety ciężarnej, u której rozpoczęła się akcja porodowa, albo przejazdu lekarza do osoby będącej w stanie zagrożenia jej życia i zdrowia. Wszystkie te sytuacje na gruncie stanu wyższej konieczności należy przyporządkować do konfiguracji kolizji dóbr tej samej wartości – działanie w celu ochrony życia i zdrowia z jednoczesnym narażeniem na zagrożenie życia i zdrowia. Bezpieczeństwo w komunikacji, jako dobro chronione przez szereg norm prawa karnego i prawa wykroczeń, w istocie służy bowiem ochronie życia, zdrowia i mienia, jak zresztą wszystkie przepisy pozapenalne dotyczące zasad bezpieczeństwa w komunikacji (co nie wyklucza ochrony też innych dóbr czy wartości). Wydaje się zatem, że intencją Trybunału jest ograniczenie zastosowania stanu wyższej konieczności na gruncie prawa administracyjnego do tej jego postaci, która odnosi się do wyłączenia winy. Przypuszczenie to znajduje potwierdzenie w frazie z uzasadnienia wyroku, w której stwierdza on „że powołanie się na stan wyższej konieczności uzasadniająco odstąpienie od zatrzymania prawa jazdy osobie, która nadmiernie przekroczyła prędkość, powinno być zastrzeżone przez ustawodawcę tylko dla takiej sytuacji, gdy owo przekroczenie prędkości usprawiedliwione jest potrzebą ratowania życia i zdrowia”⁵. Należy jednak zauważyć, iż wyodrębnienie z pierwotnej instytucji stanu wyższej konieczności jedynie konfiguracji kolizji dóbr o równej wartości powoduje, że nie możemy już mówić o peł-

⁵ Przypuszczenie to pozostaje jednak jedynie wciąż w sferze spekulacji, skoro w sentencji wyroku Trybunał stwierdza ogólnie, że zakwestionowany przepis „w zakresie, w jakim nie przewiduje sytuacji usprawiedliwiających – ze względu na stan wyższej konieczności – kierowanie pojazdem z przekroczeniem dopuszczalnej prędkości o więcej niż 50 km/h na obszarze zabudowanym, jest niezgodny z art. 2 i art. 45 ust. 1 Konstytucji”.

nym stanie wyższej konieczności. Trybunał postuluje w istocie stworzenie przez ustawodawcę specyficznej okoliczności wyłączającej winę, która nie stanowi już jednak stanu wyższej konieczności w rozumieniu art. 26 k.k. i 16 k.w., skoro okrojona jest z pozostałych relacji między dobrem ratowanym a poświęcanym.

Nie jest również jasna przyjęta przez Trybunał granica poświęcenia czy raczej narażenia dobra w postaci bezpieczeństwa w komunikacji dla ratowania innego dobra prawnego. Trybunał nie wypowiada się bowiem, czy stan wyższej konieczności powinien być brany pod uwagę przy zastosowaniu kwalifikacji jedynie z art. 92a k.w., czy również w przypadku zbiegu z art. 86 k.w., gdy jazda z przekroczeniem limitu prędkości o 50 km/h w terenie zabudowanym doprowadziła do stworzenia realnego, konkretnego zagrożenia bezpieczeństwa ruchu drogowego⁶.

3. Orzecznictwo sądowe odrzucające działanie w stanie wyższej konieczności

3.1 Metodologia

Badanie orzecznictwa sądowego przeprowadzono analizując powszechnie dostępne w bazach elektronicznych judykaty sądów powszechnych, wyodrębniając 70 orzeczeń, w których obrona powołała się na działanie sprawcy w stanie wyższej konieczności, odpierając zarzut przestępstwa lub wykroczenia przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji albo sąd sam uznał za konieczne wykluczenie takiej możliwości. Uwzględniono zarówno orzeczenia prawomocne, jak i nieprawomocne. Judykaty te zostały podzielone według stawianego zarzutu. W pierwszej kolejności omówiono okoliczności, w których działali sprawcy oraz przyjęte przez sąd podstawy odmowy zastosowania art. 26 k.k. i art. 16 k.w., o ile zostały przez sąd podane.

3.2 Art. 178a k.k.

- wyrok SO w Lublinie z dnia 19 września 2013 r. (sygn. XI Ka 732/13)
 - chęć niesienia pomocy choremu dziecku jako wpływająca jedynie na stopień społecznej szkodliwości czynu sprawcy (obok niewielkiej pokonanej odległości oraz dużego stężenia alkoholu w organizmie).

⁶ Szersze uwagi krytyczne względem omawianego wyroku zawarte, (w:) J. Kulesza, Glosa do wyroku TK z dnia 11 października 2016 r., sygn. K 24/15, Państwo i Prawo 2017, nr 10, s. 140–145.

- wyrok SO w Ostrołęce z dnia 10 października 2013 r. (sygn. II Ka 260/13) – oskarżony (kwalifikacja z art. 178a § 4 k.k.) powiadomiony o bezpośrednim zagrożeniu konkubiny (nie podano, czy chodziło o zagrożenie życia czy zdrowia) postanowił się do niej udać prowadząc auto w stanie nietrzeźwości, będąc uprzednio skazanym za taki czyn i działając w warunkach orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów. Sąd podkreślił, że udzielenie jej pomocy powinno polegać na wezwaniu przez niego, samą konkubinę lub inną osobę pogotowia ratunkowego, ewentualnie zwróceniu się o pomoc, on zaś znajdował się w odległości ok. 30 km od miejsca przebywania konkubiny, nie mógł zatem szybko udzielić jej pomocy (czas przejazdu byłby dłuższy niż pół godziny). Nie był spełniony warunek subsydiarności stanu wyższej konieczności (o ile w ogóle rzeczywiście istniało zagrożenie dla konkubiny, w co SO powątpiewa). Przeciwnie wersji sprawcy przemawiało również i to, że po przybyciu na miejsce nie wezwał pogotowia ratunkowego, uznając, iż stan zdrowia konkubiny poprawił się.
- wyrok SO w Kielcach z dnia 7 kwietnia 2014 r. (sygn. IX Ka 159/14) – okoliczności analogiczne do przytoczonych wyżej – oskarżony (kwalifikacja z art. 178a § 4 k.k.) zawiadomiony telefonicznie przez konkubinę o jej złym stanie zdrowia i chwilowej utracie przytomności prowadził motorower w stanie nietrzeźwości, choć przebywał na rybach w znacznym oddaleniu od konkubiny. Oskarżony był uprzednio skazany za taki czyn i działał w warunkach orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów. Sąd zaprzeczył realizacji wymogu subsydiarności wskazując, że należało wezwać pogotowie ratunkowe, które szybciej niż oskarżony i fachowo mogło udzielić pomocy, a nie prowadzić w stanie znacznej nietrzeźwości. Należy zauważyć, że sąd stwierdził stworzenie przez oskarżonego realnego niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia jego samego oraz innych osób wynikającego z prowadzenia motoroweru w stanie nietrzeźwości. Nie pociągnęło to jednak za sobą dodatkowej kwalifikacji prawnej.
- wyrok SR dla Wrocławia–Śródmieścia we Wrocławiu z dnia 10 czerwca 2014 r. (sygn. V K 158/14) – oskarżony powołał się na konieczność dowiezienia części zamiennych do innego auta, które miało awarię, należącego do rodzinnej firmy, przy niemożności dowiezienia ich przez inną osobę ze względu na dzień wolny (niedziela). Sąd wykluczył działanie w stanie wyższej konieczności wskazując również, że nawet, gdyby przyjąć wersję przedstawioną przez oskarżonego za wiarygodną, to nie wybrał on najkrótszej i optymalnej drogi dotarcia z domu do miejsca postoju niesprawnego pojazdu. Również w tym

przypadku należy wspomnieć, że sąd stwierdził stworzenie przez oskarżonego realnego i bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia innych uczestników ruchu wynikającego z prowadzenia auta w stanie nietrzeźwości. Nie pociągnęło to jednak za sobą dodatkowej kwalifikacji prawnej.

- wyrok SO w Krośnie z dnia 17 czerwca 2015 r. (sygn. II Ka 160/15) – oskarżony (kwalifikacja z art. 178a § 1 i 4 k.k.) powołał się na wezwanie córki cierpiącej na migrenę. Oskarżony był uprzednio skazany z art. 178a § 1 k.k. i działał w warunkach orzeczonego zakazu prowadzenia pojazdów.
- wyrok SO w Siedlcach z dnia 27 października 2015 r. (sygn. II Ka 472/15) – oskarżony spontanicznie i pod wpływem nagłego impulsu podjął się przewiezienia poważnie chorej matki do specjalistycznego szpitala, mimo pozostawania w stanie nietrzeźwości. Sąd stwierdził, że nie był to jedyny sposób na zapewnienie matce pomocy w tej placówce. Na marginesie należy zauważyć, że słusznie wskazuje SO, iż odmowa zastosowania art. 26 k.k. nie znosi obowiązku oceny określonego zamiaru i motywu działania sprawcy jako wpływających na stopień jego winy. Zatem skazując sprawcę z art. 178a § 1 k.k. sąd nie powinien był pomijać powodu, dla którego sprawca zdecydował się złamać normę sankcjonowaną. Sąd odwoławczy zwrócił również uwagę na okoliczności czynu – nocną porę oraz niewielkie przekroczenie granicy nietrzeźwości, jako wpływające na niedużą skalę zagrożenia dla dobra prawnego w postaci bezpieczeństwa w komunikacji, a co za tym idzie, stopień społecznej szkodliwości niższy niż znaczny.
- wyrok SO w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku z dnia 3 grudnia 2015 r. (sygn. V 2 Ka 314/15) – oskarżony powołał się na konieczność udzielenia mu pomocy lekarskiej w szpitalu w związku z cukrzycą oraz zapaleniem trzustki. Sąd wskazał jednak, że możliwe było wezwanie pogotowia ratunkowego bądź poproszenie o pomoc córki, zatem nie został spełniony warunek subsydiarności. Konstatację tę uznał za wiążącą również dla takiego wypadku, w którym oskarżony faktycznie obawiałby się o nastąpienie śpiączki cukrzycowej ze względu na złe samopoczucie. Ponadto sąd zwrócił uwagę, że spożywanie alkoholu przyczynia się do pogorszenia stanu osób cierpiących na cukrzycę (hamuje wytwarzanie glukozy), oskarżony sam zatem sprowadził na siebie stan zagrożenia. Należy również wspomnieć, że sąd podkreślił znaczenie dla określenia stopnia społecznej szkodliwości czynu takich elementów, jak wysoki stopień intoksykacji

- i stan psychomotoryczny wykluczający bezpieczne kierowanie autem, znaczną pokonaną odległość (15 km) czy poruszanie się także po terenie zabudowanym, głównymi ulicami miasta. Tym samym SO potwierdził rozstrzygnięcie i motywy wyroku SR w Raciborzu z dnia 26 lutego 2015 r. (sygn. II K 393/14).
- wyrok SR w Wołowie z dnia 21 stycznia 2016 r. (sygn. II K 120/15) – sąd odrzucił działanie w stanie wyższej konieczności oskarżonego, który zdecydował się towarzyszyć koledze w drodze do szpitala jadąc za karetką pogotowia. Sprawca był uprzednio skazany z art. 178a § 1 k.k. (zatem kwalifikacja nastąpiła z art. 178a § 4 k.k.). Sąd podkreślił, że biorąc pod uwagę niewysoki stopień stężenia alkoholu w organizmie oraz nocną porę, stopień zagrożenia dla bezpieczeństwa w komunikacji nie był bardzo duży.
 - wyrok SR Lublin–Wschód w Lublinie z siedzibą w Świdniku z dnia 10 marca 2016 r. (sygn. III K 933/15) – pogorszenie stanu zdrowia ojca nie uzasadniło, w ocenie sądu, prowadzenia w stanie nietrzeźwości rankiem, na ruchliwej drodze, w niedzielę, w okresie wakacyjnym, jako cechującym się wzmożonym ruchem samochodowym w tym rejonie Polski.
 - wyrok SR w Skierniewicach z dnia 14 marca 2016 r. (sygn. II K 610/15) – nie działał w stanie wyższej konieczności sprawca, który zdecydował się mimo spożytego alkoholu wrócić w nocy do domu ze świętowania rocznicy ślubu kolegi, ze względu na brak noclegu, który miał być zapewniony oraz konieczność stawienia się na Mszy Św. o godzinie 7.00 w niedzielę. Przeciwno możliwości uwzględnienia działania w stanie wyższej konieczności przemawiało również, że oskarżony miał stawić się rano do pracy w kościele w miejscowości, z której wyjechał, zatem – jak stwierdził sąd – mógł przenoćować choćby w aucie bądź poprosić kogoś o pomoc. Do domu jechał jedynie w celu przespania się, odpoczynku, odświeżenia i przebrania.
 - wyrok SR w Toruniu z dnia 5 kwietnia 2016 r. (sygn. VIII K 275/16) – sąd wskazał, że prawdziwą przyczyną kierowania rankiem w niedzielę w stanie nietrzeźwości autem było dowieszenie pracownika do remontu mieszkania (z nim został sprawca zatrzymany), dopiero później oskarżony miał udać się do apteki po lek przeciwgorączkowy dla chorego dziecka. Stan wyższej konieczności zatem nie zachodził.
 - wyrok SO w Koninie z dnia 15 kwietnia 2016 r. (sygn. II Ka 340/15) – sąd nie przyjął działania w stanie wyższej konieczności w stanie faktycznym, w którym oskarżony zdecydował się na prowadzenie motocyklu w stanie nietrzeźwości zawiadomiony przez żonę o tym, że je-

- go córka zakrztusiła się cukierkiem. Jak wskazał sąd, oskarżony nie był w stanie udzielić pomocy znajdując się ok. 2 km od córki oraz będąc nietrzeźwym, zatem właściwe było wezwanie karetki, co przyznała żona oskarżonego (zamiast wzywania przez nią męża). Pomocy udzielił zresztą niezwłocznie świadek zdarzenia. Sąd podkreślił jednak, że sprawca działał w szczególnej sytuacji motywacyjnej.
- wyrok SR w Brzesku z dnia 28 kwietnia 2016 r. (sygn. II K 633/15) – nie umożliwia powołania na art. 26 k.k. konieczność odebrania 3-letniej córki z przedszkola o godzinie 18 (przedszkole kończyło pracę o 15.45). Oskarżona w godzinach popołudniowych z uwagi na przeziębienie spożywała wódkę z sokiem, a następnie usnęła. Sąd wskazał, że oskarżona nie powinna była spożywać alkoholu, a jeśli go spożyła, mogła poprosić kogoś o odebranie córki (brak spełnienia wymogu subsydiarności). Brak było również bezpośredniego zagrożenia dla jakiegokolwiek dobra prawnego.
 - wyrok SR w Kaliszu z dnia 9 maja 2016 r. (sygn. II K 693/15) – oskarżony powołał się na telefoniczne powiadomienie przez żonę, że jego szwagier zasłabł, czemu sąd nie dał wiary wykazując, iż oskarżony po prostu wracał nietrzeźwy z pracy. Sąd podkreślił, że sprawca stworzył realne zagrożenie dla bezpieczeństwa innych użytkowników drogi, jednak nie rozszerzył zarzutu poza art. 178a § 1 k.k.
 - wyrok SR w Tarnowskich Górach z dnia 13 czerwca 2016 r. (sygn. II K 985/15) – oskarżony podał jako powód prowadzenia w stanie nietrzeźwości ucieczkę przed znajomym mężczyzną, u którego nocował on z żoną i synem i który miał w nocy zgwałcić jego żonę; w aucie oprócz owej żony i syna znajdowała się również partnerka domniemanego gwałciciela. Sprawca stwierdził, że obawiał się o życie swoje, żony i dziecka, dlatego zdecydował się na ucieczkę o świcie. Sąd przyjmując za udowodnione powiadomienie przez żonę oskarżonego o gwałcie nie przyjął jednak jego działania w stanie wyższej konieczności. Wskazał na brak bezpośredniego niebezpieczeństwa dla życia i zdrowia rodziny oskarżonego, które uzasadniałoby prowadzenie w stanie nietrzeźwości, skoro do zatrzymania doszło w odległości ok. 30 km od miejsca domniemanego gwałtu i nie był prowadzony pościg za uciekającymi. O ile można uzasadnić bezpośrednią ucieczkę z posesji domniemanego gwałciciela działaniem w stanie wyższej konieczności, o tyle później stan ten ustał. Sąd wskazał również, że sprawca nie powiadomił policji, chociaż dysponował telefonem komórkowym ani nie zatrzymał się na mijanej stacji benzynowej, czy miejscowości, by zawiadomić policję, z czego należy wywnioskować, iż

nie został spełniony warunek subsydiarności. Chciał nawet zatrzymać się na stacji, lecz odwiedli go od tego żona i syn chcący jak najszybciej dotrzeć do miejsca zamieszkania. Uzupełniając wywody sądu należy zauważyć, że początkowo, w momencie ucieczki, możliwe było przyjęcie działania w stanie wyższej konieczności, łącznie z warunkiem subsydiarności, jednak potem stan ten uległ zdekompletowaniu. Rozstrzygnięcie to zostało potwierdzone przez SO w Gliwicach w wyroku z dnia 25 października 2016 r. (sygn. VI Ka 985/16). Uzupełnił on, że kontynuowanie jazdy po oddaleniu się od domniemanego sprawcy gwałtu wynikało jedynie z żądań ze strony małżonki i syna, a nie z przekonania sprawcy o wciąż grożącym niebezpieczeństwie. Zanegował również istnienie ewentualnego niebezpieczeństwa dla syna oskarżonego.

- wyrok SR w Skierniewicach z dnia 29 lipca 2016 r. (sygn. II K 263/16) – oskarżony prowadził w stanie nietrzeźwości, ponieważ siostra, która zadeklarowała, że poprowadzi auto w drodze powrotnej z imprezy wypita drinka i odmówiła realizacji obietnicy. Sąd podkreślił, że sprawca stworzył realne zagrożenie dla siebie oraz innych uczestników ruchu, mimo, że jednocześnie zauważył pozostawanie stanu nietrzeźwości sprawcy na poziomie zbliżonym do dolnego progu wartości.
- wyrok SR w Słupsku z dnia 2 sierpnia 2016 r. (sygn. XIV K 567/15) – sąd odrzucił działanie w stanie wyższej konieczności sprawcy, który wyruszył na poszukiwania żony grożącej esemesowo popełnieniem samobójstwa w związku z domniemaną zdradą ze strony męża i rozpadem małżeństwa (oskarżony złożył pozew rozwodowy). Jednocześnie oskarżony chciał odzyskać dowód rejestracyjny prowadzonego auta, który małżonka zabrała zanim oddaliła się z hotelu. Sąd wskazał, że po spotkaniu z małżonką i zawiezieniu jej do szpitala lekarz nie stwierdził zagrożenia jej życia i zdrowia, zaś oskarżony pozwolił jej samej wrócić do miejsca zamieszkania. Jak przyjął sąd, brak było podstaw dla założenia, że stan psychiczny małżonki wskazuje na realność niebezpieczeństwa próby samobójczej: „sama (...) nie potwierdziła wszakże w swych zeznaniach tego, żeby w czasie inkryminowanym wykazywała niepokojące objawy hysterii”. Zauważył również, że treść wcześniejszej korespondencji z żoną oskarżony odbierał jako szantaż mający na celu zmianę jego chęci rozwodu i nie brał na poważnie. Jego nagłe zainteresowanie stanem małżonki wystąpiło w momencie dokonania przez nią zaboru dokumentów pojazdu. Sąd stwierdził również brak realizacji wymogu subsydiarności – do poszukiwań można było wynająć taksówkę bądź poprosić o pomoc obec-

nych na miejscu kolegów. Wreszcie, zdaniem sądu, oskarżony spowodował na innych uczestników ruchu drogowego znaczne niebezpieczeństwo prowadząc pojazd w stanie nietrzeźwości, który ocenił również jako znaczny oraz poruszając się w godzinach natężonego ruchu na uczęszczanej drodze.

- wyrok SR w Goleniowie z dnia 31 sierpnia 2016 r. (sygn. II K 141/15)
 - oskarżona powołała się na ucieczkę przed agresywnym, bijącym ją mężem, który wyganiał ją z domu, miał złapać rurkę „czy inny przedmiot” i zamachnąć się na nią. Sąd stwierdził brak realizacji wymogu subsydiarności, ponieważ oskarżona mogła w inny sposób uniknąć zagrożenia, niż kierując w stanie nietrzeźwości autem. Zauważył, że stwarzała realne zagrożenie dla innych uczestników ruchu, mimo że jechała w niedzielę ok. godziny 6 rano⁷.
- wyrok SO w Poznaniu z dnia 30 września 2016 r. (sygn. IV Ka 816/16)
 - nie stanowi działania w stanie wyższej konieczności usunięcie niesprawnego pojazdu z jezdni przez nietrzeźwego kierującego, jeżeli nie jest do tego zobowiązany przepisem Prawa o ruchu drogowym,
- wyrok SR w Łukowie z dnia 6 października 2016 r. (sygn. II K 309/16)
 - nie jest działaniem w stanie wyższej konieczności popicie puszką piwa 6 tabletek Ranigastu przez oskarżonego od 15 lat leczonego się na żołądek, a następnie prowadzenie auta w poszukiwaniu psa koleżanki, który uciekł.
- wyrok SO w Szczecinie z dnia 27 października 2016 r. (sygn. IV Ka 1209/16) – sąd nie przyjął, by oskarżony działał w stanie wyższej konieczności motywowany chęcią udzielenia pomocy dziecku ze względu na stan jego zdrowia. Potwierdził tym samym rozstrzygnięcie SR w Goleniowie z dnia 26 stycznia 2016 r. (sygn. II K 500/14), który wskazał, że brak jest dowodów na to, iż motywem działania sprawcy była chęć udzielenia pomocy dziecku, które w tym akurat momencie miało doznać ataku drgawek gorączkowych. Sąd nie podważał tego, że dziecko oskarżonego w ten sposób reaguje na wysoką gorączkę i napady takie u niego się zdarzają prowadząc do utraty przytomności i zagrożenia życia. Natomiast analizując cały zebrany materiał dowodowy stwierdził, że nie ma przesłanek do przyjęcia, iż przyczyną jazdy oskarżonego w stanie nietrzeźwości była chęć jak najszybszego dotarcia do domu by pomóc dziecku, któremu nie potrafiła pomóc opiekująca się nim babcia.

⁷ Na marginesie należy zauważyć, że w trakcie zatrzymania w związku z prowadzeniem w stanie nietrzeźwości oskarżona kopnęła w twarz funkcjonariuszkę policji oraz próbowała ją dusić.

- wyrok SO w Siedlcach z dnia 28 listopada 2016 r. (sygn. II Ka 655/16)
 - oskarżony jechał na wezwanie siostry, która obawiała się swojego awanturującego się męża. Sąd wskazał na niespełnienie wymogu subsydiarności stanu wyższej konieczności, nie badając jego warunków w pozostałym zakresie. Zauważył, że oskarżony mógł poprosić o podwiezienie do siostry, poinformować ją o spożytym alkoholu i uzgodnić sposób postępowania, ona zaś opuścić dom i poprosić o pomoc sąsiadów, wezwać policję. Sąd podkreślił wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu oraz winy sprawcy pozostającego w stanie nietrzeźwości 4-krotnie przekraczającym jej granicę, który poruszał się po drodze o dużym natężeniu ruchu, podjął ucieczkę przy próbie jego zatrzymania i spowodował kolizję z innym pojazdem. Rozmiary szkody grożącej potencjalnie życiu i zdrowiu ludzi określił sąd jako ogromne.
- wyrok SO w Świdnicy z dnia 15 marca 2017 r. (sygn. IV Ka 84/17) – oskarżony powołał się na konieczność odwiezienia koleżanki, która źle się poczuła. Sąd wskazał, że należało skorzystać ze środków komunikacji publicznej. Potwierdził w ten sposób rozstrzygnięcie SR w Wałbrzychu z dnia 22 grudnia 2016 r. (sygn. III K 687/16).

3.3 Art. 244 k.k.

- wyrok SO we Wrocławiu z dnia 14 lutego 2013 r. (sygn. IV Ka 1416/12) – oskarżony popadł w pewną sprzeczność – argumentując za działaniem w stanie wyższej konieczności podawał, że obawiał się o swoje zdrowie, a nawet życie, ponieważ bardzo źle się poczuł. W celu ich ratowania udał się bez asysty autem do szpitala, by podano mu leki. Sąd wskazał jednak, że jeśli faktycznie tak źle się czuł, to nie powinien był w ogóle prowadzić pojazdu. Zauważył również, że należało wezwać pogotowie ratunkowe, zamiast łamać orzeczony zakaz prowadzenia pojazdów.
- wyrok SO w Lublinie z dnia 7 listopada 2013 r. (sygn. XI Ka 955/13) – oskarżony powołał się na nagłe pogorszenie stanu zdrowia małżonki i konieczność otrzymania lekarstw. Sąd zauważył, że należało w takim wypadku wezwać pogotowie ratunkowe, ewentualnie dowieźć małżonkę do szpitala albo lekarza. Jeśli oskarżony tego nie uczynił, założyć można, że stan jej zdrowia nie stwarzał wówczas stanu zagrożenia życia lub zdrowia. Zresztą oskarżony najpierw sam skorzystał z porady lekarza i wykupił leki, a dopiero później wrócił do małżonki, by jej je podać. Sama małżonka zeznała: „było mi niedobrze”.

- wyrok SO w Białymstoku z dnia 3 grudnia 2013 r. (sygn. VIII Ka 727/13)
 - oskarżony argumentował, że kierująca pojazdem poczuła się tak źle, że musiał przejść od niej kierowanie i nie było możliwości zatrzymania się w żadnym miejscu. Sąd wskazał, że dolegliwości bólowe, na które powoływała się kierująca, nie uzasadniały odwołania do działania w stanie wyższej konieczności, zagrożenie z jej strony dla bezpieczeństwa w ruchu nie było bowiem bezpośrednie. Poza tym nie zrealizowano wymogu subsydiarności, ponieważ na trasie przejazdu istniała część jezdni wyłączona z ruchu oraz przystanek autobusowy, na których awaryjnie można było zatrzymać pojazd i wezwać pomoc, poczekać na poprawę stanu zdrowia kierującej czy wezwać kogoś w celu kontynuowania jazdy. Kierująca pierwotnie pojazdem po zatrzymaniu przez policję oskarżonego nie powoływała się na swój stan zdrowia i była w stanie towarzyszyć mu na posterunek policji ponownie kierując autem, co przemawia przeciwko jej ciężkiemu stanowi zdrowia, na który powoływał się oskarżony.
- wyrok SO w Kielcach z dnia 11 grudnia 2013 r. (sygn. IX Ka 1276/13)
 - oskarżony odwiózł do domu kolegę, który w trakcie spożywania alkoholu doznał ataku padaczki. Sąd stwierdził, że w przypadku obawy o jego zdrowie należało wezwać karetkę pogotowia ratunkowego, brak było zatem realizacji wymogu subsydiarności.
- wyrok SO w Białymstoku z dnia 26 marca 2014 r. (sygn. VIII Ka 33/14) – oskarżony zeznał: „wiozłem kolegę na Pogotowie, bo rozwalił sobie palec i sam nie był w stanie prowadzić samochodu”, w związku z czym zachodzić miało działanie w stanie wyższej konieczności. Sąd zauważył, że charakter niebezpieczeństwa zagrażającego owemu koledze nie był bezpośredni, można było skorzystać z taksówki, podwiezienia przez inną osobę albo wezwać pogotowie, wreszcie dobro poświęcone w postaci ryzyka odbycia kary pozbawienia wolności (ze względu na wielokrotną uprzednią karalność) oraz negatywnych skutków dla rodziny nie przedstawiało wartości niższej niż dolegliwości kolegi związane ze skaleczeniem palca.
- wyrok SO w Białymstoku z dnia 22 kwietnia 2015 r. (sygn. VIII Ka 136/15) – oskarżony powołał się na konieczność udania się ciągnikiem po leki, które mu się kończyły. Jak wskazał sąd, stan zdrowia nie uzasadniał zatem działania w stanie wyższej konieczności, zwłaszcza, że był w stanie kierować ciągnikiem w drodze do lekarza, zaś gdyby był rzeczywiście ciężki, należało wezwać pogotowie ratunkowe. Po leki mógł udać się rowerem bądź poprosić o pomoc inną osobę.

- wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 24 kwietnia 2015 r. (sygn. IV Ka 122/15) – oskarżony chcąc pomóc znajomej, która upadła i doznała urazu nogi, poprowadził jej auto mimo obowiązującego go zakazu. Sąd odrzucił działanie w stanie wyższej konieczności.
- wyrok SO dla Warszawy-Pragi w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2015 r. (sygn. VI Ka 43/15) – sąd nie przyjął działania w stanie wyższej konieczności sprawcy, który zdecydował się odwieźć służbowym autem nietrzeźwych pracowników po skończonej przez nich pracy. Wskazał, że mógł on zawiadomić swojego pracodawcę lub skorzystać z innego środka transportu, w tym taksówki.
- wyrok SO we Wrocławiu z dnia 6 maja 2015 r. (sygn. IV Ka 331/15) – oskarżony powołał się na działanie w stanie wyższej konieczności, ponieważ musiał przejąć kierowanie autem od poprzedniego kierowcy, razem z którym jechał do lekarza z małym dzieckiem. Sąd odrzucił takie tłumaczenie wskazując na brak jego poparcia jakimikolwiek dowodami, w szczególności brakiem sygnalizowania złego samopoczucia policjantom, którzy dokonali zatrzymania.
- wyrok SO w Jeleniej Górze z dnia 8 września 2015 r. (sygn. VI Ka 353/15) – działanie w stanie wyższej konieczności miało wynikać z wykonania polecenia funkcjonariusza Straży Granicznej, który nakazał przeparkować auto, by nie blokowało przejazdu. Sąd wskazał jednak, że mając orzeczonego zakaz prowadzenia pojazdów oskarżony powinien był poczekać na powrót kierowcy auta, z którym podróżował.
- wyrok SR w Jeleniej Górze z dnia 2 lutego 2016 r. (sygn. II K 1503/15) – sąd odrzucił działanie w stanie wyższej konieczności sprawcy, który musiał dotrzeć z miejsca zamieszkania do miejsca pracy w związku z wyjazdem służbowym. Oskarżony twierdził, że taksówkarz nie chciał mu przewieźć rzeczy, które musiał zabrać na wyjazd, a na taksówkę go nie stać (w czym przejawia się sprzeczność). Zeznał, że „jechał, bo nie miał innego środka transportu”.
- wyrok SR dla Gdańska-Południa w Gdańsku z dnia 16 czerwca 2016 r. (sygn. II K 135/16) – oskarżony zamienił się miejscami za kierownicą z konkubiną, która zaczęła odczuwać bóle menstruacyjne. Bóle ustały w momencie zatrzymania przez policję i mogła ona następnie ponownie kierować autem. Sąd odrzucił działanie w stanie wyższej konieczności.
- wyrok SO dla Warszawy-Pragi w Warszawie z dnia 28 października 2016 r. (sygn. VI Ka 586/16) – oskarżony w nocy odwiózł jej autem do szpitala koleżankę, która poczuła się źle (doznała duszności, bólu głowy i kaszlu) w trakcie spotkania towarzyskiego w hotelu. Po uzy-

skaniu przez nią konsultacji na SORze zawiózł ją następnie do apteki po leki, gdzie został zatrzymany przez policję. W dalszej kolejności wrócił z koleżanką do hotelu (prowadziła ona). Sąd przyjął, że „chęć niesienia przez niego pomocy” nie usprawiedliwia złamania orzeczonego względem niego zakazu prowadzenia pojazdów, zwłaszcza, że można było skorzystać z taksówki bądź pomocy innej osoby (co wyklucza realizację wymogu subsydiarności). Stan koleżanki nie zagrażał jej zdrowiu lub życiu, na co wskazuje wynik konsultacji szpitalnej oraz przepisanie jedynie powszechnie dostępnych leków bez recepty oraz zdolność do kierowania pojazdem po zatrzymaniu oskarżonego.

- wyrok SO w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 14 marca 2017 r. (sygn. IV Ka 80/17) – oskarżony powołał się na konieczność zastąpienia za kierownicą przewlekłe chorej żony, która nagle źle się poczuła, podczas gdy na zabranie do lekarza czekała również ponad osiemdziesięcioletnia matka oskarżonego. Sąd odrzucił działanie w stanie wyższej konieczności. Potwierdził w ten sposób rozstrzygnięcie SR w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 18 listopada 2016 r. (sygn. VII K 651/15), który wykazał, że stan żony nie wskazywał na takie zagrożenie dla jej życia lub zdrowia, które uniemożliwiłoby jej późniejsze prowadzenie auta po interwencji policji. Ani ona, ani oskarżony nie dążyli do udzielenia jej pomocy medycznej, nie zatrzymali się również na odpoczynek. W ten sposób sąd nawiązał również do wymogu subsydiarności, skoro po odpoczynku w charakterze pasażerki żona oskarżonego mogła ponownie podjąć się prowadzenia pojazdu.

3.4 Art. 180a k.k.

- wyrok SR w Środzie Śląskiej z dnia 8 marca 2016 r. (sygn. II K 14/16) – podwyższona temperatura u dziecka nie uzasadnia działania w stanie wyższej konieczności – możliwe jest wezwanie pogotowia ratunkowego albo taksówki.
- wyrok SO w Poznaniu z dnia 16 września 2016 r. (sygn. XVII Ka 814/16) – jako „wyższą konieczność” oskarżony traktował prowadzenie auta w związku ze swoją działalnością gospodarczą. Jak wynikało z zeznań, co do zasady nie prowadził auta, prowadził natomiast wówczas, gdy uznał że musi ze względu na ową „wyższą konieczność”. Sąd nie przyjął działania w warunkach art. 26 k.k.

3.5 Art. 92 k.w.

- wyrok SR w Olsztynie z dnia 21 marca 2014 r. (sygn. IX W 253/14) – obwiniony naruszył zakaz wyprzedzania na skrzyżowaniu i przejściu

dla pieszych oraz zignorował znak pionowy oraz poziome przed, na i za skrzyżowaniem (art. 92 i 97 k.w.) twierdząc następnie, że musiał wyprzedzić dziwnie zachowujący się inny pojazd, który zwalniał i przyspieszał oraz jechał tzw. zygzakiem, a wreszcie prawie się zatrzymał. Twierdził, że działał w stanie wyższej konieczności chroniąc zdrowie, a nawet życie swoje i pasażerów. Sąd wskazał jednak, że w takim razie powinien był się zatrzymać i powiadomić policję, a nie podejmować ryzykowny manewr, w trakcie którego istniało ryzyko, iż wyprzedzany pojazd wykona nieprzewidziany skręt, który mógłby doprowadzić do kolizji. Sąd uznał za wątpliwą przesłankę bezpośredniości zagrożenia dla obwinionego i pasażerów.

- wyrok SR dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 18 listopada 2014 r. (sygn. XI W 1043/14) – obwiniony naruszył zakaz wjazdu powołując się na to, że pozostałe, prawidłowe drogi dojazdowe były odpowiednio: rozkopane (zerwany asfalt) oraz zablokowane przez zawracający autokar. Obwiniony powołał się na działanie w stanie wyższej konieczności ze względu na konieczność zawiezienia konkubiny z przewlekle chorym 6-letnim dzieckiem do lekarza. Jak jednak stwierdził sąd, stan zdrowia dziecka nie powodował bezpośredniego niebezpieczeństwa dla jego zdrowia i życia, nie wymagało ono wówczas hospitalizacji. Można było również wezwać karetkę pogotowia.
- wyrok SO w Elblągu z dnia 31 marca 2015 r. (sygn. VI Ka 98/15) – obwiniony ominął kolejkę aut oczekujących na przejściu granicznym i zablokował wjazd do budynku, w którym przeprowadzano kontrolę, a następnie nie zastosował się do poleceń powrotu na swoje miejsce w kolejce (art. 90 i 92 k.w.). Argumentował, że znajdował się w złym stanie zdrowia i musiał natychmiast przyjąć insulinę. Sąd wskazał jednak na brak przesłanek dla przyjęcia, że faktycznie wówczas źle się czuł, skoro nie sygnalizował tego funkcjonariuszom Straży Granicznej ani nie wezwał karetki pogotowia, nie udał się też do szpitala. Brak było zatem bezpośredniego niebezpieczeństwa dla zdrowia i życia obwinionego, które uzasadniałoby przyjęcie działania w stanie wyższej konieczności.
- wyrok SR dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 9 czerwca 2015 r. (sygn. XI W 1928/15) – obwiniony zaparkował auto na części drogi wyłączonej z ruchu, jednocześnie ignorując znak zakazu zatrzymywania się. Argumentował, że od godz. 7 do 15 pracował w magazynie w temp. -28°C, zaś na dworze panował upał. Kiedy wrócił z pracy nie mógł znaleźć miejsca parkingowego, szukał go przez ok. 1,5 godziny po okolicy, a był zmęczony i prowadzenie auta sprawiało

mu trudność. W 1993 r. spowodował wypadek na skutek zmęczenia i bał się, że może się to powtórzyć, zatem zdecydował się na zaparkowanie mimo zakazów. Jego zachowanie miało zapobiec sprawdzeniu przezeń zagrożenia dla bezpieczeństwa w ruchu. Nie mógł później przeparkować auta, ponieważ do godz. 22 na tej ulicy trwały imprezy, zaś później już śpi. Sąd, odrzucając działanie w stanie wyższej konieczności, wskazał, że obwiniony mógł znaleźć miejsce parkingowe nieco bardziej oddalone od miejsca zamieszkania, obserwować okolicę i czekać na moment zwolnienia miejsca parkingowego, ewentualnie przewidując swój stan psychofizyczny zapewnić sobie transport do i z pracy (brak realizacji wymogu subsydiarności). Zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu (spowodowaniem kolizji) nie było z jego strony rzeczywiste, lecz jedynie abstrakcyjne (brak realizacji wymogu bezpośredniości zagrożenia).

- wyrok SO w Poznaniu z dnia 22 czerwca 2015 r. (sygn. XVII Ka 478/15)
 - obwiniony twierdził, że jego wjechanie na buspas wynikało z konieczności uniknięcia wjechania w tył jadącego przed nim pojazdu, zaś dalsze poruszanie się po nim – z braku opłacalności powrotu na właściwy pas. Sąd wskazał, że jeśli faktycznie musiałby w ten sposób, poruszając się w korku, uniknąć zderzenia z poprzedzającym pojazdem znaczyłoby to, że nie zachowywał bezpiecznej odległości i prędkości, popełniałby zatem wykroczenie, zaś zagrożenie w ruchu, którego miałyby uniknąć działając w stanie wyższej konieczności byłoby przez niego samego spowodowane.
- wyrok SR dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 17 marca 2016 r. (sygn. XI W 7972/15) – obwiniony uzasadniał przejechanie na czerwonym świetle swoim złym samopoczuciem zagrażającym zdrowiu i życiu i koniecznością uzyskania niezwłocznie pomocy lekarskiej. Sąd podkreślił, że gdyby stan zdrowia obwinionego był faktycznie tak zły, to stwarzałyby on realne zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu drogowym.
- wyrok SR dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie z dnia 6 kwietnia 2016 r. (sygn. XI W 7450/15) – obwiniony zaparkował na oznaczonym znakami pionowymi i poziomymi miejscu zastrzeżonym dla osób niepełnosprawnych, nie będąc do tego uprawnionym i zostawiając za szybą kartkę „Zaraz wracam – jestem u lekarza”. Swoje zachowanie tłumaczył tym, że w trakcie szoferowania źle się poczuł i musiał niezwłocznie udać się na pogotowie, zaś zajmował miejsce nie dłużej niż 20–25 minut. Na pogotowiu nie odnotowano jego wizyty, ponieważ – jak twierdził – czas oczekiwania był długi, a on po zażyciu leku, który

miał przy sobie, poczuł się lepiej i wrócił do auta. Czuł się zresztą na tyle dobrze, by po odholowaniu auta pieszo wrócić do domu. Sąd odrzucił działanie w stanie wyższej konieczności przyjmując brak zagrożenia dla zdrowia obwinionego.

- wyrok SO w Gliwicach z dnia 12 lipca 2016 r. (sygn. VI Ka 541/16) – obwiniony uzasadnił zaparkowanie auta w miejscu objętym zakazem zatrzymywania koniecznością udzielenia pomocy dziecku w stanie hipotermii wynikającej z przebywania przez dłuższy czas na dworze w mroźny dzień podczas pogrzebu. Sąd wskazał, że nie został spełniony wymóg subsydiarności, bowiem w takim wypadku należało udać się do szpitala czy na pogotowie, a nie do restauracji. Poza tym wskazał na brak uprawdopodobnienia wersji przedstawionej przez obwinionego w odniesieniu do istnienia bezpośredniego zagrożenia dla zdrowia czy życia dziecka.
- wyrok SO w Poznaniu z dnia 18 stycznia 2017 r. (sygn. XVII Ka 866/16) – obwiniona zaparkowała pod stacją benzynową na miejscu zastrzeżonym dla osób niepełnosprawnych, nie będąc do tego uprawnioną. Powołała się na zagrożenie dla zdrowia swojego syna, z którym podróżowała, jego utratę przytomności. Jak wykazał sąd w oparciu o nagranie z monitoringu stacji, stan taki nie występował – obwiniona z synem niespiesznie przeszła się po sklepie na stacji i zrobiła w nim zakupy czekając zresztą w kolejce, poczekała na przygotowanie hot-dogów, zakupiła kawę w automacie. Poza tym mogła zatrzymać się na zwykłym miejscu postojowym. Nie wezwała ani nie szukała pomocy lekarskiej. Późniejsza konsultacja lekarska zaowocowała jedynie podaniem leku na obniżenie gorączki.

3.6 Art. 97 k.w.

- wyrok SO w Olsztynie z dnia 20 marca 2014 r. (sygn. VII Ka 72/14) – obwiniony potraktował jako działanie w stanie wyższej konieczności przewożenie wnuczki bez fotelika w związku z koniecznością odebrania jej z przedszkola. Sąd wskazał, że raczej naraził on ją na zagrożenie, zwłaszcza biorąc od uwagę trudne warunki panujące na drodze (gołoledź) oraz brak fotelika skutkujący brakiem przypięcia dziecka pasami bezpieczeństwa. Ani nie uchylał on zatem bezpośredniego niebezpieczeństwa, ani nie był spełniony warunek subsydiarności, skoro istniały inne sposoby odebrania wnuczki z przedszkola.
- wyrok SR dla Wrocławia–Śródmieścia we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2014 r. (sygn. VI W 5664/13) – nie stanowi działania w stanie wyższej konieczności zaparkowanie auta na skrzyżowaniu, jak najbli-

żej drzwi kancelarii notarialnej, by załadować do niego akta zawierające akty notarialne i w ten sposób zapewnić ich bezpieczeństwo podczas przemieszczania. Sąd stwierdził, że prawdziwym celem było ułatwienie sobie pracy przez obwinionego, bowiem akta ważyły ponad 350 kg i nie było innego miejsca do zaparkowania. Nie zachodziło zatem działanie w stanie wyższej konieczności.

- wyrok SO w Gliwicach z dnia 6 czerwca 2014 r. (sygn. VI Ka 363/14) – obwiniony uzasadniał wyprzedzanie na linii podwójnej ciągłej oraz zmuszenie do hamowania pojazdu po powrocie na swój pas działaniem w stanie wyższej konieczności, który wynikać miał z zagrożenia powodowanego przez nieprawidłowo poruszający się pojazd, który w końcu postanowił wyprzedzić. Jak wskazał sąd, w istocie motywem jego działania była chęć odegrania się na innym kierowcy, a jego zachowanie cechowała złośliwość. Do obowiązków kierującego pojazdem nie należy pouczenie innych uczestników, co obwiniony również uczynił opuszczając pojazd na światłach i pozostawiając go z włączonym silnikiem⁸. Co więcej, sąd wskazał, że to obwiniony swoimi manewrami stworzył zagrożenie dla innych uczestników ruchu oraz pasażerów autobusu, którym kierował. W żadnym wypadku zatem zachowanie jego nie mogło być rozpatrywane w kategoriach subsydiarności wymaganej przy działaniu w stanie wyższej konieczności.
- wyrok SO w Poznaniu z dnia 24 lutego 2017 r. (sygn. IV Ka 74/17) – nie jest stanem wyższej konieczności brak miejsc parkingowych, w związku z czym obwiniony zaparkował pojazd w strefie zamieszkania poza miejscem wyznaczonym⁹.
- wyrok SO w Łodzi z dnia 16 czerwca 2017 r. (sygn. V Ka 457/17) – obwiniony rowerzysta powołał się na uzasadnioną stanem wyższej konieczności niezbędną korzystania z chodnika, zamiast jezdni z tego względu, że czuł się na jezdni zagrożony poruszającymi się au-

⁸ Na temat wychowywania i karania się wzajemnie uczestników ruchu w kontekście działania w obronie koniecznej J. Kuleśza, (w:) L. K. Paprzycki (red.), System Prawa Karnego, t. 4. Nauka o Przestępstwie. Wyłączenie i graniczenie odpowiedzialności karnej, Warszawa 2016, s. 205–206.

⁹ Na marginesie należy odnotować pewien upadek obyczajów przejawiający się w zamieszczeniu przez SR Poznań–Stare Miasto w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 sierpnia 2016 r. (VIII W 91/16) komentarza: „obecnie każdy kierowca najchętniej wjechałby samochodem do swojego mieszkania” oraz uwagi „jeśli obwiniony nie zauważył dotychczas tych znaków (D–40 – strefa zamieszkania – przyp. aut.), to powinien rozważyć pilne udanie się do okulisty”, zaś przez autora apelacji riposty w postaci uwag co do „rozchwiania emocjonalnego osoby sporządzającej uzasadnienie”. Słusznie zwrócił na ich niestosowność SO w swoim judykacie.

tami, które miały go potrącić. Sąd odrzucił działanie w warunkach art. 16 k.w.

3.7 Pozostałe wykroczenia.

- art. 92a k.w. – wyrok SO w Łodzi z dnia 4 lutego 2016 r. (sygn. V Ka 1568/15) – nie stanowi działania w stanie wyższej konieczności uzasadniającego przekroczenie dopuszczalnej prędkości transport do szpitala małżonki doznającej „dość typowego dla kobiety krwawienia z dróg rodnych”, zwłaszcza, że jej następnie nie hospitalizowano.
- art. 92a w zw. z art. 86 k.w. – wyrok SR w Wołowie z dnia 31 lipca 2015 r. (sygn. II W 7/15) – obwiniony przekroczył dopuszczalną prędkość o 72 km/h ponad limit 100 km/h oraz wykonał manewr wyprzedzania zmuszając pojazdy nadjeżdżające z naprzeciwka do zjechania na pas awaryjny w celu uniknięcia zderzenia czołowego. Swoje zachowanie uzasadnił otrzymaniem wiadomości o tym, że zachorowało jego 2-letnie dziecko. Sąd wykluczył działanie w stanie wyższej konieczności wskazując ponadto, że obwiniony swoim zachowaniem stworzył znaczne zagrożenie dla innych uczestników ruchu.
- art. 96 k.w. – wyrok SO w Radomiu z dnia 18 marca 2016 r. (sygn. V Ka 70/16) – nie stanowi działania w stanie wyższej konieczności odmowa, z obawy przed popełnieniem czynu z art. 234 k.k., wskazania osoby kierującej pojazdem w momencie popełnienia wykroczenia z art. 92a k.w.
- art. 98 k.w. – wyrok SO w Gliwicach z dnia 21 stycznia 2014 r. (sygn. VI Ka 1200/13) – obwiniony poza drogą publiczną zajechał pieszemu drogę czym spowodował jego potrącenie powodując obrażenia ciała z naruszeniem czynności narządów na okres poniżej 7 dni. Działał on w celu zatrzymania sprawcy kradzieży sklepowej, co należało do jego obowiązków jako koordynatora ochrony sklepu. Sąd nie przyjął jednak działania w stanie wyższej konieczności argumentując, że zatrzymanie miało miejsce już po dokonaniu kradzieży. Wydaje się jednak, że sąd powinien był przyjąć działanie w warunkach kontratypu zatrzymania obywatelskiego z art. 45 § 2 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, przewidującego odpowiednie stosowanie art. 243 k.p.k.

4. Orzecznictwo sądowe przyjmujące działanie w stanie wyższej konieczności

- wyrok SR dla Warszawy-Pragi-Północ w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2016 r. (sygn. III W 955/15) – w trakcie jazdy wielopasową jezdnią przy dużym natężeniu ruchu 2-letnie dziecko obwinionego wypięło się z fotelika. Aby można było je ponownie zapiąć zatrzymał się on na powierzchni wyłączonej z ruchu, przy czym lewe przednie koło pozostało skręcone w lewą stronę. Ze względu na koleiny na sąsiadującym pasie ruchu przejeżdżający autobus, który w nie wpadł, zahaczył o oponę auta obwinionego. Sąd uwolnił obwinionego od odpowiedzialności za kolizję z autobusem przyjmując, że nie można wykluczyć, iż doszło do zaskolysania autobusu w koleinie jako przyczyny otarcia o oponę auta obwinionego. Natomiast w zakresie odpowiedzialności z art. 92 k.w. przyjął działanie w stanie wyższej konieczności z art. 16 k.w. Jak wskazał, obwiniony działał w celu uchylenia zagrożenia dla życia i zdrowia dziecka, któremu to zagrożeniu ma przeciwdziałać wymóg przewożenia w foteliku. Poza tym wypięte dziecko mogło poruszać się po pojeździe, stwarzając zagrożenie dla kierującego, a zatem i pozostałych pasażerów. Zagrożenie określił sąd jako rzeczywiste i bezpośrednie. Dobrem chronionym było zdrowie i życie dziecka oraz pozostałych pasażerów auta. Natomiast zakaz najeżdżania na powierzchnię wyłączoną z ruchu ma charakter porządkowy. Musiał on ustąpić wobec konieczności ochrony wskazanych dóbr. Bezpieczeństwo w ruchu uzyskało pierwszeństwo przed porządkiem w komunikacji drogowej, co nie znaczy, że zapewnienie porządku nie służy również bezpieczeństwu. Spełniony był również wymóg subsydiarności, bowiem niezbędne było jak najszybsze zatrzymanie i wpięcie dziecka w fotelik. Było to możliwe jedynie przez zatrzymanie na najbliższej powierzchni wyłączonej z ruchu, bowiem auto znajdowało się na ruchliwej, wielopasowej jezdni, nie można było zatem wymagać szukania miejsca, w którym można byłoby się legalnie zatrzymać. Odnosząc się do przedstawionego judykatu nie jest jedynie jasne, dlaczego sąd stwierdził, że działanie w stanie wyższej konieczności w konfiguracji poświęcenia dobra wartości mniejszej dla uchylenia zagrożenia dla dobra wartości większej pociąga za sobą niemożność przypisania winy sprawcy (w sposób niebudzący wątpliwości uzasadnia niemożnością postawienia personalnego zarzutu zachowania niezgod-

- nego z prawem). Mamy wówczas do czynienia ze stanem wyższej konieczności uchylającym bezprawność czynu, a nie winę sprawcy¹⁰.
- wyrok SO w Łodzi z dnia 27 kwietnia 2017 r. (sygn. V Ka 209/17) – sąd przyjął działanie w stanie wyższej konieczności obwinionego, który rzucił się w pościg za innym kierowcą winnym spowodowania z nim kolizji. Ścigany kierowca gwałtownie zmienił pas ruchu powodując kolizję, lecz nie zatrzymał się, tylko zaczął uciekać wyprzedzając inne samochody. Celem obwinionego było zatrzymanie owego kierowcy ze względu na stwarzanie przez niego zagrożenia dla innych uczestników ruchu oraz w celu ustalenia jego tożsamości w związku z odpowiedzialnością za spowodowaną kolizję. Zachowanie uciekającego mogło wskazywać na pozostawanie pod wpływem alkoholu lub środków odurzających. Aby go zatrzymać przejeżdżając przez linię podwójną ciągłą wyprzedził on uciekającego i wjechał bezpośrednio przed niego zmuszając do gwałtownego hamowania (art. 86 i 92 k.w.). Jak stwierdził sąd, nie było innego sposobu zatrzymania sprawcy kolizji i jednocześnie zapobieżenia stwarzanemu przez niego niebezpieczeństwu dla innych uczestników ruchu. Odnosząc się do przedstawionego judykatu można wyrazić wątpliwość, czy trafne było oparcie się na kontratybie stanu wyższej konieczności, a nie na kontratybie zatrzymania obywatelskiego z art. 45 § 2 Kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, przewidującego odpowiednie stosowanie art. 243 k.p.k. Z wyroku SO nie wynika, czy przypuszczenie w odniesieniu do stanu nietrzeźwości bądź odurzenia było słuszne i jaką relację między dobrami: poświęconym i ratowanym przyjął sąd.
 - wyrok SO w Suwałkach z dnia 17 lipca 2014 r. (sygn. II Ka 188/14) – choć sąd uchylił wyrok sądu rejonowego i zwrócił go do ponownego rozpoznania, zatem ostateczne rozstrzygnięcie nie jest znane, należy zwrócić uwagę na zalecenie zbadania stanu faktycznego przez pryzmat stanu wyższej konieczności. W omawianej sprawie sprawca uciekał autem przed osobą goniącą go innym autem, popełniając przy tym szereg wykroczeń kwalifikowanych z art. 92 i 97 k.w. Obwiniony obawiał się o swoje życie i zdrowie, obawę swą argumentując istniejącym konfliktem i uprzednim uszkodzeniem swojego auta. Za jego wersją przemawiało również zgłoszenie policji kilka minut po zarejestrowanych wykroczeniach faktu zjechania do rowu w wyniku zepchnięcia z jezdni przez inny pojazd.

¹⁰ Por. choćby P. Daniluk, (w:) P. Daniluk (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 107–108.

- wyrok SO w Gliwicach z dnia 27 stycznia 2017 r. (sygn. VI Ka 1265/16) – sąd podjął taką samą decyzję, lecz odmiennie motywowaną, poddał bowiem w wątpliwość trafność przyjęcia przez sąd rejonowy działania z przekroczeniem granic stanu wyższej konieczności, skłaniając się raczej ku jego całkowitemu zaprzeczeniu. Sprawca tłumaczył swój czyn zakwalifikowany z art. 244 k.k. koniecznością dowiezienia do szpitala chorego wymagającego natychmiastowej pomocy kardiologicznej. Natomiast SO wskazał, że ani nie wybrał najbliższego szpitala ani najszybszej drogi, ani nie wspominał policjantom, którzy przybyli na miejsce spowodowanej przezeń kolizji o powodzie swojego zachowania. Te i inne elementy wynikające ze zgromadzonego materiału dowodowego skłoniły sąd do powątpiewania, czy rzeczywiście taki był cel podróży oskarżonego, a jeśli tak, to czy faktycznie pasażer znajdował się w tak złym stanie zdrowia, by obwiniony musiał złamać zakaz z art. 244 k.k.
- wyrok SR w Sandomierzu z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. II K 250/15) – sąd przyjął działanie w stanie wyższej konieczności i uwolnił sprawcę od odpowiedzialności z art. 178a § 1 k.k. Oskarżony spożywał z kolegami wódkę przebywając na grillu na terenie posesji oddalonej od drogi asfaltowej o 500 m i nieoznaczonej nazwą ani numerem, pozostającej niemal poza zasięgiem telefonii komórkowej. W pewnym momencie, w nocy, jeden z nich przewrócił się i stracił przytomność – próby ratowania go nie przyniosły rezultatów. Wezwana karetka pogotowia nie przyjeżdżała ponad pół godziny, ponieważ jej obsada nie była w stanie trafić do posesji. W związku z tym nieprzytomny kolega został ułożony na tylnym siedzeniu auta, a oskarżony usiadł za jego kierownicą by wyjechać karetce naprzeciw. Po przejechaniu pewnego odcinka drogi doszło do przejścia chorego przez karetkę pogotowia. Trafił on do szpitala nieprzytomny, wydolny oddechowo, niewydolny krążeniowo, w stanie upojenia alkoholowego na granicy śmiertelnego (3,8 promila). Znajdował się w stanie zagrażającym życiu i wymagał natychmiastowej pomocy lekarskiej, w tym hospitalizacji. Ewentualne opóźnienie w jak najszybszym dotarciu do szpitala mogło skutkować poważnymi konsekwencjami dla jego zdrowia i życia. Jak stwierdził sąd, oskarżony działał w celu uchylenia rzeczywistego i bezpośredniego niebezpieczeństwa dla zdrowia, a nawet życia kolegi. Bezpieczeństwo w komunikacji przedstawiało wartość niższą, niż życie i zdrowie kolegi znajdującego się w bezpośrednim niebezpieczeństwie, zatem zrealizowana została zasada proporcjonalności stanu wyższej konieczności. Nie było również innego sposobu przyspiesze-

nia udzielenia pomocy lekarskiej, jak tylko wyjechanie karetki naprzeciw, skoro wobec zaniku zasięgu telefonii komórkowej, ciemności i braku oznaczenia posesji znajdującej się przy drodze gruntowej karetki nie była w stanie jej znaleźć i błędziła po okolicy, a nawet miała powrócić do bazy. Wyjście naprzeciw pieszo nie dawało gwarancji bycia zauważonym w terenie górzystym, w nocy. Udzielanie pomocy przez kolegów nie przyniosło rezultatów. Spełniony był zatem wymóg subsydiarności stanu wyższej konieczności.

- wyrok SR w Skierniewicach z dnia 31 marca 2017 r. (sygn. II K 593/16) – sąd przyjął działanie w stanie wyższej konieczności i uwolnił sprawcę od odpowiedzialności z art. 178a § 1 k.k. Oskarżony odwiózł do szpitala znajdującego się w odległości 2 km kolegę pchniętego nożem w szyję i obficie krwawiącego. Rana ta stanowiła ciężki uszczerbek na zdrowiu w rozumieniu art. 156 § 1 k.k. i realnie zagrażała jego życiu. Droga do szpitala zajęła ok. 2,5 minuty. Oskarżony poświęcił zatem dobro w postaci bezpieczeństwa w komunikacji dla ratowania dobra w postaci życia człowieka. Należy podkreślić, że zagrożenie dla bezpieczeństwa w komunikacji pozostało abstrakcyjne, ponieważ ze względu na nocną porę na jezdni nie było ruchu. Natomiast zagrożenie dla życia pokrzywdzonego było bezpośrednie. Karetki czy taksówki nie zdążyłyby dojechać na czas, by uratować życie pokrzywdzonego, gdyby zostały wezwane na miejsce, w którym został on zaatakowany. Samo wezwanie ich (rozmowa z dyspozytorem itd.) zajęłoby cenny czas, w którym pokrzywdzony wykrwawiałby się z rany na szyi. W pobliżu nie było też innych trzeźwych osób, które mogłyby odwieźć rannego do szpitala. Spełnione zostały zatem wymogi proporcjonalności dóbr oraz subsydiarności stanu wyższej konieczności.
- wyrok SR w Piotrkowie Trybunalskim z dnia 16 września 2016 r. (sygn. II K 105/16) – oskarżonemu został postawiony zarzut z art. 178a § 1 k.k. Oskarżony wykazywał zaburzenia o typie osobowości bierno-zależnej i zaburzenia adaptacyjne związane z dominacją i utrzymującymi się nieprawidłowymi relacjami z sąsiadem. Nieporadność życiowa i osamotnienie oraz relacje z sąsiadem ukształtowały go jako osobę o nadmiernej uległości, pozbawioną umiejętności przyjmowania postawy stanowczej i zdecydowanej. Cechowała go silna nerwica, duże zaburzenia w funkcjonowaniu społecznym, lęk i utrwalone mechanizmy zależności od sąsiada. Jego stan określony w ten sposób przez psychiatrę i psychologa wynikał z długoletniego terroru, jaki stosował względem niego sąsiad, który nachodził go w domu,

w tym włamując się i wymuszając pieniądze, bił, szarpał, popychał, wyśmiewał, urządzał u niego libacje alkoholowe, dewastował wyposażenie. Między oskarżonym a sąsiadem wytworzyła się specyficzna relacja oparta na bezwzględnej dominacji tego ostatniego, zarówno psychicznej, jak i fizycznej. Oskarżony prowadził samochód w stanie nietrzeźwości, nie posiadając również w ogóle uprawnień, ponieważ sąsiad zażądał zawiezienia go na dyskotekę i odwiezienia do domu. Oskarżony, który tego dnia spożywał po pracy alkohol, nie sprzeciwił się żądaniu, dodatkowo wypił piwo, które dał mu sąsiad i czekał na niego w aucie pod dyskoteką. Był przekonany, że sprzeciw spowoduje pobicie go. Jak stwierdził psycholog, „utrwalone mechanizmy zależności (...) i obawa przed (...) zemstą w czasie czynu były na tyle silne, że wykluczały w sposób psychologicznie uzasadniony wykonanie jakichkolwiek gestów stanowiących wyraz sprzeciwu”. Oskarżony nie miał psychologicznie możliwości przeciwstawić się woli sąsiada i odmowy prowadzenia auta mimo stanu nietrzeźwości oraz braku uprawnień. Jak wskazał sąd, dokonując wyboru między bezpieczeństwem w komunikacji i ochroną siebie przed pobiciem (ochrona życia i zdrowia) wybrał własne bezpieczeństwo. Z jego punktu widzenia zagrożenie dla bezpieczeństwa w komunikacji jawiło się jako odległe i potencjalne, natomiast zagrożenie pobiciem w razie odmowy prowadzenia auta jako bliskie i realne. Jak się zdaje, sąd przyjął zatem, że wymóg proporcjonalności dóbr został spełniony. Nie został natomiast spełniony wymóg subsydiarności. Sąd stwierdził bowiem, że oskarżony mógł opuścić auto czy zadzwonić po pomoc, gdy oczekiwał na sąsiada. W związku z tym sąd przyjął działanie w warunkach przekroczenia granic stanu wyższej konieczności (art. 178a § 1 k.k. w zw. z art. 26 § 3 k.k.).

5. Stan wyższej konieczności przy przekroczeniu prędkości o 50 km/h w terenie zabudowanym

Jedynym wyrokiem, w którym sąd ocenił przekroczenie o ponad 50 km/h limitu prędkości w obszarze zabudowanym przez pryzmat działania w stanie wyższej konieczności jest wyrok SR w Olsztynie z dnia 30 maja 2017 r. (sygn. IX W 483/17). Sąd nie stwierdził jednak podstaw dla zastosowania art. 16 k.w. W przedmiotowej sprawie obwiniony powołał się na konieczność dowiezienia do lekarza niespełna 2-letniego dziecka potrzebującego pomocy, cierpiącego z powodu gorączki powodującej drgawki. Sąd wskazał jednak na niespełnienie zarówno wymogu subsy-

diarności, jak i proporcjonalności dóbr. W stosunku do subsydiarności zwrócił uwagę, że obwiniony nie szukał najbliższej pomocy lekarskiej, lecz był w drodze do oddalonej lekarki prowadzącej prywatną praktykę lekarską. Nie wezwał również pogotowia ratunkowego, bowiem, jak uzasadnił, „nie ufa służbie zdrowia” skoro „dzieci są odsyłane z izb przyjęć i umierają w domach”. Natomiast w stosunku do wymogu proporcjonalności dóbr wskazał na brak bezpośredniego zagrożenia dla życia i zdrowia dziecka, które było już po ataku drgawek gorączkowych i w momencie zatrzymania pojazdu do kontroli spokojnie siedziało w foteliku, co zeznał nawet sam oskarżony. Niezależnie od dramatycznego wyglądu przebiegu napadu drgawek gorączkowych, przypominającego atak padaczki, napad ten już ustał.

6. Problemy stosowania stanu wyższej konieczności do przestępstw i wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji

Powyższa analiza stosowania stanu wyższej konieczności w stosunku do przestępstw i wykroczeń przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji oraz z nimi powiązanych (art. 244 k.k.) prowadzi do wniosku, że działanie w tym stanie jest przyjmowane przez sądy niezmiernie rzadko. Dzieje się tak mimo stosunkowo częstego powoływania się nań przez oskarżonych, obwinionych. Należy pamiętać, że analizowane judykaty są tylko tymi, które udostępnione zostały szerszej publiczności. Nie można zatem wykluczyć zarówno większej liczby spraw, w których następuje powołanie na stan wyższej konieczności oraz większej liczby wyroków, w których sąd skłania się ku jego przyjęciu, choć to ostatnie wydaje się wątpliwe, jeśli się uwzględni wyraźną wstrzeźliwość w korzystaniu z art. 26 k.k. i art. 16 k.w. Zdarzają się również relacjonowane niekiedy przez media przypadki, w których nie dochodzi do postawienia jakiegokolwiek zarzutu, bowiem już funkcjonariusz policji przyjmuje działanie kierowcy w stanie wyższej konieczności, np. w związku z rozpoczynającym się porodem i koniecznością dowiezienia rodzącej do szpitala.

Stosowanie w omawianym zakresie stanu wyższej konieczności dotyka, jak wynika z analizy powyższych orzeczeń, dwóch kluczowych kwestii. Po pierwsze, niezbędne jest wnikliwe analizowanie przez sąd całości kształtu materiału dowodowego, zarówno zgromadzonego na etapie postępowania przygotowawczego, jak i w trakcie rozprawy. Pozwala to wychwycić te przypadki, w których powołanie na ewentualnie zachodzący stan wyższej konieczności stanowi jedynie wybieg obrończy. Niekiedy

powołanie na stan wyższej konieczności jawi się bowiem w kategoriach przyjętej *post factum* linii obrony, a nie rzeczywistego przekonania w chwili czynu o zachodzeniu tego stanu. Podejrzenie takie powstaje wówczas, gdy powołanie na stan wyższej konieczności nie następuje niezwłocznie w trakcie postępowania przygotowawczego czy już nawet wobec funkcjonariusza policji w chwili zatrzymania, lecz dopiero na późniejszym etapie postępowania¹¹. Po drugie, analiza wymogu proporcjonalności dóbr wymaga zarówno zidentyfikowania dóbr: poświęcanego i ratowanego jak i określenia stopnia zagrożenia każdego z nich. Nie jest bowiem wystarczające samo wskazanie, jakie dobro chciał sprawca chronić i jakie poświęcił. Konieczne jest określenie, jakie było prawdopodobieństwo ziszczenia zagrożenia dla dobra ratowanego i jakie zagrożenie stworzył swoim zachowaniem sprawca. W tym kontekście należy wskazać, iż przestępstwa i wykroczenia, które pojawiają się w powołanych judykatach mają dość specyficzny charakter bazując przeważnie na karalności abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Ustawodawca wychodzi z założenia, że zazwyczaj, przeważnie, statystycznie często naruszenie norm sankcjonowanych, na których bazują te przestępstwa i wykroczenia, prowadzi do zagrożenia dla bezpieczeństwa w ruchu, dlatego formułuje normę sankcjonującą. Powołanie do testu proporcjonalności po stronie dobra poświęcanego jedynie abstrakcyjnego zagrożenia dla bezpieczeństwa w ruchu (pamiętając, że w istocie chodzi o ochronę życia i zdrowia uczestników ruchu oraz mienia) może nastroić trudności w prawidłowym rozstrzygnięciu kolizji dóbr, zwłaszcza gdy po stronie dobra ratowanego zagrożenie będzie jawiło się jako rzeczywiste i realne. Większy nacisk położony być powinien wówczas najpierw na określenie relacji między dobrami prawnymi, następnie zaś dopiero można poddać ocenie kwestię prawdopodobieństwa realizacji niebezpieczeństwa. Jak widać w powołanych judykatach, tak właśnie sądy zazwyczaj czynią.

Niekiedy jednak w konkretnym stanie faktycznym dochodzi do ziszczenia tego abstrakcyjnego niebezpieczeństwa w postaci konkretnego

¹¹ Tak zidentyfikowały powołanie na stan wyższej konieczności sądy w następujących judykatach: SO w Ostrołęce wyroku z dnia 10 października 2013 r. (sygn. II Ka 260/13); SR dla Wrocławia-Śródmieścia w wyroku z dnia 10 czerwca 2014 r. (sygn. V K 158/14); SR w Kaliszu w wyroku z dnia 9 maja 2016 r. (sygn. II K 693/15); SO w Piotrkowie Trybunalskim w wyroku z dnia 31 marca 2017 r. (sygn. IV Ka 162/17); SO we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 maja 2015 r. (sygn. IV Ka 331/15); SO w Elblągu w wyroku z dnia 31 marca 2015 r. (sygn. VI Ka 98/15); SO w Poznaniu w wyroku z dnia 22 czerwca 2015 r. (sygn. XVII Ka 478/15); SR dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie w wyroku z dnia 17 marca 2016 r. (sygn. XI W 7972/15); SR w Goleniowie w wyroku z dnia 26 stycznia 2016 r. (sygn. II K 500/14).

zagrożenia dla bezpieczeństwa w komunikacji. Może ono przybrać kształt prowadzący do łącznej kwalifikacji z art. 86 k.w., nie zawsze jednak tak się dzieje, ze względu na zakres karalności wynikający z tego przepisu, a zwłaszcza wykładni doktryny i judykatury. W powyższych judykatach art. 86 k.w. pojawia się niezwykle rzadko, nawet wówczas, gdy w uzasadnieniu sąd wskazuje, że oskarżony/obwiniony spowodził realne zagrożenie dla bezpieczeństwa w ruchu. Jest ono jednak jeszcze niekwalifikowalne z art. 86 k.w.

W przypadku przestępstwa z art. 244 k.k. mamy z kolei do czynienia z naruszeniem dobra prawnego w postaci prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości niezależnie od tego, że od strony realizacji znamion czynności sprawczej jest to przestępstwo formalne. W tym przypadku zatem przeprowadzenie testu proporcjonalności wygląda nieco inaczej, skoro dobro poświęcane jest już naruszone.

7. Podsumowanie

Analiza powołanych orzeczeń wskazuje, że niezwykle rzadko w praktyce powstać może problem niespójności prawa wykroczeń i prawa administracyjnego polegający na uchyleniu bezprawności wykroczenia i braku takiej możliwości w zakresie zatrzymania prawa jazdy przez starostę. Tylko w jednym judykacie powołano się na stan wyższej konieczności w kontekście przekroczenia o ponad 50 km/h limitu prędkości w obszarze zabudowanym, a i w tym przypadku sąd wykazał, że nie ma podstaw dla zastosowania art. 16 k.w. Nie oznacza to, że Trybunał nie miał podstaw dla wskazania swoim orzeczeniem tej niespójności, jednak w praktyce nie odgrywa ona znaczącej roli.

State of necessity in road traffic situations in light of case law of courts

Abstract

This contribution presents the use of necessity in the practical administration of justice, in respect to road (petty) offences as well as to other (petty) offences associated therewith. Arguments forwarded by accused individuals, defendants and ruling courts are discussed. It is shown that Article 26 of the Penal Code and Article 16 of the Petty Offence Code are

very rarely applied to rule out liability in punishable road accidents, although they are quite often referred to during preparatory and court proceedings. Finally, attention is drawn to two issues that are of key importance as far as using necessity to evaluate behaviours of road traffic participants is concerned.

Krzysztof Kmək

Nakłanianie lub udzielanie pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy

Streszczenie

Przedmiotem analizy są znamiona czynu zabronionego z art. 152 § 2 k.k. Autor zgadza się z poglądem, iż jest to przykład przestępstwa podżegania i pomocnictwa sui generis, jednakże nie oznacza to całkowitej tożsamości tego czynu zabronionego z formami niesprawczego współdziałania przestępnego (art. 18 § 2 i 3 k.k.). Poza znamionami tego przestępstwa leży zachowanie kobiety ciężarnej, na którą nakierowany jest czyn sprawcy. Tym samym dla realizacji tego czynu karalnego nie mają znaczenia zarówno fakt przerwania ciąży, jak i miejsce przeprowadzenia aborcji, a także obowiązujące w tym miejscu przepisy prawne dotyczące dopuszczalności takich zabiegów.

Wstęp

Co pewien czas dużym zainteresowaniem cieszy się temat przerywania ciąży. Impulsem do tego są np. wypowiedzi osób publicznych (polityków, celebrytów itp.), jak również propozycje zmian legislacyjnych¹. W niektórych projektach podnosi się, że rozszerzenie możliwości przeprowadzania aborcji pozwoli ograniczyć zjawisko turystyki aborcyjnej², która (w pewnym uproszczeniu) polega na wyjazdach do krajów, w których obowiązują łagodniejsze przepisy antyaborcyjne (np. Holandia, Czechy, Słowacja). Celem wyjazdu jest przeprowadzenie aborcji³.

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz ustawy z dnia 6 czerwca 1997 – Kodeks karny (druk sejmowy VIII kadencji nr 784); projekt ustawy o prawach kobiet i świadomym rodzicielstwie (druk sejmowy VIII kadencji nr 830).

² Tak np. w ww. projekcie ustawy o prawach kobiet i świadomym rodzicielstwie (s. 23 uzasadnienia).

³ <http://serwisy.gazetaprawna.pl/zdrowie/artykuly/982236,turystyka-aborcyjna-udajemy-ze-problem-nie-istnieje.html>; <http://zdrowie.radiozet.pl/On-i-Ona/Turystyka-aborcyjna-Dokad-jezdza-Polki-przerywajace-ciaze-00001110>.

W związku z tym interesująca jest kwestia, czy organizatorów tej „turystyki” lub też tych, którzy pomagają lub inicjują te podróże, może spotkać odpowiedzialność karna na podstawie polskiej ustawy. Podstawą mógłby być przede wszystkim art. 152 § 2 Kodeksu karnego⁴ penalizujący udzielanie kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży z naruszeniem przepisów ustawy⁵ lub nakłanianie jej do tego. Będzie on przedmiotem dalszych rozważań.

W niniejszym artykule abstrahuję od uzasadnienia karalności przeprowadzania aborcji w ogóle, a także od kwestii historycznych⁶. Tematem niniejszej publikacji jest przede wszystkim określenie relacji art. 152 § 2 k.k. do art. 18 § 2 i 3 k.k. (kwestią podstawową jest ustalenie, czy znamiona czasownikowe czynu zabronionego z art. 152 § 2 k.k. należy rozumieć identycznie jak w wypadku podżegania i pomocnictwa). Nie bez znaczenia (również praktycznego) jest kwestia, czy to przestępstwo ma charakter skutkowy czy formalny, co wymaga dokładniejszego opisu znamion tego czynu zabronionego. W dalszej kolejności poruszony zostanie problem wpływu miejscowego zakresu zastosowania polskiej ustawy karnej na możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy, który podejmuje swoje zachowanie poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co pozwoli odpowiedzieć na (postawione na wstępie) pytanie, czy osoby uczestniczące w turystyce aborcyjnej mogą spotkać się z prawnokarnymi konsekwencjami na podstawie polskiego ustawodawstwa.

Podmiot

Nie budzi wątpliwości, że przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. ma charakter powszechny. Sprawcą może być każdy, z wyjątkiem samej kobiety ciężarnej. Przyjmuje się, że ten typ czynu zabronionego jest typem przestępstwa *sui generis* (podobnie jak art. 151 k.k.⁷) – osoba, która nakłania lub udziela pomocy do przerwania ciąży wbrew ustawie, popełnia czyn zabroniony, natomiast osoba nakłaniana lub ta, której udzielono pomocy nie popełnia czynu zabronionego. Nie można uzasadnić karalności takie-

⁴ Dz. U. z 2016 r., Nr 1137 ze zm. (dalej: k.k.).

⁵ Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, Dz. U. z 1993 r., Nr 17, poz. 78, ze zm. (dalej: ustawa).

⁶ Na temat historii ustawodawstwa antyaborcyjnego w Polsce zob. A. Zołł, Komentarz do art. 152 Kodeksu karnego, (w:) A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część szczegółowa. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k., Warszawa 2013, tezy 1–10.

⁷ J. Kosonoga-Zygmunt, Namowa i udzielenie pomocy do samobójstwa (art. 151 k.k.), Prokuratura i Prawo 2015, nr 11, s. 45–46.

go zachowania na zasadach ogólnych, tj. używając konstrukcji form niesprawczego współdziałania, czyli podżegania (art. 18 § 2 k.k.) i pomocnictwa (art. 18 § 3 k.k.), ponieważ polegają one na nakłanianiu lub pomocy do zachowania realizującego znamiona czynu zabronionego. Wskazuje na to również sam sposób sformułowania znamion czynu zabronionego; nie jest bowiem możliwa sytuacja, w której kobieta ciężarna sama udziela sobie pomocy lub sama siebie nakłania do przerwania ciąży wbrew ustawie⁸.

Nakłanianie

W doktrynie ugruntował się pogląd, iż znamiona czynnościowe w art. 152 § 2 k.k. należy rozumieć tak samo jak w przypadku art. 18 § 2 i 3 k.k., tzn. „nakłania” trzeba interpretować tak samo jak w przypadku podżegania, natomiast „udziela pomocy” ma to samo znaczenie co „ułatwienie popełniania”⁹. L. Tyszkiewicz nieco odstępuje od dominującego poglądu, przyjmując, że penalizacja obejmuje także nakłanianie z zamiarem ewentualnym (podczas, gdy ten sam autor przyjmuje karalność podżegania jedynie w przypadku działania z zamiarem bezpośrednim¹⁰), „gdyż jest ono życiowo możliwe, zwłaszcza w sytuacji, w której podżegacz zda-

⁸ A. Zołł, Komentarz do art. 152, teza 22; L. Tyszkiewicz, Komentarz do art. 152 Kodeksu karnego, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, teza 6; J. Giezek, Komentarz do art. 152 Kodeksu karnego, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, teza 9; A. Marek, Komentarz do art. 152 Kodeksu karnego, (w:) Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, teza 4; V. Konarska-Wrzošek, Komentarz do art. 152 Kodeksu karnego, (w:) Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, teza 3; J. Kędzierski, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r., sygn. II AKa 37/14, Palestra 2015, nr 9–10, s. 159; J. Bojke, M. Wantoła, Wyłączenie odpowiedzialności karnej kobiety ciężarnej za aborcję. Wybrane zagadnienia, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2015, nr 3, s. 89 (ci autorzy wskazują, że nie jest jasna natomiast kwestia wyłączenia odpowiedzialności karnej matki dziecka poczętego za podżeganie lub pomocnictwo do przestępstwa z art. 152 § 1 k.k.). Przekonanie to pojawia się także w judykaturze, np. wyrok SA w Katowicach z dnia 30 września 2008 r., sygn. II AKa 231/08, LEX nr 477588.

⁹ A. Zołł, Komentarz do art. 152, teza 22; J. Giezek, Komentarz do art. 152, teza 9; A. Marek, Komentarz do art. 152, teza 5; V. Konarska-Wrzošek, Komentarz do art. 152, teza 3; to samo można wywnioskować ze stwierdzenia M. Szwarczyka, Komentarz do art. 152 Kodeksu karnego, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, teza 3, który uznaje osoby udzielające kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży lub ją do tego nakłaniające za pomocników lub podżegaczy.

¹⁰ L. Tyszkiewicz, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, teza 13.

je sobie sprawę z tego, że ostateczna decyzja należy do podżeganej, a jej treść może być z punktu widzenia interesu podżegacza obojętna¹¹.

Do oznaczania pojęć o tym samym znaczeniu należy używać jednokowych określeń. Można by więc z tego wywieść, że „nakłanianie” w art. 152 § 2 k.k. jest pojęciem tożsamym z „nakłanianiem” w art. 18 § 2 k.k. Odpowiadając na wątpliwości dotyczące możliwości realizacji znamion przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. w formie nakłaniania z zamiarem wynikowym należy zauważyć, że przestępstwo nakłaniania do aborcji w swych znamionach wprost nie obejmuje chęci sprawcy odniesionej do przerwania ciąży, podczas, gdy art. 18 § 2 k.k. stanowi, iż dla karalności niezbędne jest, by podżegacz chciał, by inna osoba dokonała czynu zabronionego. Zwrot „kto chcąc” w regulacji odnoszącej się do podżegania przesądza, iż wykluczona jest odpowiedzialność karna za podżeganie z zamiarem wynikowym¹². Brak tego sformułowania w art. 152 § 2 k.k. rodzi pytanie, czy nakłanianie do aborcji wymaga celowego działania sprawcy, czy też wystarczające jest godzenie się na przerwanie ciąży przez kobietę ciężarną. Innymi słowy, problem dotyczy czy zwrot „nakłania” sam w sobie wyraża tę celowość.

Odwołując się do wykładni językowej można zauważyć, iż wyrażenie „nakłaniać” oznacza „namawiać kogoś do zrobienia czegoś, podjęcia jakiejś decyzji, dokonania wyboru itp.; skłaniać, zachęcać, przekonywać”¹³. Można zgodzić się ze stanowiskiem, iż „życiowo możliwe” jest nakłanianie z zamiarem wynikowym; przykładowo, gdy sprawca nakłania kobietę ciężarną do spożycia nadmiernej ilości alkoholu, przewidując, że może mieć to szkodliwy wpływ dla życia i zdrowia dziecka poczętego (tym samym przewiduje, że może nakłaniać do przerwania ciąży) oraz jednocześnie godząc się na to. Niewątpliwie jest to zachowanie bezprawne (naruszające normę sankcjonowaną zakazującą podejmowania zachowań prowadzących do naruszania życia lub zdrowia dziecka poczętego), kwestią otwartą pozostaje natomiast karalność.

Godne podkreślenia jest, że w art. 18 § 2 k.k. zakres karalności został ograniczony za pomocą znamienia podmiotowego „chcąc”¹⁴. Skoro ta-

¹¹ L. Tyszkiewicz, Komentarz do art. 152, teza 7.

¹² Tak np. wyrok SA w Krakowie z dnia 14 sierpnia 2003 r., sygn. II AKa 180/03, KZS 2003, nr 9, poz. 17.

¹³ B. Dunaj (red.), Słownik współczesnego języka polskiego, Warszawa 1996, s. 560.

¹⁴ Zob. m.in. P. Kardas, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, teza 146 i J. Giezek, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, teza 43, którzy twierdzą, że pozostawanie podżegania z zamiarem wynikowym i podżegania nieumyślnego poza sferą kryminalizacji wyni-

kiego znamienia nie zawiera art. 152 § 2 k.k., to należy przyjąć, że ustawodawca dopuszcza karalność nakłaniania również z zamiarem wynikowym. Jednocześnie nie zmienia to faktu, iż sposób rozumienia znamienia czasownikowego „nakłania” jest identyczny, co w przypadku podżegania (różnica polega tylko na tym, że dla karalności podżegania, tj. nakłaniania innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, niezbędne jest nakłanianie z zamiarem bezpośrednim).

Powyższe rozważania abstrahują od art. 152 § 3 k.k. penalizującego m.in. nakłanianie do przerwania ciąży, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki¹⁵.

Z powyższego można wysnuć wniosek, że do „nakłaniania” z art. 152 § 2 k.k. odnoszą się ustalenia dotyczące wykładni znamienia „nakłaniania” z art. 18 § 2 k.k. Dla realizacji znamion nakłaniania do aborcji konieczne jest, by sprawca przekonywał, namawiał, zachęcał kobietę ciężarną do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy. Innymi słowy, by oddziaływał na jej psychikę w kierunku określonym w art. 152 § 2 k.k.

Oczywiście, dla dokonania przestępstwa w tej formie nie jest konieczne faktyczne przerwanie ciąży. Poza znamionami przestępstwa znajduje się zachowanie nakłanianej kobiety ciężarnej¹⁶. Pozostaje jednak kwe-

ka z wymogu, by nakłaniający działał z zamiarem bezpośrednim. Również na gruncie art. 26 Kodeksu karnego z 11 lipca 1932 r. (Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571 ze zm.), który stanowi, że „Podżegania dopuszcza się, kto inną osobę nakłania do popełnienia przestępstwa” utrwał się pogląd, że „przestępny zamiar podżegania” wyraża się w tym, że „podżegacz chce nakłonić inną osobę do popełnienia przestępstwa lub godzi się na to, że działaniem swym może wzbudzić w niej wolę popełnienia przestępstwa” (wyrok SN z dnia 31 października 1964 r., sygn. II K 239/64, OSNKW 1965, nr 3, poz. 26; podobnie wyrok SN z dnia 5 maja 1933 r., sygn. IV K 209/33, OSN(K) 1933, nr 7, poz. 135).

¹⁵ M. in. V. K o n a r s k a - W r z o s e k, Komentarz do art. 152, teza 6 przyjmuje, że możliwe jest popełnienie tego przestępstwa z zamiarem wynikowym, gdy sprawca przewiduje, że dziecko osiągnęło tę zdolność i na to się godzi.

¹⁶ Odmienne i nietrafnie L. T y s z k i e w i c z, Komentarz do art. 152, teza 9, który twierdzi, że „Jeżeli do nielegalnego przerwania ciąży nie doszło, podżegacz i pomocnik odpowiadają za usiłowanie”. Art. 152 § 2 k.k. w żaden sposób nie odnosi się do zachowania kobiety ciężarnej. Z tego należy wnosić, że realizacja znamion czynu zabronionego w formie dokonania nie zależy od jej zachowania. L. T y s z k i e w i c z, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) M. F i l a r (red.), Kodeks karny. Komentarz, WK 2016, teza 13 stara się bronić poglądu o skutkowym charakterze podżegania, jednakże jako skutek traktuje dokonanie czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego. L. T y s z k i e w i c z opiera się na art. 22 § 1 k.k., który dotyczy jedynie akcesoryjności na płaszczyźnie wymiaru kary wobec podżegacza i pomocnika – nie zaś akcesoryjności w zakresie odpowiedzialności w przypadku niesprawczych form współdziałania. Poza tym przepis ten mówi, że współdziałający, zależnie od zachowania sprawcy bezpośredniego, mogą odpowiadać „jak za usiłowanie”, a nie „za usiłowanie”, co sugeruje, że ich przestępstwa zostały już dokonane, a jedynie z uwagi na zachowanie bezpośredniego wykonawcy czynu zabronionego, przyjmujemy pewną fikcję, iż tak się nie stało, co może mieć wpływ na wymiar kary. Trafnie stwierdza J. G i e z e k, Komentarz do

stia, czy przestępstwo nakłaniania do aborcji jest dokonane w momencie ukończenia samego nakłaniania (niezależnie od reakcji kobiety ciężarnej)¹⁷, czy też dopiero w chwili wywołania u nakłanianej decyzji o przeprowadzeniu aborcji¹⁸. Jest to powiązane z problemem skutkowego bądź formalnego charakteru podżegania.

W przypadku „zwykłego” podżegania zakres kryminalizacji jest ten sam – przyjęcie poglądu o skutkowości podżegania powoduje, że przypadki nieskutecznego nakłaniania do popełnienia czynu zabronionego traktuje się jako usiłowanie podżegania; natomiast zwolennicy stanowiska przemawiającego za formalnym charakterem tej postaci niesprawczego współdziałania traktują obie sytuacje tak samo – jako dokonanie czynu zabronionego¹⁹. Jednakże, w przypadku problemu będącego

art. 18, tezy 49–51, że z art. 22 § 2 k.k. (który zależnie od zachowania sprawcy bezpośredniego pozwala jedynie zmodyfikować karę) wynika, iż odpowiedzialność podżegacza i pomocnika w ogóle nie zależy od zachowania sprawcy bezpośredniego. Zob. także P. Kardaś, Komentarz do art. 18, tezy 160–162; A. Liszewska, Z problematyki kodeksowej regulacji współdziałania przestępnego, Państwo i Prawo 2013, nr 7, s. 93; postanowienie SN z dnia 3 sierpnia 2006 r., sygn. III KK 445/05, LEX nr 193016; wyrok SA w Katowicach z dnia 1 grudnia 2016 r., sygn. II AKa 302/16, LEX nr 2202527; wyrok SA w Warszawie z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. II AKa 177/16, LEX nr 2171258; wyrok SO w Koszalinie z dnia 14 maja 2013 r., sygn. II K 8/13, LEX nr 1715436; wyrok SA w Katowicach z dnia 15 listopada 2012 r., sygn. II AKa 407/12, LEX nr 1236442; wyrok SA w Krakowie z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. II AKa 212/11, KZS 2011, nr 12, poz. 29; wyrok SA w Łodzi z dnia 13 marca 2008 r., sygn. II AKa 17/08, KZS 2009, nr 5, poz. 5; postanowienie SN z dnia 3 sierpnia 2006 r., sygn. III KK 445/05, LEX nr 193016; wyrok SA w Łodzi z dnia 30 maja 2006 r., sygn. II AKa 86/06, KZS 2007, nr 5, poz. 50; wyrok SN z dnia 26 września 2003 r., WA 42/03, OSNwSK 2003, nr 1, poz. 2055; wyrok SN z dnia 2 października 2002 r., sygn. IV KKN 109/00, LEX nr 5608; wyrok SA w Białymstoku z dnia 25 kwietnia 2002 r., sygn. II AKa 112/02, OSA 2003, nr 4, poz. 32; wyrok SA w Krakowie z dnia 21 czerwca 2000 r., sygn. II AKa 51/00, KZS 2000, nr 7–8, poz. 37.

¹⁷ Tak np. A. Zoll, Komentarz do art. 152, teza 26; M. Szwarczyk, Komentarz do art. 152, teza 3; M. Budyn-Kulik, Komentarz do art. 152 Kodeksu karnego, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, teza 2. Formalny charakter art. 152 § 2 k.k. jest przyjęty także w orzecznictwie, wskazując, że odpowiedzialność sprawcy nie zależy od zaistnienia skutku, tyle że jako skutek traktowane jest przerwanie ciąży, zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 21 grudnia 2015 r., sygn. II AKa 401/15, LEX nr 2004473; wyrok SN z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. IV KK 257/14, LEX nr 1941900. Jako jednoznacznie formalne przestępstwo (jego realizacja nie zależy nawet od wzbudzenia zamiaru u kobiety ciężarnej co do przeprowadzenia aborcji) art. 152 § 2 k.k. jest uznany np. w wyroku SA w Warszawie z dnia 16 marca 2015 r., sygn. II AKa 33/15, LEX nr 1680078.

¹⁸ Na wątpliwości w tym zakresie zwraca uwagę J. Giezek, Komentarz do art. 152, teza 14, który sam opowiada się za skutkowym charakterem podżegania (tenże, Komentarz do art. 18, teza 46–52).

¹⁹ A. Zoll, Komentarz do art. 13 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, teza 4. Należy jednak zauważyć, że np. T. Bojarski, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, teza 5 z jednej strony przyjmuje, iż podże-

przedmiotem niniejszej publikacji, kwestia ta nie ma znaczenia wyłącznie teoretycznego²⁰.

Skutkiem jest zmiana w świecie zewnętrznym oderwana od samego zachowania sprawcy. Przyjmowanie formalnego charakteru „nakłaniania” nie ma oparcia w wykładni językowej. Znamiona czasownikowe czynu zabronionego są wyrażone w czasie teraźniejszym, natomiast w procesie interpretacji należy je przekształcić na czas przeszły dokonany. Tym samym, „nakłania” oznacza „nakłonienie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego”²¹. Tą zmianą w świecie zewnętrznym oderwaną od zachowania sprawcy jest powstanie (w przypadku art. 152 § 2 k.k.) w psychice kobiety decyzji o przerwaniu ciąży. Tym samym należy opowiedzieć się za skutkowym charakterem przestępstwa podżegania oraz przestępstwa nakłaniania do przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy²².

Z istoty nakłaniania wynika, że jest ono możliwe tylko przez działanie²³. Działanie nakłaniającego musi być nakierowane na konkretną kobietę

ganie jest przestępstwem formalnym, a z drugiej dopuszcza możliwość usiłowania podżegania (co prowadzi do znacznego rozszerzenia zakresu kryminalizacji). Podobnie M. G. Węglowski, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., sygn. III KK 156/06, Prokuratura i Prawo 2008, nr 5, s. 173–182.

²⁰ Dotyczy to także problemu skutkowości pomocnictwa, o czym poniżej.

²¹ W. Wróbel, A. Zol, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2013, s. 277–278.

²² Za skutkowym charakterem podżegania opowiadają się także m.in. P. Kardas, Komentarz do art. 18, teza 140; V. Konarska-Wrzošek, Komentarz do art. 18, teza 16; M. Kulik, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, teza 31; M. Małecki, Usiłowanie podżegania do podżegania do zabójstwa. Studium przypadku, Przegląd Sądowy 2015, nr 5, s. 98–100; M. Żbikowska, Pokrzywdzony w formach zjawiskowych przestępstwa, Prokuratura i Prawo 2014, nr 6, s. 23–25; Ł. Pohl, Pomocnictwo a inne zjawiskowe formy czynu zabronionego (kryteria różnicujące), Prokuratura i Prawo 2001, nr 6, s. 35; A. Marek, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, teza 14; T. Kaczmarek, Recenzja książki Piotra Kardasa, Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie, Prokuratura i Prawo 2002, nr 5, s. 102. Zob. też wyrok SA w Katowicach z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. II AKa 81/15, LEX nr 2023121; wyrok SA w Lublinie z dnia 21 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 200/13, LEX nr 1425489; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14 lutego 2013 r., sygn. II AKa 1/13, LEX nr 1289595; wyrok SA w Lublinie z dnia 13 lutego 2013 r., sygn. II AKa 166/12, LEX nr 1294819; wyrok SA w Warszawie z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. II AKa 370/12, LEX nr 1306063; wyrok SA w Katowicach z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. II AKa 496/11, LEX nr 1184756; wyrok SA w Lublinie z dnia 26 listopada 2008 r., sygn. II AKa 260/08, LEX nr 477865; wyrok SN z dnia 20 września 2007 r., sygn. III KK 149/07, LEX nr 420451; wyrok SN z dnia 28 listopada 2006 r., sygn. III KK 156/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 2264; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. II AKa 135/06, LEX nr 190471; wyrok SA w Lublinie z dnia 12 stycznia 2006 r., sygn. II AKa 290/05, LEX nr 168034; uchwała SN z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03, OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 89.

²³ Tak np. P. Kardas, Komentarz do art. 18, teza 145; V. Konarska-Wrzošek, Komentarz do art. 18 Kodeksu karnego, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, teza 15.

ciążarną, ewentualnie grupę takich kobiet (ale musi być ona zindywidualizowana). Nie jest jednak konieczna znajomość ich np. imion i nazwisk²⁴. Z tego wynika, że nie realizuje znamion nakłaniania do aborcji np. umieszczenie internetowego ogłoszenia adresowanego do nieoznaczonego kręgu osób (powszechnie dostępnego) i zachęcającego do przeprowadzania aborcji w określonej klinice zagranicznej. Jednocześnie takie zachowanie (nawet podjęte na terytorium Polski) nie stanowi przestępstwa z art. 255 § 1 lub 2 k.k. (publiczne nawoływanie do popełnienia występku lub zbrodni), ponieważ przerwanie ciąży przez kobietę ciężarną (do czego osoba umieszczająca takie ogłoszenie miałaby nakłaniać) nie jest czynem przestępnym.

Możliwe są wszelkie formy nakłaniania – słowem, gestem, pismem, mimiką itd. Należy przyjąć, że może to odbywać się prośbą, poleceniem, zleceniem radą, propozycją, sugestią²⁵, ale nie groźbą, gdyż wskazuje to na przełamywanie swobody decyzyjnej kobiety i wchodzi w zakres zastosowania normy sankcjonowanej z art. 153 § 1 k.k. zakazującej m.in. doprowadzenia kobiety ciężarnej do przerwania ciąży za pomocą groźby bezprawnej²⁶. Także wtedy, gdy sprawca wykorzystuje stosunek zależności istniejący między nim a ciężarną i wydaje jej polecenie dokonania aborcji, jego zachowanie wciąż realizuje art. 152 § 2 k.k. pod warunkiem, że to polecenie nie stanowi jednocześnie groźby bezprawnej (wówczas mielibyśmy do czynienia z usiłowaniem przestępstwa z art. 153 § 1 k.k., jeśli do przerwania ciąży jeszcze nie doszło), tj. gdy np. stosunek zależności ma charakter formalny. Gdy zaś jest on oparty na groźbie, odpowiedzialność z art. 152 § 2 k.k. jest w zasadzie wykluczona²⁷.

²⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 8 lutego 2006 r., sygn. II AKa 207/05, KZS 2006, nr 3, poz. 30; postanowienie SN z dnia 20 października 2005 r., sygn. II KK 184/05, OSNKW 2005, nr 12, poz. 120; postanowienie SN z dnia 9 czerwca 2004 r., sygn. IV KK 407/03, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 1130; M. Derlatka, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2005 r., sygn. II K 184/05, Prokuratura i Prawo 2007, nr 3, s. 173–177.

²⁵ Zob. P. Kardas, Komentarz do art. 18, tezy 143–144; V. Konarska-Wrzošek, Komentarz do art. 18, teza 15; wyrok SN z dnia 16 listopada 2007 r., sygn. V KK 31/07, LEX nr 340569; wyrok SA w Krakowie z dnia 22 października 2009 r., sygn. II AKa 164/09, KZS 2009, nr 12, poz. 56; wyrok SA w Krakowie z dnia 17 grudnia 2008 r., sygn. II AKa 96/08, KZS 2009, nr 3, poz. 28; wyrok SA w Krakowie z dnia 8 lipca 1999 r., sygn. II AKa 121/99, KZS 1999, nr 8–9, poz. 37.

²⁶ Podobnie L. Tyszkiewicz, Komentarz do art. 152, teza 7.

²⁷ Popełnienie przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. (w wypadku nakłaniania) w formie sprawstwa polecającego (art. 18 § 1 zd. 4 k.k.) jest możliwe np. w sytuacji, gdy sprawca polecający wydaje sprawcy bezpośredniemu polecenie (przy wykorzystaniu stosunku zależności między oboma sprawcami przez sprawcę polecającego) nakłaniania kobiety ciężarnej do aborcji wbrew przepisom ustawy lub udzielenia jej do tego pomocy. Sprawca polecający znajduje się w fazie usiłowania do momentu skutecznego nakłonienia kobiety do przerwania ciąży lub

Podobnie należy ocenić nakłanianie z użyciem podstępu, który polega na wywołaniu lub wykorzystaniu błędu kobiety co do istotnych przesłanek motywacyjnych stanowiących podstawę decyzji o przerwaniu ciąży (tzw. podstęp w ujęciu wąskim). Już z samego umiejscowienia art. 152 § 2 k.k. (pomiędzy art. 152 § 1 i 3 k.k.) wynika, że typ nakłaniania do aborcji dotyczy sytuacji, gdy kobieta może podjąć swobodną decyzję odnośnie przeprowadzenia aborcji i wyrazić świadomą zgodę na jej przeprowadzenie²⁸. Nie jest to spełnione, gdy sprawca nakłania ją do przeprowadzenia zabiegu używając podstępu. Należy ponadto nadmienić, że za podstęp uznaje się także doprowadzenie ofiary do stanu wykluczającego swobodne decydowanie o swoim postępowaniu (ze względu na wyłączenie aparatu decyzyjnego albo ruchowego; tzw. podstęp w ujęciu szerokim)²⁹, aczkolwiek trudno traktować to jako nakłanianie. Zastosowanie przez sprawcę podstępu (w obu ujęciach) wyklucza odpowiedzialność z art. 152 § 2 k.k. (możliwa jest odpowiedzialność na podstawie np. art. 153 § 1 k.k.), ponieważ dochodzi do tego w sytuacji, gdy kobieta ciężarna nie decyduje swobodnie o swoim postępowaniu.

Za nakłanianie nie można też uznać przyjęcia „oferty” złożonej przez kobietę ciężarną, której treścią jest przerwanie ciąży w zamian za „nagrodę finansową”³⁰. W tej sytuacji decyzja o dokonaniu aborcji powstała

udzielenia jej do tego pomocy. Nie ma wątpliwości także co do możliwości realizacji znamion art. 152 § 2 k.k. w przypadku pozostałych form sprawczych: sprawstwa pojedynczego (art. 18 § 1 zd. 1 k.k.), współsprawstwa (wspólne i w porozumieniu z inną osobą nakłanianie kobiety do aborcji lub udzielenie jej do tego pomocy; art. 18 § 1 zd. 2 k.k.) i sprawstwa kierowniczego (kierowanie nakłanianiem lub udzieleniem pomocy przez inną osobę kobiecie ciężarnej w przerwaniu ciąży; art. 18 § 1 zd. 3 k.k.). Możliwe jest także podżeganie (art. 18 § 2 k.k.) i pomocnictwo (art. 18 § 3 k.k.) do przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. pod warunkiem, że przedmiotem zachowania podżegacza lub pomocnika nie jest kobieta ciężarna, ale inna osoba, która w zamiarze ww. podżegacza lub pomocnika ma nakłaniać lub udzielić kobiecie pomocy w przerwaniu ciąży wbrew przepisom ustawy. Nasuwa to skojarzenie z problemem tzw. łańcuszkowego podżegania i pomocnictwa, wielokrotnie poruszanego w doktrynie, który z uwagi na ograniczoną objętość publikacji, nie może być omówiony w tym miejscu (zob. np. uchwała 7 sędziów SN z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03, OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 89; M. Małeckie, Usiłowanie podżegania do podżegania, s. 95–111; T. Bojarski, Komentarz do art. 18, teza 5; J. Giezek, Komentarz do art. 18, teza 54; G. Cichońska, Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03, Prokuratura i Prawo 2006, nr 4, s. 177–180).

²⁸ Inaczej niż przy klasycznym podżeganiu, gdzie świadomość osoby nakłanianej nie ma znaczenia dla odpowiedzialności podżegacza, zob. P. Kardas, Komentarz do art. 18, teza 148.

²⁹ M. Bielski, Komentarz do art. 197 Kodeksu karnego, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k., Warszawa 2013, teza 52.

³⁰ Tak (odnośnie oferty jako sposobu podżegania) P. Kardas, Komentarz do art. 18, teza 147. Samo przyjęcie oferty mogłoby być traktowane jako nakłanianie (przynajmniej usiłowane) tylko wtedy, gdy wystąpienie kobiety (która nie ma zamiaru dokonania aborcji) z ofertą miało na celu wyłudzenie pieniędzy od sprawcy nakłaniania, który wskutek tego, zaczął namawiać ją do

przed oddziaływaniem sprawcy. Odpowiedzialność z art. 152 § 2 k.k. nie jest tu jednak wykluczona, ponieważ zachowanie sprawcy (w razie przyjęcia „oferty”) może zostać uznane za udzielenie kobiecie pomocy w przerwaniu ciąży (jest to tzw. pomoc psychiczna; zob. poniżej).

Udzielenie pomocy

Drugą formą popełnienia przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. jest udzielenie pomocy kobiecie ciężarnej w przerwaniu ciąży. Jak wyżej wspomniano, dominuje pogląd, iż znamię czynnościowe „udzielenia pomocy” wypada uznać za tożsame z „ułatwieniem” występującym w art. 18 § 3 k.k. Z językowego punktu widzenia „ułatwiać” oznacza „upraszczać coś, czynić łatwiejszym, dogodniejszym; umożliwić komuś osiągnięcie czegoś, pomagać w dojściu do celu”³¹, natomiast „udzielać” oznacza tyle co „dawać, przekazywać coś, dostarczać, używać czegoś; przyznawać coś”³². Wydaje się, że można uznać oba wyrażenia za synonimiczne³³.

Znamię pomocy w przerwaniu ciąży można odnieść do pomocnictwa (art. 18 § 3 k.k.). W tej formie przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. może być popełnione z zamiarem bezpośrednim lub wynikowym (w tym ostatnim przypadku np. wtedy, gdy sprawca za odpłatą udostępnia kobiecie ciężarnej dane kontaktowe do lekarza, o którym wiadomo, że przeprowadza nielegalne zabiegi aborcyjne i jednocześnie przewiduje, że utwierdzi ją to w powziętym wcześniej zamiarze przerwania ciąży, a także godzi się na to)³⁴.

Wątpliwości budzi kwestia udzielenia pomocy w przerwaniu ciąży przez zaniechanie³⁵. W przypadku pomocnictwa art. 18 § 3 k.k. wprost

przeprowadzenia aborcji, zob. wyrok SN z dnia 3 kwietnia 2006 r., sygn. V KK 316/05, OSNKW 2006, nr 5, poz. 52 i J. Warylewski, Przegląd orzecznictwa z zakresu prawa karnego materialnego za rok 2006, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2007, nr 2, s. 27–28 oraz P. Petasz, Głosa do wyroku SN z dnia 3 kwietnia 2006 r., sygn. V KK 316/05, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2007, nr 1, s. 151–156.

³¹ Słownik, s. 1176.

³² Tamże, s. 1171.

³³ Trudno jednak uzasadnić to względami np. estetyki językowej. Alternatywą dla zdania „udziela kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży” mogłoby być „ułatwia kobiecie ciężarnej przerwanie ciąży”. Jednocześnie niełatwo odnaleźć przypadki udzielenia pomocy jednocześnie niebędące ułatwieniem i odwrotnie.

³⁴ Tak też m.in. A. Zoll, Komentarz do art. 152, teza 29; M. Szwarczyk, Komentarz do art. 152, teza 5; M. Budyn-Kulik, Komentarz do art. 152, teza 6; J. Giezek, Komentarz do art. 152, teza 16; V. Konarska-Wrzošek, Komentarz do art. 152, teza 6. W odniesieniu do pomocnictwa zob. np. P. Kardas, Komentarz do art. 18, teza 187.

³⁵ Za możliwością realizacji znamion art. 152 § 2 k.k. przez zaniechanie opowiada się M. Budyn-Kulik, Komentarz do art. 152, teza 2; przeciwny temu jest L. Tyszkiewicz, Ko-

dopuszcza możliwość realizacji znamion czynu zabronionego przez zaniechanie, gdy na sprawcy ciąży prawny, szczególny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego i jednocześnie swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie popełnienie czynu zabronionego. Pogląd o dopuszczalności popełnienia przestępstwa pomocy do aborcji przez zaniechanie nabiera szczególnego znaczenia jeżeli uznać jego skutkowy charakter. Wówczas zastosowanie znajduje art. 2 k.k., który stanowi, że odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi.

Mimo, że w doktrynie dominuje pogląd o formalnym charakterze art. 152 § 2 k.k. (o czym wspomniano wyżej), należy opowiedzieć się za stanowiskiem, iż jest to typ skutkowy także w przypadku udzielenia pomocy do aborcji. W przypadku pomocnictwa wskazuje się, że skutek polega na zmianie sytuacyjnej, stworzeniu warunków, w których popełnienie czynu zabronionego przez inną osobę jest łatwiejsze niż w wypadku, gdy pomocnik nie realizuje swojego zachowania³⁶. Ta obiektywna zmiana sytuacyjna to zmiana w świecie zewnętrznym oderwana czasowo i miejscowo od samego zachowania sprawcy. W kontekście pomocnictwa wskazuje się, że skutek polega na zmianie sytuacyjnej, stworzeniu warunków, w których popełnienie czynu zabronionego przez inną osobę jest łatwiejsze niż w wypadku, gdy pomocnik nie realizuje swojego zachowania³⁷. Ta obiektywna zmiana sytuacyjna to zmiana w świecie zewnętrznym oderwana czasowo i miejscowo od samego zachowania sprawcy. W przypadku art. 152 § 2 k.k. polega na stworzeniu warunków, w których przerwanie ciąży z naruszeniem ustawy jest łatwiejsze niż w wypadku braku zachowania sprawcy.

Wydaje się, że nie ma teoretycznych przeszkód dla przyjęcia poglądu o dopuszczalności realizacji znamion art. 152 § 2 k.k. w wypadku pomocy przez zaniechanie. Nie wynika to z art. 18 § 3 k.k. – wprawdzie znamię udzielenia pomocy nawiązuje do ułatwienia popełnienia czynu zabronionego, a to ostatnie jest możliwe przez zaniechanie, jednak tego rodzaju argument mógłby spotkać się z zarzutem wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. Przesądzający jest fakt, iż art. 152 § 2 k.k. jest typem skutkowym, więc wprost stosuje się doń art. 2 k.k.³⁸

mentarz do art. 152, teza 8. Podobne problemy istnieją w przypadku art. 151 k.k., zob. J. Kosonoga-Zygmunt, *Namowa*, s. 57–59.

³⁶ P. Kardas, *Komentarz do art. 18, teza 183*.

³⁷ P. Kardas, *Komentarz do art. 18, teza 183*.

³⁸ Z uczynionym powyżej zastrzeżeniem, że trudno wyobrazić sobie nakłanianie przez zaniechanie.

Inną kwestią pozostaje praktyczne zastosowanie powyższych ustaleń. Osobą, na której ciąży prawny szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi (jakim jest obiektywna sytuacja ułatwienia przerwania ciąży) mógłby być w zasadzie tylko ojciec dziecka poczętego. Obowiązek gwaranta w jego przypadku mógłby wynikać z art. 87 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego³⁹, który stanowi, że rodzice i dzieci są obowiązani do wzajemnego szacunku i wspierania się, bądź też z art. 95 § 1 k.r.o., który mówi, że władza rodzicielska obejmuje w szczególności obowiązek i prawo rodziców do wykonywania pieczy nad osobą i majątkiem dziecka oraz do wychowania dziecka, z poszanowaniem jego godności i praw. Czynność sprawcza polegałaby w tym przypadku na nieprzeszkodzeniu kobiecie ciężarnej w realizowaniu zamierzenia o przerwaniu ciąży (co stanowi ułatwienie przeprowadzenia aborcji). Jednocześnie konieczny byłby zamiar sprawcy odniesiony do ułatwienia przerwania ciąży, tj. sprawca musi przewidywać lub wiedzieć, że jego zachowanie ułatwia przerwanie ciąży i przynajmniej na to się godzić.

Sąd Najwyższy przyjął, że możliwa jest odpowiedzialność karna za pomocnictwo do zabójstwa przez zaniechanie (art. 18 § 3 w zw. z art. 148 § 1–3 k.k.), gdy sprawca sprawując pieczę nad dzieckiem (art. 95 k.r.o.) nie przeciwstawia się umyślnemu zamachowi na jego życie, mając taką możliwość⁴⁰. Analogiczna sytuacja zachodzi w powyższym przykładzie. Jeżeli np. kobieta ciężarna powzięła zamiar nielegalnego przerwania ciąży, to jest to zamiar odnoszący się do zachowania stanowiącego zamach na dobro prawne, jakim jest życie dziecka poczętego⁴¹. Gdy gwarant jest tego świadomy i nie próbuje przeszkodzić takiej sytuacji (np. nie próbuje odwieść matki od tej decyzji), to bez wątpienia stanowi to umyślne ułatwienie przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy pod warunkiem, że bez zaniechania gwaranta przeprowadzenie aborcji byłoby trudniejsze niż w przypadku jego przeciwdziałania⁴². Oczywiście, nie jest w tym wypadku konieczne faktyczne dokonanie aborcji.

Powyższe ustalenia mogą wydać się kontrowersyjne. Prowadzą do sytuacji, w której matka nie ponosi odpowiedzialności karnej za przerwa-

³⁹ Dz. U. z 2017 r., Nr 682 (dalej: k.r.o.).

⁴⁰ Postanowienie SN z dnia 17 listopada 2005 r., sygn. II KK 218/05, OSNKW 2006, nr 2, poz. 17. Podobnie wyrok SO w Sieradzu z dnia 17 kwietnia 2014 r., sygn. II K 44/13, LEX nr 1684294; postanowienie SN z dnia 25 listopada 2011 r., sygn. V KK 378/10, OSNKW 2012, nr 3, poz. 25.

⁴¹ A. ZoII, Komentarz do art. 152, tezy 11–12; L. Tyszkiewicz, Komentarz do art. 152, teza 1; wyrok SA w Katowicach z dnia 16 października 2008 r., sygn. II AKa 255/08, LEX nr 477889.

⁴² P. Kardas, Komentarz do art. 18, teza 180.

nie ciąży wbrew przepisom ustawy, natomiast ojciec odpowiada karnie za samo nieprzeszkodzenie w powstaniu sytuacji ułatwiającej dokonanie zabiegu (nie zaś za nieprzeszkodzenie w faktycznym dokonaniu aborcji, ponieważ leży ono poza znamionami art. 152 § 2 k.k.). Pewnym wentylem bezpieczeństwa mógłby być art. 1 § 2 k.k. (brak przestępności czynu w razie znikomego stopnia społecznej szkodliwości) lub ogólna podstawa nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60 § 2 k.k.⁴³ Z uwagi na ustawowe zagrożenie wynikające z przepisu części szczególnej (kara pozbawienia wolności do lat 3), nadzwyczajne złagodzenie polega w tym przypadku na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu środka karnego z art. 39 pkt 2–3, 7 i 8 k.k., środka kompensacyjnego lub przepadku (art. 60 § 7 k.k.); jest on bowiem zagrożony karami z art. 32 pkt 1–3 k.k. (grzywna, ograniczenie wolności, pozbawienie wolności), gdyż stosuje się do niego art. 37a k.k.⁴⁴ Jednocześnie należy zauważyć, że taka wykładnia art. 87 lub 95 § 1 k.r.o. w zestawieniu z przepisami karnymi może zostać uznana za nadmiernie rozszerzającą i dlatego niedopuszczalną, skoro jest ona dokonywana na niekorzyść sprawcy⁴⁵.

Podobnie jak nakłanianie, pomoc w przerwaniu ciąży musi być skierowana na konkretną kobietę ciążarną. Każde zachowanie prowadzące do ułatwienia przerwania ciąży może realizować znamiona art. 152 § 2 k.k. Przykładowe formy pomocy wymienia art. 18 § 3 k.k.: dostarczenie narzędzia (wszelkie środki służące do przerwania ciąży), środka przewozu⁴⁶, udzielenie rady lub informacji.

⁴³ Problematiczne wydaje się tutaj stosowanie art. 19 § 2 k.k., skoro odnosi się on do pomocnictwa, a czyn zabroniony z art. 152 § 2 k.k. nie stanowi pomocnictwa w rozumieniu art. 18 § 3 k.k.

⁴⁴ Na temat charakteru art. 37a k.k. zob. J. Majewski, Komentarz do art. 37a Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016.

⁴⁵ Niemniej w doktrynie występują głosy opowiadające się za zrównaniem człowieka „z istotą w okresie prenatalnym” na gruncie prawa karnego (J. Potulski, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 marca 2009 r., sygn. I KZP 2/09, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2009, nr 4, s. 131–138).

⁴⁶ Nie można podzielić wątpliwości T. Bojarskiego, Komentarz do art. 18, teza 6, który uważa, że samo użyczenie środka przewozu nie realizuje znamion pomocnictwa, bo „Zawsze chodzi bowiem o dostarczenie narzędzia lub środka po to, by ułatwić wykonanie czynu zabronionego. Środek ma służyć realizacji czynu zabronionego, a nie zwykłej wygodzie przestępców”. Art. 18 § 3 k.k. wymaga jedynie ułatwienia popełnienia czynu zabronionego, a to można osiągnąć także poprzez stworzenie sprawcom „zwykłej wygody” (o ile ta wygoda, w zamiarze pomocnika, ma ułatwić dokonanie czynu zabronionego). Podobnie wypada ocena w kontekście art. 152 § 2 k.k., który nie wymaga, by np. pomoc była istotna (o czym poniżej).

Utwierdzenie kobiety ciężarnej we wcześniej powziętym zamiarze przerwania ciąży, należy traktować jako tzw. pomoc psychiczną⁴⁷, a nie nakłanianie; to ostatnie jest bowiem możliwe tylko w sytuacji, gdy adresat czynności sprawcy nie powziął jeszcze zamiaru. W tej sytuacji wymagana (odmiennie niż w przypadku tzw. pomocy fizycznej, a nawet nakłaniania) jest jednakże świadomość kobiety ciężarnej co do tego, iż pomocnik udziela jej pomocy w przerwaniu ciąży⁴⁸.

V. Konarska-Wrzosek, na gruncie problematyki niesprawczych form współdziałania, przyjmuje, że ocena prawna przypadków pomocy psychicznej zależy od świadomości nakłaniającego. Jeśli nie był on świadomy, iż osoba nakłaniana powzięła już zamiar popełnienia czynu zabronionego, to jego zachowanie należy kwalifikować jako usiłowanie nieudolne podżegania. Jeśli był świadomy – jako pomocnictwo psychiczne⁴⁹. Abstrahując od kwestii zasadności tej koncepcji na gruncie art. 18 § 2 i 3 k.k., można przyjąć, że przeniesienie jej na grunt art. 152 § 2 k.k. nie wydaje się pożądane z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, według większościowego stanowiska przedstawicieli doktryny usiłowanie nieudolne charakteryzuje się brakiem zagrożenia dobra prawnego, na które nakierowany był czyn zabroniony⁵⁰. W powyższym przykładzie sprawca swoim przekonywaniem stwarza dla dobra prawnego (życie dziecka poczętego) przynajmniej potencjalne zagrożenie, niezależnie od tego, czy jego zachowanie potraktujemy jako realizację znamion art. 152 § 2 k.k. w formie nakłaniania, czy też w formie pomocy. Po drugie, art. 13 § 2 k.k., wprowadzający karalność usiłowania nieudolnego, wymaga niemożności dokonania czynu zabronionego. W tym przypadku niemożliwe

⁴⁷ Jak stwierdził SA w Łodzi w wyroku z dnia 28 lutego 2012 r., sygn. II AKa 170/11, OSAŁ 2012, nr 4, poz. 39, pomocnictwo psychiczne „polega nie tylko na udzielaniu rad i wskazówek mających ułatwić popełnienie przestępstwa, ale także na takim zachowaniu, które w sposób szczególnie sugestywny manifestuje solidaryzowanie się z zamiarem bezpośrednim sprawcy i może tworzyć atmosferę, w jakiej zamiar bezpośredniego sprawcy kształtuje się, dojrzewa oraz utwierdza. Umacnia sprawę w powziętym już postanowieniu popełnienia przestępstwa”. Podobnie postanowienie SN z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. V KK 101/07, LEX nr 346785; wyrok SA w Lublinie z dnia 28 grudnia 2000 r., sygn. II AKa 250/00, OSA 2001, nr 6, poz. 33.

⁴⁸ P. Kardaś, Komentarz do art. 18, tezy 158, 177–178, 196; L. Tyszkiewicz, Komentarz do art. 18, teza 13; Ł. Pohl, Pomocnictwo, s. 35; M. Kulik, Komentarz do art. 18, teza 29; J. Giezek, Komentarz do art. 18, teza 41; wyrok SN z dnia 26 maja 2000 r., sygn. WA 16/00, LEX nr 532401; odmiennie odnośnie nakłaniania osoby, która już ma zamiar popełnienia czynu wyrok SA w Krakowie z dnia 20 września 2001 r., sygn. II AKa 204/01, KZS 2001, nr 11, poz. 28; wyrok SA w Krakowie z dnia 20 września 2001 r., sygn. II AKa 204/01, KZS 2001, nr 11, poz. 28 i T. Bojarski, Komentarz do art. 18, teza 5.

⁴⁹ V. Konarska-Wrzosek, Komentarz do art. 18, teza 26.

⁵⁰ Tak np. A. Zołł, Komentarz do art. 13, teza 2.

jest dokonanie czynu zabronionego, ale tylko w postaci nakłaniania; wciąż możliwe jest dokonanie w formie pomocy.

W przypadku czynu zabronionego z art. 152 § 2 k.k. jest oczywiste, że może on być popełniony przez nakłanianie tylko wtedy, gdy sprawca działa przed przerwaniem ciąży. Istota nakłaniania leży bowiem w wywołaniu u kobiety ciężarnej decyzji o aborcji. Podobnie należy przyjąć w przypadku pomocy – zasadniczo powinna mieć ona miejsce przed, ewentualnie w trakcie przerwania ciąży i być skierowana do konkretnej osoby (a nie nieoznaczonego kręgu ludzi). Należy także uznać, że znamiona czynu zabronionego może realizować także zachowanie polegające na obietnicy udzielenia pomocy już po przeprowadzeniu aborcji, o ile obietnica miała miejsce przed zabiegiem. Można to potraktować jako przypadek pomocy psychicznej (np. sprawca obiecuje udzielić kobiecie, która wcześniej podjęła decyzję o aborcji, korzyści majątkowej, jeśli aborcja zostanie skutecznie przeprowadzona).

W orzecznictwie za realizację znamienia pomocy z art. 152 § 2 k.k. uznano m.in. przekazanie numeru telefonu lekarza, który może podjąć się przeprowadzenia aborcji (jako sposób dostarczenia rady lub informacji)⁵¹, sprzedaż leków wczesnoporonnych w celu udzielenia pomocy do aborcji⁵², oferowanie pieniędzy na pokrycie kosztów zabiegu i ewentualnej rekonwalescencji oraz zobowiązanie się do znalezienia osoby, która przeprowadzi zabieg⁵³, przekazanie numeru telefonu do ośrodka aborcyjnego poza granicami kraju i zapewnienie możliwości osobistego transportu do tego miejsca⁵⁴, zorganizowanie wyjazdu i sfinansowanie kosztów zabiegu⁵⁵, pożyczanie środków pieniężnych i dostarczenie środka transportu⁵⁶, zawiezenie do gabinetu lekarskiego, uzgodnienie z lekarzem ceny i jej uiszczenie⁵⁷. W wielu przypadkach sprawcy realizowali znamiona przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. w obu jego formach⁵⁸. Jedno-

⁵¹ Wyrok SA w Katowicach z dnia 30 września 2008 r., sygn. II AKa 231/08, LEX nr 477588.

⁵² Wyrok SA w Szczecinie z dnia 14 kwietnia 2016 r., sygn. II AKa 36/16, KZS 2016, nr 7–8, poz. 99.

⁵³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 16 marca 2015 r., sygn. II AKa 33/15, LEX nr 1680078.

⁵⁴ Wyrok SN z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. IV KK 257/14, LEX nr 1941900.

⁵⁵ Wyrok SA w Warszawie z dnia 20 października 2014 r., sygn. II AKa 224/14, LEX nr 1552081.

⁵⁶ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. II AKa 383/13, LEX nr 1416479.

⁵⁷ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 marca 2013 r., sygn. II AKa 26/13, LEX nr 1292870.

⁵⁸ Tak było (pomijając ww. judykaty) np. w przypadku skazanej w sprawie rozpatrywanej przez SA w Lublinie (postanowienie z dnia 31 marca 2010 r., sygn. II AKo 28/10, LEX nr 583694).

cześniej w judykaturze uznano, że uczestnictwo w zabiegu aborcji jako lekarz anestezjolog nie realizuje znamion art. 152 § 2 k.k.⁵⁹

Jako przykłady udzielenia pomocy z art. 152 § 2 k.k. A. Marek wymienia dostarczenie przyrządów i środków chemicznych, udzielenie informacji odnośnie przeprowadzenia aborcji, a także np. sfalszowanie dokumentu stwierdzającego dopuszczalność dokonania przerwania ciąży. Autor ten wykluczył jednak możliwość realizacji znamion pomocy w sytuacji sfinansowania zabiegu oraz organizowania turystyki aborcyjnej do krajów, gdzie warunki dopuszczalności aborcji są mniej restrykcyjne, ponieważ „te ostatnie przykłady idą zbyt daleko; (...) (takie czynności – dop. autora) są wprawdzie ułatwieniami, ale zbyt odległymi, by konstruować odpowiedzialność za pomocnictwo do konkretnego czynu popełnionego «wbrew warunkom ustawy»”⁶⁰. Na przeciwnym stanowisku stoi V. Konarska-Wrzosek, która wskazuje, że „bez pieniędzy nikt nie wykona zabiegu przerwania ciąży, ani w kraju, ani za granicą, i kobiety, które nie mają odpowiednich pieniędzy na przerwanie ciąży, w wielu wypadkach tylko dlatego jej nie przerywają. Również turystyka aborcyjna jest faktem i to na dość dużą skalę, bez której przerwanie ciąży w wielu przypadkach nie byłoby dokonane, z uwagi na ograniczone możliwości wykonania aborcji w kraju”⁶¹.

Należy opowiedzieć się za drugim z wymienionych poglądów, nie tylko z uwagi na fakt, iż w opisanych przypadkach udzielona pomoc jawi się jako istotna (nawiązując do „istotnego wkładu” traktowanego jako kryterium przyjmowania współsprawstwa na gruncie teorii materialno-obiektywnej⁶², można stwierdzić, że owa „istotność” zachodzi wtedy, gdy przerwanie ciąży na tej drodze, na której faktycznie do tego doszło, bez działania sprawcy czynu z art. 152 § 2 k.k., byłoby znacznie utrudnione lub wręcz niemożliwe). Przesądzający jest tutaj argument, iż dla czynu zabronionego z art. 152 § 2 k.k. wcale nie jest konieczne udzielenie „istotnej pomocy”. Art. 152 § 2 k.k. wskazuje jedynie na to, że sprawca ma udzielić „kobiecie ciężarnej pomocy w przerwaniu ciąży”, nie określając wagi tego ułatwienia. Z tego można wysnuć wniosek, że dla realizacji znamion z art. 152 § 2 k.k. wystarcza jakiegokolwiek obiektywne ułatwienie kobiecie ciężarnej przeprowadzenia aborcji⁶³. Ewentualne przypadki

⁵⁹ Wyczerpuje to bowiem znamiona przestępstwa z art. 152 § 1 k.k., zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 27 stycznia 2015 r., sygn. II AKa 480/14, LEX nr 1665169.

⁶⁰ A. Marek, Komentarz do art. 152, teza 5.

⁶¹ V. Konarska-Wrzosek, Komentarz do art. 152, teza 3.

⁶² P. Kardas, Komentarz do art. 18, teza 23.

⁶³ Podobnie SA we Wrocławiu w wyroku z dnia 28 listopada 2013 r.: „Chodzi zatem o takie zachowania, które obiektywnie rzecz biorąc ułatwiają popełnienie czynu zabronionego,

„pomocy nieistotnej” należy rozważać na płaszczyźnie społecznej szkodliwości czynu. W konkretnych wypadkach czyny realizujące znamiona z art. 152 § 2 k.k. mogą nie stanowić przestępstwa z uwagi na ich znikomy stopień społecznej szkodliwości (art. 1 § 2 k.k.)⁶⁴.

Przerwanie ciąży

Zarówno nakłanianie, jak i pomoc udzielona przez sprawcę czynu zabronionego z art. 152 § 2 k.k. mają być odniesione do „przerwania ciąży”. Jak podaje A. Zoll, jest to gwałtowna ingerencja „w rozwijający się naturalny proces rozwoju dziecka, zapoczątkowany jego poczęciem, prowadzący do zabicia dziecka w fazie prenatalnej”⁶⁵. Przy tym obojętny jest sposób, w jaki ma dojść do aborcji. Sprawca realizuje znamiona przestępstwa zarówno wtedy, gdy nakłania bądź pomaga do przerwania ciąży

o czym przesądza określenie ustawowe «ułatwia» (z art. 18 § 3 k.k. – dop. autora), a bez których sprawca mógłby się obyć. Pomocnictwo bowiem nie musi mieć charakteru kauzalnego w stosunku do czynu bezpośredniego sprawcy, w tym znaczeniu, że ma być dlań warunkiem *sine qua non*”. Podobnie wyrok SA w Poznaniu z dnia 22 stycznia 2015 r., sygn. II AKa 258/14, LEX nr 1746353; wyrok SA w Lublinie z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 246/12, LEX nr 1254412; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 września 2012 r., sygn. II AKa 251/12, LEX nr 1238640. W szczególności, nie musi to być pomoc „doprowadzająca” do przerwania ciąży (jak to jest w przypadku przestępstwa namowy lub pomocy do samobójstwa z art. 151 k.k., zob. R. K o k o t, Z problematyki karalnego doprowadzenia do samobójstwa – uwagi na tle ustawowych znamion art. 151 k.k., cz. 1, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2015, nr 35, s. 23).

⁶⁴ Teoretycznie kwestia dokonania przerwania ciąży przez kobietę ciężarną może mieć znaczenie dla stopnia społecznej szkodliwości, jeżeli potraktować to jako okoliczność wpływającą np. na „rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody” (art. 115 § 2 k.k.). W tym kierunku idzie wyrok SA w Szczecinie z dnia 7 marca 2013 r., sygn. II AKa 26/13, LEX nr 1292870, w którym przyjęto, iż znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu jest uzasadniony tym, iż działania sprawcy miały charakter „czysto techniczny” i „w żadnym razie nie rzutowały na decyzję” kobiety ciężarnej o przerwaniu ciąży, bowiem „była niezwykle zdeterminowana w realizacji swojego zamierzenia”, a zatem „nawet gdyby oskarżona nie udzieliła jej pomocy, to i tak poddałaby się zabiegowi aborcji”. Zob. też E. P l e b a n e k, Glosa do wyroku SA w Katowicach z dnia 6 maja 2009 r., sygn. II Aka 394/08, LEX/el. 2010.

⁶⁵ A. Z o l l, Komentarz do art. 152, teza 15. Podobnie M. S z w a r c z y k, Komentarz do art. 152, teza 3 („ingerencja w prawidłowy rozwój płodu ludzkiego skutkujący jego przerwaniem”). Wg. M. B u d y n - K u l i k, Komentarz do art. 152, teza 3, jest to „przedwczesne poronienie, wydalenie płodu”, które może „nastąpić samoistnie, z przyczyn naturalnych” lub „na skutek ingerencji człowieka”. Jako początek ciąży V. K o n a r s k a - W r z o s e k, Komentarz do art. 152, teza 2, wskazuje chwilę zagnieżdżenia się zapłodnionej komórki jajowej w endometrium i w związku z tym za legalne uznaje „zabiegi mające na celu niedopuszczenie do zagnieżdżenia się zapłodnionego jaja w macicy i powstania stanu ciąży”. Odmiennie M. B u d y n - K u l i k, Komentarz do art. 152, teza 3, która za ciążę uznaje stan organizmu kobiety od momentu zapłodnienia do porodu.

ży w sposób mechaniczny, jak i wtedy, gdy nakłania on lub pomaga do aborcji farmakologicznej.

W orzecznictwie wyrażono pogląd, iż „Przerwanie ciąży obumarłej i związane z tym wyłyżeczkowanie jamy macicy kobiety, nie realizuje znamion przestępstwa wynikającego z przepisu art. 152 k.k.”⁶⁶, więc pomoc lub nakłanianie do takiego zachowania także nie realizuje znamion z art. 152 § 2 k.k.

W rozumieniu art. 152 § 2 k.k. ciąża dotyczy dziecka niezdolnego do samodzielnego życia poza organizmem matki. Nakłanianie lub pomoc w przerwaniu ciąży, gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki, może wyczerpywać znamiona czynu zabronionego z art. 152 § 3 k.k. Zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki oznacza, że dziecko po odłączeniu od organizmu matki, będzie miało szansę na przeżycie⁶⁷. Tę okoliczność należy oceniać zawsze *in concreto*, jest to bowiem kwestia indywidualna; w doktrynie istnieje pogląd, iż zdolność ta jest uzyskana najpóźniej w 22. tygodniu ciąży⁶⁸ lub gdy waga dziecka wyniosła 500 gramów⁶⁹.

Naruszenie przepisów ustawy

Ostatnim znamieniem przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. jest udzielenie pomocy lub nakłonienie do przerwania ciąży „z naruszeniem przepisów ustawy”. Stanowi to odesłanie do przepisów ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży. Sam kodeks karny nie reguluje przesłanek dopuszczalności aborcji⁷⁰.

Nie ma wątpliwości, iż zarówno przeprowadzenie zabiegu przerwania ciąży zgodnie z przepisami ustawy, jak i nakłanianie bądź udzielenie pomocy do takiego zabiegu jest czynem, który nie stanowi przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. Zgodnie z art. 4a ust. 1 ustawy przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy:

- ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej (tzw. przesłanka zdrowotna),

⁶⁶ Wyrok SA w Katowicach z dnia 16 października 2008 r., sygn. II AKa 255/08, KZS 2009, nr 1, poz. 88.

⁶⁷ J. G i e z e k, Komentarz do art. 152, teza 13.

⁶⁸ A. Z o l l, Komentarz do art. 152, teza 19.

⁶⁹ M. S z w a r c z y k, Komentarz do art. 152, teza 3.

⁷⁰ Jednocześnie nie mamy tutaj do czynienia z naruszeniem zasady *nullum crimen sine lege*, skoro warunki dopuszczalności są określone w ustawie, a nie istnieje wymóg, by ta ustawa miała charakter ustawy karnej (postanowienie SN z dnia 25 maja 2016 r., sygn. IV KK 156/16, LEX nr 2071606).

- badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu (tzw. przesłanka eugeniczna),
- zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego (tzw. przesłanka kryminalna).

Należy zauważyć, że samo wystąpienie którejs z ww. sytuacji nie wystarczy dla braku karalności czynu. Przede wszystkim przerwania ciąży może dokonać wyłącznie lekarz. Stąd nakłanianie lub pomoc do przerwania ciąży przez osobę niebędącą lekarzem stanowi czyn karalny, nawet jeżeli np. ciąża stanowi zagrożenie dla życia matki.

W przypadku przesłanki nr 1 ustawa nie wprowadza ograniczeń czasowych co do dopuszczalności przerwania ciąży. Oznacza to, że w sytuacji zagrożenia dla życia lub zdrowia matki nakłanianie lub pomoc do przerwania ciąży nie stanowi czynu zabronionego, nawet wtedy, gdy np. dziecko poczęte osiągnęło już zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki⁷¹.

Wobec przesłanki nr 2 art. 4a ust. 2 ustawy aborcja jest dopuszczalna, dopóki dziecko osiągnie zdolność do samodzielnego życia poza organizmem matki (zob. powyżej). W przypadku przesłanki nr 3 przerwanie ciąży jest możliwe, jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni.

W sytuacjach nr 1 i 2 konieczne jest przeprowadzenie zabiegu w szpitalu (art. 4a ust. 3). Wymóg ten nie dotyczy sytuacji, gdy ciąża prawdopodobnie pochodzi z czynu zabronionego, co oznacza, że nie jest występstwem np. nakłanianie do przeprowadzenia aborcji przez lekarza w miejscu innym niż szpital, gdy ciąża powstała np. w wyniku zgwałcenia (art. 197 k.k.)⁷².

Jeżeli przesłanką aborcji jest zagrożenie życia lub zdrowia kobiety ciężarnej albo tzw. przesłanka eugeniczna, to wystąpienie tych okoliczności stwierdza inny lekarz niż przeprowadzający zabieg, chyba że ciąża zagraża bezpośrednio życiu kobiety. Natomiast przesłankę nr 3 stwierdza prokurator (art. 4a ust. 5 ustawy).

⁷¹ A. ZoII, Komentarz do art. 152, teza 18 wskazuje jednak, że wówczas zabieg powinien zmierzać nie tylko do ratowania życia lub zdrowia matki, ale także do uratowania życia dziecka. Jeżeli przesłanką dopuszczalności aborcji jest natomiast zagrożenie zdrowia matki, to powinno być to zagrożenie w stopniu poważnym.

⁷² Czyny zabronione, o które chodzi w art. 4a ust. 1 pkt 3 ustawy wymienia A. ZoII, Komentarz do art. 152, teza 20: art. 197 § 1 lub 3 albo 4, art. 198, 199, 200 i 201 k.k.

Art. 4a ust. 4 ustawy wprowadza dodatkowo wymóg pisemnej zgody kobiety na przeprowadzenie aborcji. Powstaje pytanie, czy do realizacji znamion art. 152 § 2 k.k. dochodzi w sytuacji, gdy sprawca np. pomaga kobiecie ciężarnej w przerwaniu ciąży (np. zawozi ją do szpitala) i jednocześnie zaszła któraś z przesłanek z art. 4a ust. 1, zaś kobieta wyraziła zgodę na dokonanie aborcji, ale nie uczyniła tego w wymaganej prawem formie. Wydaje się, że należy tu udzielić odpowiedzi negatywnej i stwierdzić, że nie doszło do udzielenia pomocy do przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy. Na przeszkodzie dla uznania zgody za wiążącą (pomimo niedochowania wymogu formy) nie stoją nawet regulacje cywilnoprawne⁷³, tym bardziej, że dla ważności zgody nie jest wymagana zdolność do czynności prawnych⁷⁴. Wymóg formy jest zastrzeżony dla celów dowodowych (ma to być potwierdzenie wyrażenia zgody; posiada więc znaczenie przede wszystkim procesowe), a zatem jego niedochowanie zobowiązuje lekarza do wykazania, iż pacjent faktycznie wyraził zgodę; nie wprowadza natomiast jego odpowiedzialności karnej za przestępstwo wykonania zabiegu lekarskiego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.). Podobnie wypada ocena w zestawieniu z przestępstwami aborcyjnymi (art. 152–154 k.k.); niedochowanie wymogu formy ani nie oznacza, że pacjentka nie wyraziła zgody (co by prowadziło do odpowiedzialności z art. 153 § 1 lub 2 k.k.), ani też samo w sobie (pomimo językowego brzmienia art. 152 § 2 k.k.) nie prowadzi do odpowiedzialności z art. 152 § 1 lub 3 k.k. (należy przy tym pamiętać, że wątpliwości nie można rozstrzygać na niekorzyść sprawcy). Toteż nakłanianie lub udzielenie pomocy kobiecie ciężarnej do przerwania ciąży nieopowiedzonej wyrażeniem pisemnej zgody nie stanowi przestępstwa z art. 152 § 2 k.k.⁷⁵ Przy tym można za-

⁷³ Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 2006 r., sygn. I CSK 191/05, OSNC 2007, nr 1, poz. 18; wyrok SA w Lublinie z dnia 27 lutego 1991 r., sygn. I ACr 16/91, OSA 1991, nr 2, poz. 5.

⁷⁴ S. Rutkowski, Zgoda na zabieg leczniczy w ujęciu art. 192 k.k., *Prokuratura i Prawo* 2000, nr 2, s. 20; A. Zoll, Komentarz do art. 192 Kodeksu karnego, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Warszawa 2013, tezy 11–12.

⁷⁵ Podobnie odnośnie znaczenia zgody pisemnej na wykonanie zabiegu lekarskiego w świetle art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry (Dz. U. z 2017 r., Nr 125 ze zm.): A. Dudzińska, Zgoda na działanie medyczne, *Państwo i Prawo* 2009, nr 11, s. 69–79; J. Ignaczewski, Komentarz do spraw o wyrażenie zgody na świadczenie zdrowotne, (w:) H. Ciepla, J. Ignaczewski, J. Skibińska-Adamowicz, *Komentarz do spraw rodzinnych*, Warszawa 2014; A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016, s. 154–160; M. Malczewska, Komentarz do art. 34 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, (w:) *Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry. Komentarz*, LEX, 2014, teza 4 oraz postanowienie SN z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. III KK 14/15, KZS 2015, nr 6, poz. 12. Odmienne: R. Kędziora, *Odpowiedzialność karna lekarza w związku z wykonywa-*

uważyć, że trudności dowodowe wynikające z art. 74 Kodeksu cywilnego⁷⁶ nie obowiązują w postępowaniu karnym⁷⁷.

Ponadto art. 4a ust. 4 ustawy wprowadza kilka innych wymogów:

- w przypadku małoletniej lub kobiety ubezwłasnowolnionej całkowicie wymagana jest pisemna zgoda jej przedstawiciela ustawowego;
- w przypadku małoletniej powyżej 13 roku życia wymagana jest również jej pisemna zgoda;
- w przypadku małoletniej poniżej 13 roku życia wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego, a małoletnia ma prawo do wyrażenia własnej opinii;
- w przypadku kobiety ubezwłasnowolnionej całkowicie wymagana jest jej pisemna zgoda, chyba że na wyrażenie zgody nie pozwala stan jej zdrowia psychicznego;
- w razie braku zgody przedstawiciela ustawowego, do przerwania ciąży wymagana jest zgoda sądu opiekuńczego;
- także i w tych przypadkach niedochowanie wymogu formy pisemnej nie prowadzi do odpowiedzialności karnej.

Terytorialny zakres zastosowania

Do rozważenia pozostaje jeszcze kwestia wpływu miejsca podjęcia zachowania sprawcy i miejsca wykonania planowanego zabiegu aborcji na odpowiedzialność karną. Jest to związane z wyżej sygnalizowanym problemem tzw. turystyki aborcyjnej, która polega na opuszczaniu terytorium Polski i wyjeżdżaniu do krajów o łagodniejszych przepisach antyaborcyjnych w celu przeprowadzenia tam zabiegu przerwania ciąży.

Art. 5 k.k. stanowi, że ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zgodnie z art. 6 § 2 k.k. czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić.

Nietrudno zauważyć, że w przypadku formalnych typów czynów zabronionych odpowiedzialność karna na podstawie polskiej ustawy karnej możliwa jest wtedy, gdy sprawca działał lub zaniechał działania, do któ-

niem czynności medycznych, Warszawa 2009, s. 88–91; M. Filar, *Lekarskie prawo karne*, Zakamycze 2000, s. 274–275.

⁷⁶ Dz. U. z 2017 r., Nr 459.

⁷⁷ T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008, s. 83–87.

rego był obowiązany, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Nakłanianie jest możliwe tylko przez działanie, natomiast udzielenie pomocy także przez zaniechanie. Jeśli więc przyjmie się pogląd o formalnym charakterze podżegania, a tym samym nakłaniania do aborcji (art. 152 § 2 k.k.), a także formalnym charakterze pomocnictwa, czyli także udzielenia pomocy do aborcji (art. 152 § 2 k.k.), to dla odpowiedzialności karnej na podstawie polskiej ustawy karnej konieczne będzie działanie (w przypadku nakłaniania) albo działanie lub zaniechanie sprawcy (w przypadku pomocy) na terytorium Polski. W przeciwnym wypadku należy odwoływać się do przepisów rozdziału XIII k.k., a wtedy dla odpowiedzialności karnej za przestępstwa popełnione za granicą zwykle konieczne jest spełnienie wymogu podwójnej karalności (art. 111 § 1 k.k.). Tymczasem, „atrakcyjność” krajów, do których wyjeżdżają klienci klinik aborcyjnych, polega na tym, iż zabiegi aborcyjne są tam legalne.

Odmienne sytuacja przedstawia się, jeśli uznamy podżeganie (nakłanianie do przerwania ciąży) i pomocnictwo (udzielenie pomocy do przerwania ciąży) za skutkowe. Wówczas dla odpowiedzialności wystarczy spełnienie choćby jednego z poniższych warunków:

- sprawca działał (tj. nakłaniał lub udzielał pomocy do przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy) na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- skutek stanowiący znamię czynu zabronionego (wzbudzenie u nakłanianej kobiety zamiaru przerwania ciąży wbrew przepisom ustawy albo udzielenie jej do tego pomocy) nastąpił na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- skutek stanowiący znamię czynu zabronionego według zamiaru sprawcy miał nastąpić na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

W przypadku udzielenia pomocy przez zaniechanie wystarczy, że miejscem zaniechania działania, do którego sprawca był prawnie zobowiązany, jest terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Należy zauważyć, że w przypadku przyjęcia drugiego stanowiska, dla ścigania sprawcy przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. wystarczy, że wbrew przepisom polskiej ustawy nakłaniał (udzielał pomocy) do aborcji kobietę znajdującą się na terytorium Polski, niezależnie od ostatecznego rezultatu tego zachowania (także w przypadku nieskutecznego nakłaniania lub pomocy), bowiem skutek miał według jego zamiaru nastąpić w Polsce.

Można wyróżnić generalnie cztery typy sytuacji:

- sprawca, przebywając w Polsce, nakłania lub pomaga kobiecie w przeprowadzeniu aborcji wbrew przepisom ustawy, co ma dokonać się w Polsce,

- sprawca, przebywając w Polsce, nakłania lub pomaga kobiecie w przeprowadzeniu aborcji wbrew przepisom ustawy, co ma dokonać się za granicą⁷⁸,
- sprawca nakłania lub pomaga kobiecie, przebywającej w Polsce, w przeprowadzeniu aborcji (co ma dokonać się w Polsce) wbrew przepisom ustawy i jednocześnie sam przebywa za granicą,
- sprawca nakłania lub pomaga kobiecie, przebywającej w Polsce, w przeprowadzeniu aborcji (co ma dokonać się za granicą) wbrew przepisom ustawy i jednocześnie sam przebywa za granicą.

W tym miejscu warto przypomnieć wcześniejsze ustalenia odnośnie charakteru przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. Jest to przestępstwo skutkowe w obu odmianach. W przypadku nakłaniania skutkiem jest wywołanie u kobiety ciężarnej decyzji odnoszącej się do przerwania ciąży. W przypadku udzielenia jej pomocy skutkiem jest natomiast stan obiektywnego ułatwienia dokonania aborcji. W obu sytuacjach samo przerwanie ciąży leży poza znamionami czynu zabronionego.

Dla miejscowego zakresu zastosowania polskiej ustawy karnej podstawowe znaczenie ma zasada terytorialności (art. 5 k.k.), zgodnie z którą ustawę stosuje się przede wszystkim do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Dla określenia miejsca popełnienia przestępstwa decydujące znaczenie ma art. 6 § 2 k.k.

Nie budzi wątpliwości, że w sytuacjach nr 1 i 2 sprawca nakłaniania bądź pomocy do aborcji niezgodnie z przepisami ustawy, może odpowiadać na podstawie polskiej ustawy karnej, ze względu na to, że skoro działa (lub zaniechał – w przypadku pomocy) na terytorium Polski, to miejscem popełnienia czynu zabronionego jest Polska. Znajduje tu zastosowanie zasada terytorialności. Będzie tak niezależnie od tego, czy doszło do wystąpienia skutku z art. 152 § 2 k.k. (jeśli on wystąpił, to wtedy miejscem wystąpienia skutku także jest Polska; jeśli nie wystąpił – wówczas miejsce przebywania kobiety ciężarnej jest miejscem, gdzie skutek według zamiaru sprawcy miał wystąpić).

W sytuacjach nr 3 i 4 także możliwe jest pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności na podstawie art. 152 § 2 k.k. Wprawdzie w obu przypadkach miejscem zachowania sprawcy nie jest Polska, ale za każdym razem miejscem wystąpienia skutku (nakłonienia bądź obiektywnego ułatwienia) bądź też miejscem, w którym skutek według zamiaru sprawcy

⁷⁸ Tak np. w stanie faktycznym rozpatrywanym w wyroku SA w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r., sygn. II AKa 37/14, KZS 2014, nr 5, poz. 62.

miał wystąpić, jest terytorium Polski. To wystarczająca przesłanka dla stosowania polskiej ustawy karnej.

Można za tym przywołać także dodatkowy argument, który nawiązuje do kwestii powołanej przez J. Kędzierskiego⁷⁹. Autor ten uznaje, iż *ratio legis* art. 109–111 k.k. (dotyczących odpowiedzialności za przestępstwa popełnione za granicą) jest „wymuszenie posłuchu do przestrzegania przez obywatela polskiego porządku prawnego także podczas pobytu za granicą, by szacunek do polskiego prawa mieli nie tylko ci polscy obywatele, którzy przebywają na jego terytorium”. Tym bardziej można to odnieść do sytuacji, gdy sprawcy (niezależnie od ich obywatelstwa) działający za granicą osiągają lub próbują osiągnąć na terytorium Polski pewne rezultaty, które nie są pożądane z punktu widzenia polskiego porządku prawnego (również od cudzoziemców należy wymagać respektowania polskich regulacji prawnych w miejscu ich obowiązywania). Zatem ściganie ich z art. 152 § 2 k.k. w oparciu o art. 5 w zw. z art. 6 § 2 k.k. nie powinno budzić wątpliwości, tym bardziej, że ma to również uzasadnienie funkcjonalne.

Jeżeli nie można na podstawie art. 6 § 2 k.k. stwierdzić, że przestępstwo zostało popełnione na polskim terytorium, w grę wchodzi zastosowanie zasady personalności (odpowiedzialność polskiego obywatela za przestępstwo popełnione za granicą – art. 109 k.k.), zasady ochronnej względnej lub zasady odpowiedzialności zastępczej (odpowiedzialność cudzoziemca za przestępstwo popełnione za granicą – art. 110 § 1 lub 2 k.k.). Koniecznym do spełnienia warunkiem jest jednak wtedy przestępczość tego czynu również w miejscu jego popełnienia (tzw. zasada podwójnej karalności, art. 111 § 1 k.k.).

Wydaje się, że można sobie wyobrazić zastosowanie polskiej ustawy karnej do obywatela polskiego, który popełnił przestępstwo za granicą na zasadzie personalności (niezależnie od tego, czy jego zachowanie dotyczyło kobiety ciężarnej przebywającej w Polsce lub za granicą). Podobnie można ocenić kwestię stosowania zasady odpowiedzialności zastępczej (dotyczy ona przestępstw zagrożonych karą przekraczającą 2 lata pozbawienia wolności, natomiast przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. jest zagrożone karą do 3 lat pozbawienia wolności), o ile sprawca przebywa w Polsce i nie postanowiono go wydać.

Trudno natomiast przyjąć możliwość stosowania w tym przypadku zasady ochronnej względnej. Wydaje się, że jedyną podstawą stosowania art. 110 § 1 k.k. mógłby być czyn zabroniony skierowany przeciwko inte-

⁷⁹ J. Kędzierski, Glosa, s. 161–62. Podobnie SN w postanowieniu 7 sędziów z dnia 20 listopada 1991 r., sygn. I KZP 29/91, LEX nr 46049.

resom obywatela polskiego. Problem leży w tym, że polskie obywatelstwo nabywa się z mocy prawa poprzez urodzenie (art. 18 ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o obywatelstwie polskim⁸⁰), więc dziecko poczęte nie może być traktowane jako polski obywatel⁸¹. Tym samym art. 110 § 1 k.k. nie może znaleźć tu zastosowania.

Z powyższego można wysnuć następujące wnioski. Obywatel polski może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. popełnione za granicą na zasadach z art. 109 w zw. z art. 111 § 1 k.k. Natomiast cudzoziemiec za to przestępstwo popełnione za granicą tylko wtedy, gdy przebywa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i nie postanowiono go wydać (art. 110 § 2 w zw. z art. 111 § 1 k.k.; czyn ten nie musi być skierowany np. przeciwko interesom polskiego obywatela, jest to bowiem czyn zabroniony inny niż wymieniony w art. 110 § 1 k.k.).

Polską jurysdykcję karną może też rozszerzać zasada ochronna bezwzględna (art. 112 k.k.), w szczególności art. 112 pkt 5 k.k., który stanowi, że polską ustawę karną stosuje się do sprawcy w razie popełnienia przestępstwa, z którego została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Ciężko jednak wyobrazić sobie zastosowanie tego przepisu względem przestępstwa nakłaniania lub pomocy do aborcji wbrew przepisom ustawy. Uzyskanie korzyści majątkowej przez podżegacza lub pomocnika na ogół nie będzie miało znaczenia, ponieważ wystarczające okaże się zastosowanie art. 5 k.k.

⁸⁰ Dz. U. z 2012 r., Nr 161 ze zm.

⁸¹ Jest również jasne, że art. 152 § 2 k.k. nie jest skierowany przeciwko interesom kobiety ciężarnej (jako polskiej obywatelki), skoro do przerwania ciąży dochodzi za jej zgodą (tym samym nie zostaje naruszone bądź zagrożone jej dobro prawne, zob. postanowienie SN z dnia 26 marca 2009 r., sygn. I KZP 2/09, OSNKW 2009, nr 5, poz. 37). Przedmiotem ochrony w przypadku art. 152 § 2 k.k. jest życie dziecka poczętego (tak np. A. Z o l l, Komentarz do art. 152, teza 11; M. K o r n a k, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 marca 2009 r., sygn. I KZP 2/09, LEX/el. 2009; E. P l e b a n e k, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 16 października 2008 r., sygn. II AKa 255/08, LEX/el. 2011). Odmienne J. P o t u l s k i, Glosa do postanowienia SN z dnia 26 marca 2009 r., sygn. I KZP 2/09, Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa 2009, nr 4, s. 131–138, który uznaje, że „nawet zgoda kobiety na przerwanie ciąży nie wyklucza faktu uznania ją za pokrzywdzoną”, bowiem „W art. 152 k.k. poza życiem dziecka poczętego chronione jest również (oczywiście – nieco poza zainteresowaną) prawo kobiety do prawidłowego rozwoju ciąży i bardzo pośrednio – bezpiecznego jej zakończenia”. Powstaje pytanie, czy kobieta domagająca się przedwczesnego przerwania jej ciąży, sama nie wyzbywa się prawa do macierzyństwa i prawa do prawidłowego rozwoju ciąży? Jako dysponentka swoich dóbr prawnych wyraża zgodę na ich naruszenie, co oznacza, że jej interesy nie zostają naruszone (podobnie jak np. w przypadku właściciela rzeczy ruchomej, który zgadza się na jej zniszczenie przez inną osobę). Dobra prawne kobiety ciężarnej są chronione w art. 153 i 154 k.k.

Powyższe ustalenia prowadzą do nakreślenia bardzo szerokiego miejscowego zakresu zastosowania polskiego kodeksu karnego. Umożliwia to np. pociągnięcie do odpowiedzialności karnej obywatela Słowacji (przebywającego na Słowacji), który telefonicznie udziela polskiej kobiecie ciężarnej informacji na temat słowackiej kliniki aborcyjnej (czym obiektywnie ułatwia jej przeprowadzenie zabiegu aborcyjnego). Pewne ograniczenie stanowią tutaj znamiona podmiotowe. Brak świadomości sprawcy co do np. niewystąpienia przesłanek dopuszczalności aborcji należy rozpatrywać w kontekście art. 28 § 1 k.k., który z uwagi na umyślny charakter przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. (art. 8 w zw. z art. 7 § 2 i 3 k.k.), wyłącza odpowiedzialność karną. Jednocześnie można zauważyć, że w przypadku osób oferujących zagraniczne usługi aborcyjne dla kobiet pochodzących z krajów o bardziej restrykcyjnym ustawodawstwie aborcyjnym, taka świadomość niekiedy występuje.

Nie można więc zgodzić się ze stanowiskiem SA w Krakowie⁸², iż „Desygnałem «przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy» z art. 152 § 2 k.k. może być tylko takie «przerwanie ciąży», które podlega regulacjom prawa polskiego. Pojęcie to nie obejmuje zabiegów przerwania ciąży, które wykonywane są poza granicami Polski, bowiem polska ustawa nie reguluje zasad przerywania ciąży za granicą, nie można więc tam ustawy «naruszyć». Stosuje się to także do pomocy oraz nakłaniania do przerwania ciąży dokonanych w Polsce, gdy sam zabieg jest lub ma być dokonany poza granicami Polski. niesprawiedliwe byłoby bowiem karanie za pomoc bądź nakłanianie do zachowań zgodnych z prawem”. Ten pogląd pozostaje w głębokiej sprzeczności zarówno z art. 152 § 2 k.k., jak i z regulacją odnoszącą się do miejscowego zakresu zastosowania polskiej ustawy karnej. Dla przestępności czynu, który może wypełniać znamiona z art. 152 § 2 k.k., nie ma znaczenia, czy stanowi on nakłanianie lub pomoc do przerwania ciąży, które podlega bądź nie podlega regulacjom prawa polskiego. Jednocześnie można zauważyć, że jest to zachęta do (wydawałoby się) legalnego „obchodzenia” polskich przepisów antyaborcyjnych, czego organy państwowe (niezależnie od moralnych bądź światopoglądowych pobudek) nie powinny czynić.

Jest jasne, że można naruszyć polską ustawę w razie popełnienia czynu na terytorium RP (czyli także w tych niektórych sytuacjach, gdy sprawca *de facto* znajduje się poza granicami RP). Problem może się pojawić,

⁸² Wyrok SA w Krakowie z dnia 22 kwietnia 2014 r., sygn. II AKa 37/14, KZS 2014, nr 5, poz. 62. Odmiennie m.in. wyrok SA w Warszawie z dnia 21 grudnia 2015 r., sygn. II AKa 401/15, LEX nr 2004473; wyrok SN z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. IV KK 257/14, LEX nr 1941900.

gdy sprawca popełnia swój czyn poza granicami RP, ponieważ niemożliwe wydaje się naruszenie przepisów ustawy polskiej antyaborcyjnej poza terytorium Polski⁸³. Jednocześnie zasady prawa karnego międzynarodowego przyjmują jako możliwe naruszenie przepisów polskich ustaw karnych, a przecież „naruszenie przepisów ustawy” o planowaniu rodziny z mocy postanowień art. 152 jest znamieniem czynu karalnego, zatem traktujemy ją w tym zakresie jako polską ustawę karną. Gdyby przyjąć inaczej (że „naruszenie przepisów ustawy” odnosi się do ustawodawstwa obowiązującego w miejscu popełnienia czynu), to musielibyśmy się pogodzić z tym, że znamiona art. 152 § 2 kształtują się odmiennie w zależności od tego, czy sprawca działa w Niemczech, Holandii, na Malcie itd.

Podsumowanie

Wnioski wypływające z powyższych rozważań są następujące:

- 1) Sprawcą przestępstwa z art. 152 § 2 k.k. może być każdy poza samą kobietą ciężarną.
- 2) Ww. przestępstwo stanowi przykład podżegania i pomocnictwa *sui generis*; nie stosuje się tutaj wprost art. 18 § 2 i 3 k.k., natomiast identyczna jest charakterystyka znamion czasownikowych (z zastrzeżeniem, iż nakłanianie z użyciem np. groźby bądź podstępu nie jest objęte zakresem zastosowania art. 152 § 2 k.k.), więc jest to przestępstwo skutkowe w obu jego formach.
- 3) Znamieniem tego czynu zabronionego jest umyślność w formie zamiaru bezpośredniego lub zamiaru wynikowego, zarówno w przypadku nakłaniania jak i udzielenia pomocy.
- 4) Faktyczne przerwanie ciąży leży poza znamionami art. 152 § 2 k.k. i nie jest konieczne dla dokonania przestępstwa.
- 5) W przypadku ojca dziecka poczętego, który nie przeciwstawia się działaniom kobiety ciężarnej zmierzającym do przerywania ciąży, nie jest wykluczona odpowiedzialność za przestępstwo z art. 152 § 2 k.k. popełnione przez zaniechanie.
- 6) Dla realizacji znamienia „udzielenia pomocy do przerywania ciąży” nie ma znaczenia, w jakim stopniu ta pomoc przyczyniła się do przerywa-

⁸³ Podobny problem był rozważany przez SN w uchwale 7 sędziów z dnia 28 stycznia 2016 r., sygn. I KZP 15/15, OSNKW 2016, nr 3, poz. 18; zob. też J. Duda, Glosa do uchwały SN z dnia 28 stycznia 2016 r., sygn. I KZP 15/15, OSP 2016, nr 10, poz. 99; T. Bojarski, Glosa do uchwały SN z dnia 28 stycznia 2016 r., sygn. I KZP15/15, OSP 2016, nr 10, poz. 99; A. Barczak-Oplustil, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów apelacyjnych, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2004, nr 2, s. 217–221.

nia ciąży. Może to odgrywać rolę w ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sprawcy udzielenia pomocy.

- 7) Wypełnienie przez zachowanie sprawcy znamienia „naruszenia przepisów ustawy” należy oceniać w świetle ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, pamiętając jednak, że niedochowanie wymogu formy pisemnej odnoszącego się zgody kobiety na dokonanie aborcji samo w sobie nie wystarcza do przyjęcia realizacji tego znamienia.
- 8) *De lege lata* art. 152 § 2 k.k. może stanowić podstawę odpowiedzialności karnej sprawcy, który nakłania lub udziela pomocy do przerwania ciąży z naruszeniem przepisów ustawy, również w sytuacji, gdy do aborcji ma dojść poza granicami państwa polskiego, a także wtedy, gdy sam sprawca podejmuje swoje starania nie przebywając na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Oznacza to, że w świetle polskiej ustawy karnej karalne (i zobowiązujące organy państwowe do ścigania) jest np. udzielenie przez pracownika niemieckiej kliniki aborcyjnej (drogą telefoniczną lub internetową) konkretnej kobiecie ciężarnej przebywającej w Polsce informacji na temat tej kliniki (co ułatwia jej przeprowadzenie aborcji wbrew przepisom ustawy).
- 9) Nie można także z góry wykluczyć ścigania osoby, która wypełnia znamiona art. 152 § 2 k.k. w całości za granicą, na podstawie zasady personalności (w przypadku obywatela polskiego; art. 109 k.k.) lub zasady odpowiedzialności zastępczej (w przypadku cudzoziemca; art. 110 § 2 k.k.). Konieczne jest wtedy jednak spełnienie zasady podwójnej karalności (art. 111 § 1 k.k.).

Pole penalizacji jest zakreślone bardzo szeroko z co najmniej dwóch powodów.

Po pierwsze, znamiona czasownikowe omawianego typu czynu zabronionego są pojęciami pojemnymi. Wyczerpujące wymienienie sposobów, za pomocą których można dopuścić się nakłaniania lub udzielenia pomocy, jest praktycznie niemożliwe. To zaś oznacza, że objęta ściganiem może być ogromna gama zachowań skłaniających kobietę ciężarną do dokonania aborcji wbrew przepisom ustawy bądź też ułatwiających jej przeprowadzenie tego.

Po drugie, obecne zasady prawa karnego międzynarodowego pozwalają na znaczne rozszerzenie polskiej jurysdykcji karnej poza granice Rzeczypospolitej Polskiej. Tym samym z perspektywy polskiego ustawodawstwa, prawnokarnie relewantne (niezależnie od stosowania przepisów rozdziału XIII k.k.) stają się zachowania osób, które np. zawodowo

zajmują się przeprowadzaniem zabiegów aborcyjnych, a których działalność (w krajach, w których jest prowadzona) jest uznawana za legalną.

Przerywanie ciąży wbrew przepisom polskiej ustawy nie jest zjawiskiem rzadkim. Często wymaga to także współdziałania ze strony innych osób, które (podjęte w określonych okolicznościach) staje się obiektem zainteresowania ze strony prawa karnego. Jakkolwiek jest to niezgodne z polskim porządkiem prawnym, ustawodawca nie powinien poprzestać na próbach rozwiązywania tego problemu jedynie za pomocą instrumentów prawnokarnych. Sam akt aborcji często jest osobistym dramatem nie tylko samej kobiety ciężarnej, ale również osób w tym współuczestniczących (i jednocześnie mogących zostać uznanymi za sprawców przestępstwa z art. 152 § 2 k.k.). Należy pamiętać, że prawo karne jest instrumentem *ultima ratio*. Być może lepszym środkiem, który ograniczy (trudno bowiem liczyć na całkowite zniwelowanie tego zjawiska bez wprowadzenia tzw. aborcji na żądanie) liczbę przypadków (także zagranicznych) aborcji dokonanej niezgodnie z przepisami polskiego ustawodawstwa aborcyjnego, są instrumenty polityki społecznej.

Soliciting, abetting or aiding an abortion in violation of law

Abstract

This paper examines the criteria of the act prohibited under Article 152, § 2 of the Penal Code. The act is seen as an example of an offence of instigating, abetting or aiding sui generis. The act is not, however, identical to any form of secondary participation (Penal Code, Article 18, §§ 2 and 3). The criteria of the act do not include conduct of a pregnant woman at whom a perpetrator's act is targeted. Therefore, the fact and place of an abortion, and provisions allowing for abortion in the place where such abortion has been performed are irrelevant for the punishable act to be realised.

Blanka Julita Stefańska

Zawieszenie wykonywania reszty kary więzienia i udzielenie wolności warunkowej w prawie karnym Hiszpanii

Streszczenie

W hiszpańskim prawie karnym odpowiednikiem polskiego warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności jest zawieszenie wykonania reszty kary więzienia i udzielenie wolności warunkowej. Wolność warunkowa jest sposobem zawieszenia wykonania kary więzienia pozostałej do odbycia i polega na przebywaniu skazanego na wolności po zawieszeniu wykonania pozostałej do odbycia kary więzienia. Jest ona ograniczona, gdyż sędzia nadzoru penitencjarnego, jeżeli uzna to za konieczne, w celu zapobieżenia popełnienia przez skazanego przestępstwa, może nałożyć na niego określone obowiązki i zakazy, np. zakaz zmiany miejsca pobytu bez zgody sądu, uczestniczenie w różnego rodzaju programach reedukacyjnych, informowania o przebiegu próby. Ma ona charakter warunkowy, bowiem jest uzależniona od niepopelnienia przestępstwa i stosowania się do zasad postępowania nałożonych przez sędziego nadzoru penitencjarnego.

I. Wprowadzenie

Odpowiednikiem polskiego warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności w hiszpańskim prawie karnym jest zawieszenie wykonania reszty kary więzienia i udzielenie wolności warunkowej. Jest ona uregulowana w art. 90–92 hiszpańskiego kodeksu karnego z 1995 r.¹, które są umieszczone w dziale III pt. „O wolności warunkowej”, rozdziału III zatytułowanego „O formach zastępujących wykonanie kary pozbawienia wolności i o wolności warunkowej”, księgi I: „Ogólne dyspozycje o przestępstwach, osobach odpowiedzialnych, karach, środ-

¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. núm. 281 de 24 de noviembre de 1995), zwany dalej h.k.k.

kach zabezpieczających oraz innych konsekwencjach karnych”. Instytucja ta jest w skrócie określana mianem wolności warunkowej².

II. Istota wolności warunkowej

Wolność warunkowa przed zmianą kodeksu karnego ustawą 1/2015 z 30 marca 2015 r. była szczególną formą odbywania kary więzienia, środkiem, który wpływał na indywidualizację oddziaływania kary na skazanego, instrumentem służącym do zagwarantowania porządku prawnego i resocjalizacji skazanego. W doktrynie była postrzegana jako ostatni etap odbywania kary więzienia i oznaczała przygotowanie skazanego do życia na wolności, który po odbyciu części kary odzyskiwał wolność, jednak był poddany dodatkowej kontroli do czasu zakończenia kary w całości³.

Nowela z 30 marca 2015 r. zmieniła jej charakter⁴ i stała się sposobem zawieszenia wykonania kary więzienia pozostałej do odbycia. Oznacza to, że wolność warunkowa jest zależna od pozytywnej prognozy resocjalizacyjnej. W literaturze wskazuje się, że ustawodawca, nadając wolności warunkowej charakter zawieszenia, doprowadził do jej wynaturzenia, gdyż warunkowe zawieszenie dotyczy wykonania kary i polega na nieumieszczeniu skazanego w zakładzie karnym, a tymczasem w wypadku wolności warunkowej zawieszona jest wykonanie kary po odbyciu jej części w zakładzie karnym. Tym samym tej ostatniej części kary nadano ten sam charakter prawny, co warunkowemu zawieszeniu wykonania kary⁵.

Nietrafnie wolność warunkową nadal uznaje się w literaturze za ostatni etap wykonywania kary więzienia, zwany „czwartą kategorią”⁶. Ustawa 1/1979 z dnia 26 września 1979 r. – ogólna penitencjarna⁷ uznaje wolność warunkową za ostatni etap oddziaływania na skazanego i przejaw indywidualizacji kary (art. 72). Nowela utrzymała nazwę III rozdziału

² M. Cobo del Rosal, T. S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia 1999, s. 944.

³ M. Cobo del Rosal, T. S. Vives Antón, *Derecho Penal...*, s. 859.

⁴ S. Vivó Cabo, *La libertad condicional tras la Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de marzo, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11053-la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-1-2015-de-30-de-marzo/> (data pobrania: 11 października 2017 r.).

⁵ C. Guisasola Lerma, *Libertad Condicional*, (w:) G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal*, Madryt 2015, s. 382.

⁶ S. Vivó Cabo, *La libertad condicional tras la Ley Orgánica 1/2015*, de 30 de marzo, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11053-la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-1-2015-de-30-de-marzo/> (data pobrania: 11 października 2017 r.).

⁷ *Ley Orgánica 1/1979*, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria* (B.O.E. núm. 239, de 5 de octubre de 1979).

h.k.k. „O formach zastępujących wykonanie kary pozbawienia wolności i o wolności warunkowej”. Sugeruje ona, że przewidziane są w tym rozdziale unormowania z jednej strony form zastąpienia wykonania kary, a z drugiej strony – wolności warunkowej. I tak, dział 3 tego rozdziału *expressis verbis* reguluje wolność warunkową, bowiem instytucja ta nie jest przewidziana w dziale 1 dotyczącym zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności.

W odróżnieniu od zawieszenia wykonania kary więzienia przewidzianego w art. 80 h.k.k. wolność warunkowa może być orzeczona w stosunku do każdej kary więzienia, niezależnie od jej wymiaru oraz być zastosowana w stosunku do jakiegokolwiek skazanego, niezależnie od tego, czy popełnił przestępstwo po raz pierwszy, czy był już w przeszłości karany. Obie instytucje mają inne uzasadnienie; zawieszenie wykonania kary ma na celu uniknięcie umieszczenia skazanego w zakładzie karnym, wolność warunkowa zaś udzielana jest po odbyciu określonego okresu kary w zakładzie karnym⁸.

Instytucja ta umożliwia skazanemu odzyskanie wolności oraz podejmowanie działań zawodowych, edukacyjnych i terapeutycznych na podobnych zasadach jak wolny obywatel⁹.

Wolność warunkowa polega na przebywaniu skazanego na wolności po zawieszeniu wykonania pozostałej do odbycia kary więzienia. Wolność ta jest ograniczona, gdyż sędzia nadzoru penitencjarnego, jeżeli uzna to za konieczne, w celu zapobieżenia popełnieniu przez skazanego przestępstwa, może nałożyć na niego pewne obowiązki i zakazy, np. zakaz zmiany miejsca pobytu bez zgody sądu, uczestniczenie w różnego rodzaju w programach reedukacyjnych, informowanie o przebiegu próby. Jest ona warunkowa, bowiem jest to wolność uzależniona od niepopelnienia przestępstwa i stosowania się do zasad postępowania nałożonych przez sędziego nadzoru penitencjarnego.

W literaturze wolność warunkową uznaje się za konieczny instrument do osiągnięcia celu kary więzienia w zakresie resocjalizacji. Postuluje się, by należała do kategorii subiektywnego prawa skazanego, jednakże z punktu widzenia penitencjarnego uznawana jest za jego przywilej¹⁰. W żadnym momencie skazany nie pozostaje bez szczególnego podpo-

⁸ M. Salat Paisal, *Condiciones generales sobre la concepción del poder punitivo del Estado*, t. II nr 63, Madryt 2015, s. 189.

⁹ [Http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas/LaLibertadCondicional.html](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/PenasyMedidasAlternativas/LaLibertadCondicional.html) (data pobrania: 11 października 2017 r.).

¹⁰ S. Vivó Cabo, *La libertad condicional tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11053-la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-1-2015-de-30-de-marzo/> (data pobrania: 11 października 2017 r.).

rządkowania administracji penitencjarnej¹¹. Jest to instytucja, która z jednej strony zastępuje wykonanie kary więzienia, a z drugiej – jest częścią jej wykonania. Ostatnią część kary skazany odbywa na wolności na określonych warunkach przewidzianych w hiszpańskim kodeksie karnym i przepisach uzupełniających.

III. Przesłanki wolności warunkowej

Zawieszenie wykonania reszty kary więzienia i udzielenie wolności warunkowej może być obligatoryjne albo fakultatywne. Z reguły wolność warunkowa jest stosowana do skazanych odbywających karę więzienia w systemie otwartym. W literaturze fakultatywna wolność warunkowa zwana jest przedterminową wolnością warunkową¹². Uwzględniając przesłanki orzekania wolności warunkowej – wyróżnia się: 1) zwyczajną wolność warunkową; 2) wolność warunkową dla 2/3 kary oraz przedterminową; 3) nadzwyczajną wolność warunkową; 4) wolność warunkową dla osób skazanych za przestępstwa popełnione w organizacji kryminalnej lub za przestępstwa terrorystyczne; 5) wolność warunkową w niektórych przypadkach wielu skazań; 6) wolność warunkową dla chorych i osób w wieku ponad 70 lat; 7) wolność warunkową dla skazanych na karę więzienia na czas nieokreślony¹³; 8) wolność warunkową w sprawach skazanych cudzoziemców¹⁴.

1. Przesłanki obligatoryjnej wolności warunkowej

Zgodnie z art. 90 ust. 1 h.k.k. orzeczenie zawieszenia wykonania reszty kary więzienia i udzielenie wolności warunkowej ma miejsce wówczas gdy skazany:

- 1) jest zakwalifikowany do trzeciej kategorii;
- 2) odbył 3/4 wymierzonej kary;

¹¹ S. Vivó Cabo, La libertad condicional tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11053-la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-1-2015-de-30-de-marzo/> (data pobrania: 11 października 2017 r.).

¹² A. Calderón Cerezo, J. A. Choclán, Montalvo, Código Penal Comentado, Barcelona 2005, s. 178.

¹³ Kara więzienia na czas nieokreślony jest karą więzienia orzeczoną bezterminowo (art. 36 ust. 1 h.k.k.). Na temat tej kary zob. szerzej: B. J. Stefańska, Nowa kara – więzienie na czas nieokreślony podlegające weryfikacji w hiszpańskim Kodeksie karnym, (w:) Polska, Hiszpania, Ameryka Łacińska. Wybrane zagadnienia z prawa pracy i prawa publicznego, red. Jakub Stelina, Gdańsk 2016, s. 203–214.

¹⁴ S. Vivó Cabo, La libertad condicional tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11053-la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-1-2015-de-30-de-marzo/> (data pobrania: 11 października 2017 r.).

3) dobrze się zachowywał.

Zgodnie z art. 100 rozporządzenia penitencjarnego nr 190/1996 z dnia 9 lutego 1996 r.¹⁵ skazanych dzieli się na 3 kategorie: pierwsza, obejmująca szczególnie niebezpiecznych skazanych, odbywających karę w systemie zamkniętym; druga, dotycząca skazanych, co do których okoliczności osobiste i penitencjarne pozwalają na normalne współżycie, ale którzy nie są zdolni do odbywania kary w systemie półwolnościowym; do tej kategorii zalicza się też zatrzymanych i tymczasowo aresztowanych; trzecia, dla skazanych, co do których okoliczności osobiste i penitencjarne pozwalają na normalne współżycie oraz zdolnych do odbywania kary w systemie półwolnościowym, odbywających karę w systemie otwartym, z możliwością uzyskania przepustki.

Sędzia nadzoru penitencjarnego przy orzekaniu o zawieszeniu wykonania reszty kary i udzieleniu wolności warunkowej ocenia osobowość skazanego, uprzednią karalność, okoliczności popełnienia przestępstwa, wagę dóbr chronionych prawem, które mogłyby być naruszone w razie powrotu do przestępstwa, zachowanie w trakcie odbywania kary, stosunki rodzinne i społeczne oraz oczekiwane rezultaty zawieszenia wykonania kary i nałożonych środków.

Udzielenie wolności warunkowej uzależnione jest od wywiązania się ze zobowiązań wynikających z odpowiedzialności cywilnej wynikających z przestępstwa. Kryteria tej przesłanki uregulowane są w art. 72 ust. 5 ogólnej ustawy penitencjarnej. Bierze się pod uwagę zachowanie sprawcy w zakresie naprawienia szkody oraz zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, jego warunki osobiste i majątkowe w celu oceny jego rzeczywistej zdolności wywiązania się z zobowiązań cywilnych obecnie i w przyszłości. Szacuje się także wzbogacenie skazanego w wyniku popełnienia przestępstwa, szkodę lub utrudnienie spowodowane publicznej służbie, charakter szkody powstałej w wyniku przestępstwa oraz liczbę pokrzywdzonych i ich stan. Kryteria te w szczególności stosuje się w przypadku popełnienia przestępstwa przeciwko mieniu i przeciwko porządkowi socjoekonomicznemu, które są powszechnie uznane za poważne i wyrządzające szkodę ogółowi, przestępstwa przeciwko prawom pracowniczym, przestępstwa przeciwko Skarbowi Państwa i ubezpieczeniom społecznym oraz przestępstwa przeciwko administracji publicznej przewidziane w rozdziałach V–IX tytułu XIX księgi II h.k.k. W tym ostatnim wypadku chodzi o przestępstwa przekupstwa, handlu wpływami, malwersacji, oszustwa i nielegalnego wymuszania łapówek oraz prowadzenia trans-

¹⁵ Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (B.O.E. núm. 40, de 15 de febrero de 1996).

akcji lub działalności zakazanej funkcjonariuszom publicznym, a także nadużywania stanowiska (art. 72 ust. 5 ogólnej ustawy penitencjarnej). W literaturze zasadnie przyjmuje się, że chodzi o przestępstwa, w wyniku których skazany mógł osiągnąć istotną korzyść majątkową, ale mimo to nie wywiązał się z zobowiązań wynikających z odpowiedzialności cywilnej przez ukrycie majątku. Chodzi o ujawnienie nielegalnie добыtego majątku¹⁶. Wymóg wywiązania się z zobowiązań wynikających z odpowiedzialności cywilnej odnosi się do możliwości naprawienia szkody stosownie do sytuacji ekonomicznej skazanego w chwili decydowania o zakwalifikowaniu go do trzeciej kategorii, bowiem naprawienie szkody jest wyraźnym znakiem woli integracji skazanego¹⁷.

W związku z tym warunkiem nie orzeka się zawieszenia wykonania reszty kary i wolności warunkowej w wypadku, gdy skazany nie wywiązał się z odpowiedzialności cywilnej wynikającej z przestępstwa w przypadkach i zgodnie z kryteriami ustanowionymi w powołanym wyżej art. 72 ust. 5 ustawy ogólnej penitencjarnej.

W wypadku skazanych za przestępstwa popełnione w organizacji przestępczej lub za przestępstwo przewidziane w rozdziale VII „O organizacjach i grupach terrorystycznych i o przestępstwach terrorystycznych” tytułu XXII „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu” księgi II h.k.k., zawieszenie wykonania reszty kary i udzielenie wolności warunkowej jest uzależnione od odstąpienia skazanego od działalności terrorystycznej i aktywnego współpracowania z organami ścigania w celu uniemożliwienia popełnienia innych przestępstw przez organizację lub grupę terrorystyczną, złagodzenia skutków przestępstwa, zidentyfikowania, ujęcia i osądzenia odpowiedzialnych za przestępstwa terrorystyczne, uzyskania dowodów albo uniemożliwienia działalności i rozwoju organizacji lub grup, do których należał lub z którymi współpracował; skazany ma to uwiarygodnić wyraźnym oświadczeniem o porzuceniu działalności przestępczej i przemocy oraz wyraźnym przeproszeniem pokrzywdzonych przestępstwem, a także opiniami, które potwierdzają, że skazany nie jest powiązany z organizacją terrorystyczną oraz otoczeniem i działalnością grup nielegalnych, a także jego współpracę z organami (art. 90 ust. 8 h.k.k.).

W stosunku do tych skazanych nie orzeka się fakultatywnego zawieszenia wykonania reszty kary więzienia i udzielenia wolności warunkowej (art. 90 ust. 8 zd. 2 h.k.k.).

¹⁶ A. Calderón Cerezo, J. A. Choclán, Montalvo, Código Penal..., s. 177.

¹⁷ Tamże.

W wypadku kary więzienia na czas niekreślony, trybunał orzeka wolność warunkową, jeżeli:

- 1) skazany odbył 25 lat kary więzienia, chyba że spełnia przesłanki z art. 78 bis h.k.k.¹⁸;
- 2) skazany jest zaklasyfikowany do trzeciej kategorii;
- 3) osobowość skazanego, uprzednia karalność, okoliczności popełnionego przestępstwa, znaczenie dóbr prawnie chronionych, które mogą być naruszone powrotem do przestępstwa, zachowanie w czasie odbywania kary, stosunki rodzinne i społeczne oraz skutki, jakich należy oczekiwać w razie zawieszenia wykonania i stosowania się do nałożonych środków, może uzasadniać, po uprzedniej ocenie opinii o ewolucji skazanego wydanych przez ośrodek penitencjarny i przez specjalistów określonych przez trybunał, istnienie pozytywnej prognozy co do jego powrotu do społeczeństwa. W wypadku gdy skazany jest za kilka przestępstw, ocena tej przesłanki następuje łącznie za wszystkie popełnione przestępstwa (art. 92 ust. 1 h.k.k.).

2. Przesłanki fakultatywnej wolności warunkowej

Fakultatywne orzeczenie zawieszenia wykonania reszty kary więzienia i udzielenie wolności warunkowej – w myśl art. art. 90 ust. 2 h.k.k. – może nastąpić wówczas gdy skazany:

- 1) odbył 2/3 kary;
- 2) w czasie odbywania kary podejmował działania zawodowe, kulturalne lub pracownicze, z których wynika znaczna i korzystna zmiana właściwości osobistych związanych z uprzednią działalnością przestępną;

¹⁸ Jeżeli sprawca został skazany za 2 lub więcej przestępstw i co najmniej jedno z nich jest zagrożone karą więzienia na czas nieokreślony, może być zakwalifikowany do trzeciej kategorii skazanych po odbyciu: a) co najmniej 18 lat więzienia, gdy został skazany za kilka przestępstw, a jedno z nich zagrożone jest karą więzienia na czas nieokreślony, zaś skazanie na pozostałe kary łącznie przekracza 5 lat; b) co najmniej 20 lat więzienia, gdy został skazany za kilka przestępstw, a jedno z nich zagrożone jest karą więzienia na czas nieokreślony, zaś skazanie na pozostałe kary łącznie przekracza 15 lat; c) co najmniej 22 lata więzienia, gdy został skazany za kilka przestępstw, a dwa lub więcej z nich zagrożone są karą więzienia na czas nieokreślony lub jedno z nich jest zagrożone tą karą, zaś skazanie na pozostałe kary wynosi łącznie 25 lat lub więcej (art. 78 bis ust. 1 h.k.k.). W tych szczególnych przypadkach – zgodnie z art. 78 bis ust. 2 h.k.k. – zawieszenie wykonywania reszty kary jest możliwe wówczas, gdy skazany odbył co najmniej 25 lat więzienia (lit. a i b) oraz co najmniej 30 lat więzienia (lit. c). W przypadku popełnienia przestępstw związanych z organizacjami lub grupami terrorystycznymi oraz przestępstw terrorystycznych przewidzianych w rozdziale VII tytułu XXII księgi II h.k.k. lub popełnionych przez organizacje kryminalne, minimalne granice odbycia kary do ubiegania się o zakwalifikowanie do trzeciej kategorii skazanych wynoszą 24 lata więzienia (lit. a i b) oraz 32 lat więzienia (lit. c). Zawieszenie wykonywania reszty kary wymaga, by skazany odbył co najmniej 28 lat więzienia (lit. a i b) oraz co najmniej 35 lat więzienia (lit. c) (art. 78 bis ust. 3. h.k.k.).

3) uwiarygodni, że spełnia przesłanki z art. 90 ust. 1 h.k.k., z wyjątkiem wymogu odbycia określonego tam *quantum* kary, tj. został zakwalifikowany do trzeciej kategorii i dobrze się zachowywał.

Na wniosek instytucji penitencjarnych i po uzyskaniu opinii prokuratury oraz pozostałych stron, sędziego nadzoru penitencjarnego może wobec skazanego, który jest zakwalifikowany do trzeciej kategorii, dobrze się zachowuje i odbył połowę kary, może skrócić *quantum* 2/3 kary maksymalnie do 90 dni za każdy odbyty rok¹⁹ (art. 90 ust. 2 *in fine* h.k.k.). Warunkiem jest, by skazany podejmował działania zawodowe, kulturalne lub pracownicze, które wskazują na korzystną zmianę właściwości osobistych związanych z uprzednią działalnością przestępną oraz uwiarygodnił skuteczne i korzystne uczestnictwo w programach zadośćuczynienia pokrzywdzonym albo programach leczniczych lub odwykowych.

Fakultatywnie i wyjątkowo sędziego nadzoru penitencjarnego może orzec zawieszenie wykonania reszty kary i udzielić wolności warunkowej skazanemu, który (art. 90 ust. 3 h.k.k.):

- odbywa pierwszy raz karę więzienia;
- orzeczona kara więzienia nie przekracza trzech lat;
- odbył połowę kary;
- jest zakwalifikowany do trzeciej kategorii;
- dobrze się zachowywał.

Nie jest wymagane podejmowanie działań zawodowych, kulturalnych lub pracowniczych, z których wynika znaczna i korzystna zmiana właściwości osobistych związanych z uprzednią działalnością przestępną.

Z możliwości tej są wyłączeni skazani za przestępstwo przeciwko wolności i netykalności seksualnej.

3. Szczególne przesłanki wolności warunkowej

Skazani, którzy skończyli 70 lat lub skończą 70 lat w czasie odbywania kary i spełniają przesłanki z art. 90 h.k.k., z wyjątkiem wymaganego *quantum* odbycia kary w rozmiarze 3/4, 2/3 lub połowy kary, mogą uzyskać zawieszenie wykonania reszty kary i udzielenie wolności warunkowej, bez konieczności odbycia minimalnego *quantum* kary. To samo dotyczy ciężko chorych na choroby nieuleczalne, o ile jest to potwierdzone w opinii medycznej zleconej przez sędziego nadzoru penitencjarnego (art. 91 ust. 1 h.k.k.). W literaturze zasadnie podnosi się, że można

¹⁹ Np. jeżeli skazany odbywa karę 12 lat więzienia, to o wolność warunkową może ubiegać się po odbyciu 2/3 kary, tj. po 8 latach, a na podstawie art. 90 ust. 2 lit. c zd. II, po odbyciu połowy kary, tj. 6 lat, istnieje możliwość skrócenia okresu 8 lat do np. przyjmując za każdy odbyty rok 50 dni, czyli do 6 lat dodaje się 300 dni.

udzielić takiemu skazanemu wolności warunkowej od pierwszego dnia wykonywania kary, o ile spełnia pozostałe przesłanki²⁰.

Jeżeli niebezpieczeństwo dla życia więźnia z powodu choroby lub podeszłego wieku jest oczywiste i potwierdzone opinią biegłego lekarza oraz służb medycznych zakładu karnego, sędziego lub trybunału, bez konieczności uwiarygodnienia spełnienia innych przesłanek, z wyjątkiem braku znaczącego niebezpieczeństwa skazanego, może orzec zawieszenie wykonania reszty kary i udzielenie wolności warunkowej bez innych czynności, oprócz wezwania ośrodka penitencjarnego do wydania opinii końcowej co do prognozy. W trakcie wolności warunkowej skazany jest zobowiązany do podania penitencjarnej służbie medycznej, biegłemu lekarzowi lub innemu wskazanemu przez sąd lub trybunał, koniecznych informacji do oceny postępu choroby. Niewypełnienie tego obowiązku może spowodować odwołanie zawieszenia wykonania reszty kary i wolności warunkowej (art. 91 ust.3 h.k.k.).

Te rodzaje wolności warunkowej w doktrynie są określane wolnością warunkową z powodów humanitarnych, bowiem szczególne przesłanki, tj. wiek lub choroba przemawiają za dalszym niewykonywaniem kary więzienia²¹. Zasadnie twierdzi się w judykaturze, że: „Wolność warunkowa powinna być udzielona wcześniej z powodów humanitarnych w stosunku do osób w podeszłym wieku oraz bardzo ciężko, nieuleczalnie chorych (...)”. W ten sposób ustawa wprowadza do naszego systemu zasadę humanitaryzmu, którą uzasadnia konstytucyjny zakaz stosowania kar niehumanitarnych lub upokarzających oraz wartość godności ludzkiej, która jest podstawą porządku politycznego oraz pokoju społecznego (art. 15 i art. 10 ust. 1 Konstytucji Hiszpanii.). Zasada poszanowania godności człowieka wynika z szacunku do osoby, do każdej osoby, niezależnie od jej czynów, jako cel sam w sobie: człowiek nie może być wykorzystany jako środek, nie może być zniżony do rzeczy, ma być chroniony prawnie przed wszelkim próbom uprzedmiotowienia. Stąd uznaje się, że niektóre osoby nie mogą być tolerowane, gdyż poniżają osoby, zadając ciężki ból i cierpienie fizyczne i psychiczne; mówi się o nikczemności. Celem ustawy jest zapobieganie przebywaniu w placówkach penitencjarnych ciężko chorych na nieuleczalną chorobę, jeżeli istnieje oczywiste zagrożenie dla życia, przyjmując, że sposób wykonywania kary pozbawiającej wolności może być sprzeczny z godnością właściwą człowiekowi. Ustawa przyjmuje, że przedłużanie pobytu w placówce penitencjarnej oznacza dodatkowe cierpienie oprócz samej kary, zakładając ry-

²⁰ M. Cobo del Rosal, T. S. Vives Antón, *Derecho Penal...*, s. 945.

²¹ A. Calderón Cerezo, J. A. Choclán, Montalvo, *Código Penal...*, s. 179.

zyko dla życia i zdrowia. Również Europejska konwencja praw człowieka wyłącza pod prawa nieludzkie kary i traktowanie w artykule 3; Europejski Trybunał wskazuje, że zdrowie skazanego powinno być brane pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o sposobie wykonania kar pozbawiających wolność, bowiem jego internowanie może okazać się niekompatybilne z ciężką chorobą, o ile poddaje się osobę zagrożeniu i cierpieniu wykraczającemu w intensywności poza nieunikniony poziom cierpienia odizolowania (sprawa Mouisel przeciwko Francji, 14.11.2002; Trybunał uznał, że Państwo naruszyło Konwencję przez trzymanie w więzieniu podczas dwóch lat chorego na białaczkę, który otrzymywał chemioterapię, co oznaczało poniżające i nieludzkie traktowanie). Leczenie bardzo ciężkiej i nieuleczalnej choroby, które stanowi oczywiste zagrożenie dla życia w środowisku więziennym, odbija się negatywnie na procesie choroby „przez nieodzowny lęk związany z pozbawieniem wolności i poddanie się reżimowi życia nałożonemu i utrzymywanemu rygorystycznymi środkami dyscyplinarnymi, powodując wzrost presji emocjonalnej (wyrok TK 48/1996 w sprawie wolności warunkowej, której organ sądowy odmówił, mimo ciężkiej nieuleczalnej choroby wieńcowej, w której Trybunał przyznał rację skazanemu i uznał jego prawo do życia i integralności fizycznej). Co więcej, czytamy dalej w wyroku „zwolnienie z więzienia nie może zagwarantować wyleczenia z nieuleczalnej choroby, ale pozwala na względne polepszenie i wolniejszy postęp choroby, z mniejszą liczbą ostrych epizodów, nie tylko przez leczenie medyczne, które mogło by się odbywać w więzieniu, ale przez zmianę środowiska, które ma korzystny wpływ”. Zasada humanitaryzmu, którą wciela art. 92 k.k. ma charakter bezwarunkowy, nie może zależeć od wagi ukaranych zachowań ani od wagi szkód spowodowanych przestępstwem, ani od celów nałożonej kary (potwierdzenie prawa, odstraszenie potencjalnych przestępców, resocjalizacja i odstraszenie skazanego). W wypadku oczywistego zagrożenia dla życia skazanego ustawa pomija uwzględnienie przestępstwa, abstrahuje od tych danych ze względu na absolutny charakter prawa do życia oraz integralności fizycznej i moralnej (art. 15 Konstytucji Hiszpanii). Przeważa poszanowanie godności człowieka w ostatnim etapie życia²².

Jeżeli chodzi o przesłankę odbycia określonego *quantum* kary, to w przypadku skazania na kilka kar pozbawienia wolności obowiązują za-

²² Auto núm. 359/2012 de la Audiencia Nacional, Sección 1, de 19 de septiembre de 2012 <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&dataBasematch=AN&reference=6498586&links=%22359%2F2012%22&optimize=20120920&publicinterface=true> (data pobrania: 30 października 2017 r.).

sada jednolitości wykonania, tzn. wykonuje się te kary, tak jakby to była jedna kara o różnej długości (art. 193 rozporządzenia penitencjarnego).

IV. Odmowa udzielenia wolności warunkowej

Sędzia nadzoru penitencjarnego może – zgodnie z art. 90 ust. 4 h.k.k. – odmówić zawieszenia wykonania reszty kary i udzielenia wolności warunkowej w wypadkach gdy skazany:

- podał niedokładną lub niewystarczającą informację o miejscu, gdzie znajduje się mienie lub przedmioty, w stosunku do których orzeczono przepadek;
- nie wykonuje zgodnie ze swoją zdolnością zobowiązaniową zapłaty wynikającej z odpowiedzialności cywilnej, którą orzeczono co do niego;
- podał niedokładną lub niewystarczającą informację dotyczącą jego majątku, podlegającego ujawnieniu w celu egzekucji (art. 589 h.k.p.c.).

Może także odmówić zawieszenia wykonania reszty kary wymierzonej i udzielenia wolności warunkowej za przestępstwa przewidziane w tytule XIX „Przestępstwa przeciwko administracji publicznej” (art. 90 ust. 4 zd. 2 h.k.k.).

V. Okres próby

Zawieszenie wykonania reszty kary i udzielenie wolności warunkowej orzeka się na okres od 2 do 5 lat, z tym, że okres ten nie może być krótszy od okresu kary pozostałej do odbycia (art. 90 ust. 5 *in fine* h.k.k.).

W stosunku do skazanych na karę więzienia na czas nieokreślony, zawieszenie wykonania kary i udzielenie wolności warunkowej orzeka się na okres od 5 do 10 lat. Po odbyciu *quantum* kary przez skazanego na karę więzienia na czas nieokreślony, trybunał jest obowiązany sprawdzić co najmniej raz na 2 lata spełnienie pozostałych przesłanek do wolności warunkowej (art. 92.ust. 4 h.k.k.).

Okres zawieszenia wykonania reszty kary i wolność warunkową liczy się od daty wyjścia skazanego na wolność (art. 90 ust. 5 *in fine*, art. 92 ust. 3 h.k.k.).

VI. Obowiązki w okresie próby

Orzekając zawieszenie wykonania reszty kary i udzielając wolność warunkową sędzia lub trybunał może nałożyć na skazanego określone zakazy i obowiązki, o ile jest to konieczne dla zapobieżenia popełnienia nowych przestępstw, jednak nie można nałożyć obowiązków i powinności, które są nadmierne i nieproporcjonalne (art. 83 ust. 1 h.k.k.). Są to zakazy i obowiązki, jakie stosuje się w związku z zawieszeniem wykonania kary (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 h.k.k.). A zatem:

- 1) zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego lub do członków jego rodziny lub innych osób określonych przez sędziego lub trybunał, do ich miejsc zamieszkania, miejsc pracy lub innych miejsc, do których zwyczajowo uczęszczają lub komunikowania się z nimi za pośrednictwem jakiegokolwiek środka. O nałożeniu tego zakazu zawsze informuje się osoby, w związku z którymi zostaje on orzeczony (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 1 h.k.k.);
- 2) zakaz kontaktowania się z określonymi osobami lub określonymi członkami grupy, jeżeli zachodzą okoliczności uzasadniające przypuszczenie, że osoby te mogą stwarzać warunki do popełniania nowych przestępstw lub podlegać do nich (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 2 h.k.k.);
- 3) obowiązek przebywania w określonym miejscu z zakazem opuszczenia go lub czasowego opuszczenia bez zgody sędziego lub trybunału (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 3 h.k.k.);
- 4) zakaz zamieszkania lub przebywania w określonym miejscu, które mogą stwarzać okazję lub być powodem popełniania nowych przestępstw (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 4 h.k.k.);
- 5) obowiązek osobistego stawiennictwa w jednostce policji lub służbach administracyjnych, z częstotliwością określoną przez sędziego lub trybunał, w celu informowania o swoich działaniach i uzasadniania ich (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 5 h.k.k.);
- 6) obowiązek uczestniczenia w programach edukacyjnych, pracownicznych, kulturalnych, z zakresu ruchu drogowego, ochrony środowiska, ochrony zwierząt, równości traktowania i niedyskryminacji oraz innych podobnych (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 6 h.k.k.);
- 7) obowiązek uczestniczenia w programach odwykowych od alkoholu, narkotyków lub środków odurzających albo leczenia innych zachowań uzależniających (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 7 h.k.k.);

- 8) zakaz prowadzenia pojazdów silnikowych niewyposażonych w urządzenia techniczne uzależniające ich uruchomienie lub działanie od uprzedniego sprawdzenia warunków fizycznych kierowcy – w stosunku do skazanego za przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu ruchu drogowego, gdy środek ten jest konieczny dla zapobieżenia popełnienia nowych przestępstw (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 8 h.k.k.);
- 9) wypełnianie innych obowiązków, które sędzia lub trybunał uzna za stosowne dla rehabilitacji społecznej skazanego, po wyrażeniu przez niego zgody, o ile nie uwłaczają jego godności ludzkiej (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 83 ust. 1 pkt 9 h.k.k.).

W sprawach o przestępstwa popełnione na szkodę kobiety przez męża lub byłego męża albo związanego z nią podobną relacją uczuciową, chociażby nie pozostawali we wspólnym pożyciu – zgodnie z art. 83 ust. 2 h.k.k. – zawsze orzeka się zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego lub do członków jego rodziny lub innych osób określonych przez sędziego lub trybunał, do ich miejsc zamieszkania, miejsc pracy lub innych miejsc, do których zwyczajowo uczęszczają, lub komunikowania się z nimi za pośrednictwem jakiegokolwiek środka (art. 83 ust. 1 pkt 1 h.k.k.), zakaz zamieszkania lub przebywania w określonym miejscu, które mogą stwarzać okazję lub być powodem popełnienia nowych przestępstw (art. 83 ust. 1 pkt 4 h.k.k.) oraz obowiązek uczestniczenia w programach edukacyjnych, pracowniczych, kulturalnych, z zakresu ruchu drogowego, ochrony środowiska, ochrony zwierząt, równości traktowania i niedyskryminacji oraz innych, podobnych (art. 83 ust. 1 pkt 6 h.k.k.).

W razie orzeczenia zakazu lub obowiązku określonego w art. 83 ust. 1 pkt 1, 2, 3 lub 4 zawiadamia się Siły i Korpus Bezpieczeństwa Państwa, które nadzorują wykonywanie tych zakazów i obowiązków. W razie ich naruszenia lub wystąpienia istotnych okoliczności świadczących o niebezpieczeństwie skazanego oraz możliwości popełnienia w przyszłości nowych przestępstw, służby te niezwłocznie zawiadamiają o tym prokuraturę oraz sędziego lub trybunał wykonawczy (art. 83 ust. 3 h.k.k.).

Kontrolę wykonywania obowiązków, o których mowa w art. 83 ust. 1 pkt 6, 7 i 8 wykonują służby zarządzające karami i środkami alternatywnymi administracji penitencjarnej. Służby te zawiadamiają sędziego lub trybunał wykonawczy o wykonywaniu obowiązków określonych w art. 83 ust. 1 pkt 6 i 8 h.k.k. – co najmniej co 3 miesiące, a o obowiązku z art. 83 ust. 1 pkt 7 h.k.k. – co pół roku oraz w każdym wypadku o ich wykonaniu. Jednocześnie zawiadamiają niezwłocznie o jakiegokolwiek okoliczności istotnej dla oceny niebezpieczeństwa skazanego oraz możliwości popeł-

nienia w przyszłości nowych przestępstw oraz niewykonaniu nałożonego obowiązku, a także o jego wykonaniu (art. 83 ust. 4 h.k.k.).

Sędzia nadzoru penitencyjnego w razie zmiany okoliczności, może zmienić zakazy lub obowiązki, orzec nałożenie nowych zakazów lub obowiązków, lub świadczeń albo je uchylić (art. 90 ust. 5 h.k.k.).

Jeżeli niewykonywanie zakazów, obowiązków lub warunków nie ma charakteru poważnego lub wielokrotnego, sąd lub trybunał może:

- 1) nałożyć na skazanego nowe zakazy, obowiązki lub warunki albo zmienić orzeczone wcześniej.
- 2) przedłużyć okres zawieszenia, jednakże nie może on przekroczyć połowy okresu wcześniej określonego (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 86 ust. 2 h.k.k.).

We wszystkich powyższych wypadkach, sędzia lub trybunał orzeka po wysłuchaniu prokuratora oraz pozostałych stron. Niemniej, może odwołać wolność warunkową i zarządzić wykonanie reszty kary, zarządzając natychmiastowe umieszczenie skazanego w więzieniu, jeżeli jest to konieczne dla uniknięcia ryzyka powrotu skazanego do przestępstwa, ryzyka ucieczki skazanego lub dla ochrony ofiary. Sędzia lub trybunał może zarządzić wykonanie koniecznych czynności sprawdzających oraz zarządzić rozprawę, jeżeli okaże się to konieczne do podjęcia decyzji (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 art. 86 ust. 4 h.k.k.).

VII. Odwołanie wolności warunkowej i zarządzenie wykonania reszty kary

Sędzia lub trybunał – zgodnie z art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. art. 86 ust. 1 h.k.k. – odwołuje wolność warunkową i zarządza wykonanie reszty kary, jeżeli skazany:

- 1) został skazany za przestępstwo popełnione w okresie wolności warunkowej i przez to ujawnił, że prognoza, która uzasadniała decyzję o wolności warunkowej nie spełniła się (art. 86 ust. 1 lit. a h.k.k.);
- 2) nie wykonuje w sposób poważny lub wielokrotny zakazów i obowiązków, które zostały wobec niego nałożone lub uchyla się od kontroli służb zarządzania karami i środkami alternatywnymi administracji penitencyjnej (art. 86 ust. 1 lit. b h.k.k.);
- 3) udziela niedokładnych lub niewystarczających informacji dotyczących miejsca przechowywania mienia lub przedmiotów, wobec których orzeczono przepadek; nie wykonuje zobowiązania zapłaty z tytułu odpowiedzialności cywilnej, chyba że nie ma zdolności ekonomicznej do tego; udziela niedokładnych lub niewystarczających informacji doty-

czących jego majątku, nie wykonuje obowiązku ujawnienia majątku podlegającemu egzekucji (art. 589 h. k.p.c., art. 86 ust. 1 lit. d h.k.k.).

Odwołanie wolności warunkowej i zarządzenie wykonania reszty kary powoduje wykonanie części kary pozostałej do odbycia. Czas spędzony na wolności warunkowej nie wlicza się do okresu odbywania kary (art. 90 ust. 6 h.k.k.).

W wypadku odwołania wolności warunkowej, w stosunku do skazanego stosuje się reżim zwykły, dopóki rada do spraw oddziaływania²³ ponownie go sklasyfikuje (art. 201 ust. 3 cyt. rozporządzenia penitencjarnego).

Po upływie okresu próby i niepopelnienia przez skazanego przestępstwa, które by ujawniło, że prognoza, na której opierała się podjęta decyzja o zawieszeniu wykonania reszty kary i udzieleniu wolności warunkowej nie spełniała się oraz po wykonaniu warunków zachowania określonych przez sędziego lub trybunał, orzeka się o darowaniu kary (art. 90 ust. 5, art. 92 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 h.k.k.).

VIII. Postępowanie w przedmiocie wolności warunkowej

Sędzia nadzoru penitencjarnego rozpoznaje sprawę o zawieszenie wykonania reszty kary i udzielenie wolności warunkowej na wniosek skazanego. Jeżeli wniosek nie został uwzględniony, sędzia lub trybunał może wyznaczyć 6 miesięczny okres, który w uzasadnionych wypadkach może być wydłużony do roku, po którym wniosek może być ponownie złożony (art. 90 ust. 7 h.k.k.).

W wypadku skazanych na karę więzienia na czas nieokreślony trybunał rozpatruje wnioski o przyznanie wolności warunkowej skazanemu, jednak może określić okres do roku, w którym po oddaleniu wniosku nie będą rozpatrywane nowe wnioski (art. 92 ust. 4 h.k.k.).

²³ W myśl art. 111 ust. 1 rozporządzenia penitencjarnego, rady ds. oddziaływania mają za zadanie obserwować, klasyfikować i oddziaływać na skazanych. Zgodnie z art. 272 cyt. rozporządzenia, rada ds. oddziaływania jest organem kolegiальnym, której przewodniczy dyrektor ośrodka penitencjarnego. W jej skład wchodzi ponadto: wicedyrektor ds. oddziaływania lub wicedyrektor kierownik grupy ds. oddziaływania w samodzielnych ośrodkach powrotu do społeczeństwa, wicedyrektor medyczny lub kierownik usług medycznych, wicedyrektor ośrodka powrotu do społeczeństwa w przypadku zależnych ośrodków powrotu do społeczeństwa, pracownicy techniczni instytucji penitencjarnych, którzy brali udział w propozycjach będących przedmiotem obrad, pracownik socjalny, który brał udział w propozycjach będących przedmiotem obrad, wychowawca lub koordynator ośrodka powrotu do społeczeństwa, który brał udział w propozycjach będących przedmiotem obrad, kierownik usług, najlepiej ten, który brał udział w propozycjach. Do zadań rady ds. oddziaływania należy m.in. składanie propozycji w odniesieniu do wolności warunkowej (art. 273 lit. h) cyt. rozporządzenia).

Trybunał orzeka o zawieszeniu wykonania reszty kary więzienia na czas nieokreślony w procesie kontradiktoryjnym, w którym bierze udział prokuratura i skazany wraz ze swoim adwokatem (art. 92 ust. 1 *in fine* h.k.k.).

Przy podejmowaniu decyzji w przedmiocie zawieszenia wykonania reszty kary i udzielenia wolności warunkowej, sędzia lub trybunał ocenia okoliczności popełnionego przestępstwa, okoliczności osobiste skazanego, poprzednią karalność, zachowanie po dokonaniu czynu, w szczególności jego wysiłek zmierzający do naprawienia wyrządzonej szkody, stosunki rodzinne i społeczne oraz skutek oczekiwany w razie zawieszenia wykonywania kary i wykonywania nałożonych środków (art. 80 ust. 1 akapit 2 h.k.k.).

Administracja penitencjarna w wypadku osób 70-letnich i ciężko chorych przekazuje sprawę do sędziego nadzoru penitencjarnego, który przy orzekaniu bierze pod uwagę, oprócz okoliczności osobistych, możliwości popełnienia ponownie przestępstwa przez skazanego oraz znikome niebezpieczeństwo skazanego (art. 91 ust. 2 h.k.k.).

W procesie zwolnienia z reszty kary więzienia i udzielenia wolności warunkowej, istotna rola przypada radzie do spraw oddziaływania. Wszczyňa ona postępowanie w sprawie wolności warunkowej z takim wyprzedzeniem, aby nie doszło do opóźnienia skorzystania przez skazanego z tego dobrodziejstwa (art. 194 rozporządzenia penitencjarnego²⁴).

Akta sprawy o przyznanie wolności warunkowej powinny zawierać (art. 195 cyt. rozporządzenia):

- 1) odpis wyroku lub wyroków oraz poświadczenie odbytego *quantum* kary, zaświadczenie o nagrodach penitencjarnych i zakwalifikowaniu skazanego do trzeciej kategorii;
- 2) opinię dotyczącą prognozy powrotu skazanego do społeczeństwa wydaną przez radę ds. oddziaływania; opinia ta jest opinią końcową, która zawiera rezultaty oddziaływania oraz ocenę prawdopodobieństwa przyszłego zachowania skazanego na wolności (art. 67 ogólnej ustawy penitencjarnej);
- 3) podsumowanie sytuacji karnej i penitencjarnej skazanego ze wskazaniem dat rozpoczęcia i zakończenia odbywania kary, datę odbycia dwóch trzecich i trzech czwartych kary oraz wyjścia na przepustki, wykaz kar dyscyplinarnych i ich anulowanie; dla tych celów można załączyć kopię penitencjarnego pliku informatycznego;

²⁴ Zob. przypis 15.

- 4) indywidualny program wolności warunkowej i plan kontroli jego wykonywania;
- 5) protokół zobowiązania się członków rodziny, osoby bliskiej lub niepenitencjarnych instytucji społecznych do przyjęcia skazanego;
- 6) oświadczenie skazanego, w jakiej miejscowości zamierza zamieszkać oraz czy akceptuje opiekę i kontrolę przez członka ośrodka służb społecznych, który zostanie poinformowany o możliwości kontroli skazanego. Przy ustalaniu miejsca pobytu bierze się pod uwagę zakaz mieszkania w określonym miejscu lub powracania do określonych miejsc, który mógł zostać orzeczony przez trybunał;
- 7) oświadczenie skazanego o pracy lub sposobie na życie po wyjściu na wolność, a w wypadku gdy nie ma środków do życia, opinię z ośrodka służb społecznych o możliwości pracy na zewnątrz;
- 8) wyciąg z protokołu rady ds. oddziaływania placówki, który zawiera uchwałę o wszczęciu postępowania oraz propozycję dla sędziego nadzoru penitencjarnego o zastosowanie jednej lub kilku zasad postępowania przewidzianych w art. 105 h.k.k. Chodzi o środki niepozbawiające wolności orzeczone na okres nie dłuższy niż 5 lat, takie jak: wolność nadzorowana, dozór rodzinny albo na okres do lat 10 – wolność nadzorowana w wypadkach wyraźnie wskazanych w h.k.k., pozbawienie prawa posiadania i noszenia broni oraz pozbawienie prawa prowadzenia pojazdów silnikowych i motorowerów.
Przekazuje się sędziemu nadzoru penitencjarnego również akta:
 - 1) dotyczące skazanych, którzy ukończyli 70 lat lub osiągną ten wiek w czasie odbywania kary. W aktach sprawy potwierdza się spełnienie przesłanek udzielenia wolności warunkowej określonych w h.k.k. (art. 196 ust. 1 cyt. rozporządzenia);
 - 2) co do skazanych bardzo ciężko chorych na nieuleczalne choroby. Jeżeli służby medyczne ośrodka uznają, że zachodzą warunki do udzielenia wolności warunkowej z tego powodu, powiadomią o tym fakcie radę ds. oddziaływania, wystawiając stosowną opinię medyczną (art. 196 ust. 2 cyt. rozporządzenia).

W tych obu wypadkach akta sprawy zawierają wszystkie wyżej wymienione dokumenty z wyjątkiem oświadczenia skazanego o pracy lub sposobie na życie po wyjściu na wolność, a w wypadku gdy nie ma środków do życia, opinię ośrodka służb społecznych o możliwości pracy na zewnątrz, ale wraz z opinią społeczną, która dotyczy przyjęcia skazanego przez instytucję lub stowarzyszenie, jeżeli nie ma on więzi lub wsparcia rodziny. Wiek skazanego uwierzytelniany jest aktem urodzenia lub, w przypadku jego braku, jakimkolwiek środkiem dowodowym dozwoło-

nym przez prawo. W przypadku nieuleczalnie chorych należy dołączyć opinię medyczną dotyczącą choroby raz jej wagi i nieuleczalności (art. 196 ust. 3 cyt. rozporządzenia).

Administracja jest obowiązana udzielić skazanemu wsparcia społecznego, jeżeli go nie ma (art. 196 ust. 4 cyt. rozporządzenia).

Po skompletowaniu akt sprawy rada ds. oddziaływania przekazuje je sędziemu nadzoru penitencjarnego, stwierdzając, że znajdują się w nich zaświadczenia i opinie konieczne do uwiarygodnienia spełnienia przesłanek oraz z uzasadnioną propozycją udzielenia wolności warunkowej (art. 198 ust. 1 cyt. rozporządzenia). W każdym wypadku akta sprawy muszą wpłynąć do sądu nadzoru penitencjarnego przed upływem okresu kary, w przypadku zaś opóźnienia w wysłaniu akt konieczne jest usprawiedliwienie tego faktu (art. 198 ust. 2 cyt. rozporządzenia).

Po otrzymaniu przez administrację więzienia orzeczenia sądowego o udzieleniu wolności warunkowej skazanemu, dyrektor niezwłocznie je wykonuje, przesyłając odpis Centralnej Służbie Penitencjarnej oraz informuje radę ds. oddziaływania na pierwszym jej posiedzeniu (art. 199 cyt. rozporządzenia). Dyrektor wydaje zwolnionemu zaświadczenie o jego statusie (art. 199 ust. 2 cyt. rozporządzenia).

Jeżeli postanowienie o udzieleniu wolności warunkowej otrzymano wcześniej od przewidywanej daty odbycia *quantum* kary, nie zostaje ono wykonane aż do dnia jego odbycia (art. 199 ust. 3 cyt. rozporządzenia). Jeżeli w okresie między przekazaniem akt sprawy do daty odbycia *quantum* kary, skazany źle się zachowuje, zmienia się jego prognoza lub wykryto błąd bądź nieścisłość w opiniach złożonych do akt, dyrektor niezwłocznie informuje o tym sędziego nadzoru penitencjarnego, aby ten wydał właściwe orzeczenie (art. 199 ust. 4 cyt. rozporządzenia).

W celu sprawowania nadzoru i kontroli zwolnieni warunkowo przypisywani są do ośrodka penitencjarnego lub ośrodka powrotu do społeczeństwa położonego najbliżej miejsca ich przebywania (art. 200 ust. 1 cyt. rozporządzenia). Nadzór i kontrola zwolnionych warunkowo do czasu odbycia całej kary lub do odwołania wolności warunkowej należy do penitencjarnych służb społecznych ośrodka, do którego zostali przypisani; jest on wykonywany zgodnie z wyznaczonymi wytycznymi odpowiedniej rady ds. oddziaływania. (art. 200 ust. 2 cyt. rozporządzenia). W tym celu rada ds. oddziaływania opracowuje indywidualny program nadzoru nad warunkowo zwolnionymi przypisanymi do ośrodka penitencjarnego, który to program jest wykonywany przez jego służby społeczne (art. 200 ust. 3 cyt. rozporządzenia). Zasady zachowania, które orzeka sędzia nadzoru

penitencjarnego zostają włączone do tego programu (art. 200 ust. 4 cyt. rozporządzenia).

Opinie, których żądają organy sądowe i organy odpowiedzialne za nadzór i kontrolę warunkowo zwolnionych są sporządzane przez penitencjarne służby społeczne odpowiedniego ośrodka (art. 200 ust. 5 cyt. rozporządzenia).

VIII. Wnioski

1. W hiszpańskim prawie karnym odpowiednikiem polskiego warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności jest zawieszenie wykonania reszty kary więzienia i udzielenie wolności warunkowej.

2. Wolność warunkowa jest sposobem zawieszenia wykonania kary więzienia pozostałej do odbycia i polega na przebywaniu skazanego na wolności po zawieszeniu wykonania pozostałej do odbycia kary więzienia. Wolność ta jest ograniczona, gdyż sędzia nadzoru penitencjarnego, jeżeli uzna to za konieczne, w celu zapobieżenia popełnienia przez skazanego przestępstwa, może nałożyć na niego pewne obowiązki i zakazy. Jest ona warunkowa, bowiem jest uzależniona od niepopełnienia przestępstwa i stosowania się do zasad postępowania nałożonych przez sędziego nadzoru penitencjarnego i w razie niespełnienia tych warunków może być odwołana.

3. Zawieszenie wykonania reszty kary i udzielenie wolności warunkowej następuje na okres od 2 do 5 lat, z tym, że okres ten nie może być krótszy od okresu kary pozostałej do odbycia. W stosunku zaś do skazanych na karę więzienia na czas nieokreślony, zawieszenie wykonania reszty kary i udzielenie wolności warunkowej orzeka się na okres próby od 5 do 10 lat.

4. W okresie tym mogą być nakładane na skazanego określone zakazy i obowiązki, jeżeli jest to konieczne dla zapobieżenia popełnienia nowych przestępstw, jednak nie można nałożyć obowiązków i powinności, które są nadmierne i nieproporcjonalne. Są to zakazy i obowiązki, jakie stosuje się w związku z zawieszeniem wykonania kary, np. zakaz zmiany miejsca pobytu bez zgody sądu, uczestniczenie w różnego rodzaju programach reedukacyjnych, informowanie o przebiegu próby.

Suspension of execution of the remaining part of prison sentences, and grant of conditional liberty in Spanish criminal law

Abstract

In Spanish criminal law, suspension of execution of the remaining part of prison sentences, combined with grant of conditional liberty, is equivalent to Polish conditional release from serving full prison sentences. Conditional liberty is a way to suspend execution of the prison term remaining: a convicted person becomes free after the remainder of their sentence of imprisonment is suspended. Such liberty is limited as a correctional supervision judge may impose some duties and prohibitions upon the convicted person, if he deems it necessary to prevent the convicted person from committing any offence, e.g. prohibition to leave the place of stay without a court's consent, mandatory participation in various re-educating programs, mandatory probation reports. Liberty is conditional as it depends on non-commission of any offence and on observance of rules of conduct, imposed by the correctional supervision judge.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Józef Gurgul

Wpływ utworów artystycznych i poetyckich na efektywność, kulturę i etykę śledztwa

Streszczenie

Zawodowe dojrzewanie prawnika, a prokuratora w szczególności, jest nigdy niekończącym się procesem. On nigdy nie powinien osiadać na laurach. W naukach sądowych bowiem nie ma zastoju. To, po pierwsze. A po drugie, każda z rozpoznawanych spraw jest jedyna, niepowtarzalna, wobec czego w tej profesji niczego raz na zawsze nie można się wyuczyć. Trzeba podążać za wciąż nowymi wyzwaniem. Między innymi przez poszerzenie pola zainteresowań czytelniczych. Autor próbuje uzasadnić to na przykładzie lektury literatury pięknej, poezji, sztuki. Celem publikacji jest uwypuklenie poglądu, że dzieła artystyczne w szerokim tych słów znaczeniu są nieusuwalnym źródłem wiedzy uzupełniającej wobec obowiązkowego kanonu piśmiennictwa pomostowego.

Motto

*Mit der Dumheit kaempfen Goetter selbst vergebens
F. Schiller (Dziewica Orleańska)*

I. Wstęp

Guru polonistyki UJK i UJ, Juliusz Kleiner przekonywał, że „właśnie zrozumienie człowieka, poznanie różnorodnych typów psychicznych

i zdolność współżycia z osobistościami wybitnymi (i generalnie Drugimi – dop. autora) – to najważniejsze zdobycze, jakie dać może literatura”¹. Szlaki tego rozumowania nieco wcześniej i potem torował współtwórca Krakowskiej Szkoły Medycyny Sądowej, L. Wachholz publikacjami, których same tytuły wskazują na odwieczne związki poezji z medycyną sądową, a więc także z praktyką procesową². Noblista I. B. Singer z kolei podkreślił znamienne, że literatura porusza (nierzadko gnuśne – dop. autora) umysły, chociaż nimi nie kieruje³. Wreszcie, niedawno zmarły uczonego lekarz o isticie artystycznej duszy, prof. Andrzej Szczeklik (*nota bene* bywalec legendarnej Piwnicy pod Baranami) udobitniał, że „Nauka (...) to tylko jeden ze sposobów poznania rzeczywistości. Wiedział o tym już Platon. (...), by przekroczyć granicę (poznania – dop. autora), przed którą musiał cofnąć się rozum (...), sztuką łowił prawdy dla nauki niedostępne”⁴.

Beneficjentem tych i doń podobnych lektur może być także prawnik, acz z góry należy zastrzec, że rażącym nieporozumieniem byłoby postrzeganie rzeczonych dzieł artystycznych jako alternatywnych czy konkurencyjnych z kanonem publikacji ściśle jurydycznym czy pomostowym. Za tym przemawia choćby jednoznaczna przenośnia B. Skargi, że człowiek nie powinien pić wody tylko z jednego źródła. Wybór lektur powinien być pochodną ambitnego rozwiązywania tłących się w rzeczywistości konfliktów między „muszę” i „mogę”⁵.

Sedno zagadnień uwidoczniła teza, według której nawet najbardziej spektakularne osiągnięcia nauk pomostowych w zakresie biologii, biomechaniki, fizykochemii czy daktyloskopii nie gwarantują sukcesu, gdy organ procesowy stosuje tylko ich standardy i algorytmy. Owszem, metody i środki nauk sądowych mają znaczenie kluczowe, lecz często nie wystarczają, żeby zostały zrealizowane cele art. 2 Kodeksu postępowania karnego⁶, co niniejsze uwagi sygnalizują.

Z tych zwłaszcza przyczyn praktyk śledczy i, szerzej – procesowy, obok bezwzględnie „obowiązkowej” dlań lektury Bilikiewicza, Grossa, von

¹ J. Kleiner, *Zarys dziejów literatury polskiej*, tom pierwszy, wydanie III. Przedmowa do pierwszego wydania (Lwów w październiku 1931), Wrocław 1958, s. 6.

² Zob. L. Wachholz, *Szekspir a medycyna sądowa*, *Przegląd Lekarski* 1911, nr 2; tegoż, *Medycyna a poezja* (W 175-letnią rocznicę urodzin Fryderyka Schillera), *Polska Gazeta Lekarska* 1934, nr 51.

³ L. B. Singer, *Kultura* 1978, nr 51 (z dnia 17 grudnia 1978).

⁴ A. Szczeklik, *Katharsis*, Kraków 2005, s. 63.

⁵ B. Skarga, (m. in.) *Człowiek to nie jest piękne zwierzę*, Kraków 2007, s. 86 i *passim*.

⁶ Więcej zob. M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017, *passim*; J. Gurgul, *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, *Prokuratura i Prawo* 2017, nr 5, s. 77–129; tegoż, *O wadliwości opinii biegłego w procesie karnym*, *Prokuratura i Prawo* 2015, nr 4, s. 79–102.

Hentiga, Makarewicza, Meinerta, Popielskiego, Sehna, Schillinga-Siengalewicza, Wachholza i innych znawców, powinien hołubić również twórczość, na przykład, Boella, Coetzee'go, Dostojewskiego, Duerrenmatta, Gombrowicza, Mendozy, Myśliwskiego, Szymborskiej, Tołstoja, Tuwima, Wyspiańskiego...

Można nadmienić, że doświadczenie także piszącego te słowa potwierdza, iż „picie wody” z niejednego źródła jest wskazane z zasadniczych przyczyn. Uprzytomnią to liczne konteksty artystycznych wytworów i zawodowstwa poszczególnych prawników. Tą drogą zostaną zarysowane kontury rozmowy na temat kwestii, między innymi, jedności oraz ciągłości nauk i międzypokoleniowych doświadczeń praktyków procesowych. W związku z tym warto baczyć na uwagę S. Waltosia, że tradycyjne klasyfikacje naukowych dyscyplin przeszły do lamusa historii. Między nimi wszak zachodzą w zasadzie relacje krzyżowania, a nie wyłączenia.

II. Profesjonalizm prawniczy a dzieła sztuki

M. Wańkowicz tłumaczył K. Kąkolewskiemu, że pisarz jest nieusuwalną jednością talentu, pracy i osobowości. Niedostatek choćby jednego z tych atrybutów czyni zeń artystę ułomnego⁷. W przypadku prawnika rzecz ma się tak samo. Soczystego przykładu na poparcie tych twierdzeń dostarczył L. Tołstoj. W mowie sądowej przeciwko Lubow Masłowej (z domu publicznej), Simonowi Kartinkinowi (portierowi) i jego dziewczynie Jewfimii Boczkowej o otrucie i okradzenie kupca Smielkowa prokurator przesadzał, udziwniał słownictwo, bełkotał, powtarzał pewne zwroty (np. „że tak powiem”), a przede wszystkim cytował wszystko, co kiedyś przeczytał, ale nic z tego co byłoby sensowne i potrzebne⁸.

Prawnik, człowiek jednakże nigdy nie jest do końca zapisaną tablicą. Białe pola na niej mogą zapisywać twórcy, o otaczającym go świecie mówiący mądrze, uczący fundamentalnie ważnego myślenia, czucia i patrzenia. Zrozumiałe, że prokurator, jak każdy prawnik, sam decyduje o tym, czy stanie się prawdziwym artystą w zawodzie czy tylko banalnym wyrobnikiem. To kwestia determinacji i świadomości, że przez Wańkowicza wymienione warunki mistrzostwa są połączone nierozzerwalnym węzłem „jak dusza z ciałem”, że solą sądowego, naukowego poznania prawdy są wątpliwości. Że dążenie do doskonałości jest procesem długotrwałym, żmudnym i wymagającym poświęceń. Jego rezultaty bywają

⁷ M. Wańkowicz, „Wańkowicz krzepi”, rozmowa z K. Kąkolewskim, Warszawa 1973, s. 51.

⁸ L. Tołstoj, Zmartwychwstanie, Warszawa 1976, s. 88–91.

obietujące i realne tym pewniej, gdy na niemożliwe patrzy się tak, jak na możliwe⁹.

Zresztą, żeby nie popaść w kompleksy, trzeba napomknąć, że relacje prawnika z artystą (z jego dziełami) mogą być obustronnie korzystne. Wskazują na to hybrydalne życiorysy choćby: Jana Brzechwy, adwokata, pisarza, liryka, satyryka i nawet prezesa ZAiKS-u; Bolesława Leśmiana, rejenta, notariusza w Hrubieszowie i Zamościu, a jednocześnie poety, teatralnego reżysera, autora Przygód Sindbada Żeglarza; Olgierda Misuny, od 1930 r. prokuratora, od 1950 r. adwokata – krasomówcy, absolwenta Szkoły Sztuk Pięknych, twórcy teatralnych scenariuszy i Warszawskiego pitawala sądowego; Władysława Rymkiewicza, adwokata, literata, który napisał m.in. powieść *Romans królewski*; Ewy Łętowskiej, sędzi, komentatorce i autorce lub współautorce urokliwych dzieł poświęconych muzyce¹⁰.

Przejdźmy wszelako do konkretyzowania tego, co z przemyśleń pisarza, poety, filmowca czy niewerbalnych komunikatów aktora praktykujący prawnik może – po odpowiednim przetrawieniu – przejąć jako bodziec, wzór do naśladowania w procesie stawania się nietuzinkowym zawodowcem.

Otóż, po pierwsze, to, że nie wolno osiadać na laurach, wytrwale należy się uczyć (!). Podobnie jak przed wiekami Platon, tak współcześnie, między innymi, J.M. Coetzee snuje myśl, że pisarze przekazują nam więcej wiedzy, niż sami sądzą. Bohaterka jego książki, urodzona w Teheranie Brytyjka, Doris Lessing głosiła, że wyzwolona w poetyckim akcie twórczym energia prowadzi głębiej, niżli jakakolwiek racjonalna analiza. W tym rozumowaniu posiłkował się J. Brodskim, według którego dialog zwłaszcza z wielką literaturą rozbudza ważne w mentalności, np. prokuratora, poczucie własnej indywidualności. T. Venclova uzupełnił je spostrzeżeniem, że poezja Brodskiego jest duchowym ćwiczeniem, które niezawodnie poszerza duszę czytelnika¹¹.

To „coś” zapewne obecne jest również, *mutatis mutandis*, we wcześniejszych przemyśleniach J. Fourastie’go. Na uwagę zasługują jego re-

⁹ Więcej zob. np. T. Ash, Europa, Europy. Przemówienie Laureata Nagrody Karola Wielkiego (25 maja 2017 r., Akwizgran), Przegląd Polityczny 2017, nr 144; J. Conrad, Lord Jim, Warszawa 1973, tom II, s. 9; J. W. Goethe, Sprueche in Prosa. Werke, wyd. weimarskie, XVII, cz. II, s. 142; J. Hen, Błazen – wielki mąż. Opowieść o Tadeuszu Boyu-Żeleńskim, Warszawa, 1998, s. 159, 161; J. Kleiner, *idem*, s. 164, 211; J. Kosiński, Poruszyć umysł. Rozmowa z M. Kobzdejem, Tygodnik Solidarność 1989, nr 11; W. A. Nollen, Jak zostałem chirurgiem, Warszawa 1976, s. 16; L. A. Seneka, Myśli, wybrał i przełożył S. Stabryła, Kraków 1989, s. 217.

¹⁰ Zob. np. S. Waltoś, *Lectio doctoris*, (w:) S. Waltoś, dr h. c. UMCS, Lublin 2004, s. 18, 19.

¹¹ J. M. Coetzee, Elizabeth Costello, Kraków 2006, s. 116; tegoż zob. też: *Dziwniejsze brzegi. Eseje literackie 1986–1999*, Kraków 2008, s. 192, 194, 345.

fleksje na temat niewiedzy jednostki i niewiedzy ludzkości. Uczonym wytyka, że dzielą się jedynie tym, co wiedzą, aczkolwiek istotniejsze byłoby poinformowanie o stanie swojej niewiedzy¹². Nie informują, ponieważ z wielu względów nie tylko uczonemu trudniej określić pole własnej niewiedzy, a jeszcze (przynajmniej z wydumanej obawy o kompromitację itp.) wyartykułować, czego nie wiemy. Nic przeto dziwnego, że prokurator Lwa Tołstoja bredził niestworzone rzeczy.

Zdaniem absolwenta Wydziału Prawa UW, W. Gombrowicza, w gromadzeniu i prezentacji wiedzy (także w przypadku prawnika) najciekawsze, żeby nie powiedzieć – najcenniejsze, jest i powinno być to „pomiędzy”, będące przekraczaniem linii „od do”. Nie trzeba wyostzonego słuchu, żeby w myśli Gombrowicza dosłyszeć echo, jakże oklepanego stwierdzenia w VII wydaniu z 1922 r. „Handbuch fuer Untersuchungsrichter ais System der Kriminalistik” H. Grossa, że pomiędzy A i nie A leży więcej niż cały alfabet. Czego świadomość nie powinna gasnąć w żadnym postępowaniu, szczególnie zaś przygotowawczym .

W związku z tym i w celu udroźnienia wywodu należy wyjaśnić, że talent prawnika to (m.in.) właśnie „umiejętność schodzenia w głąb zjawisk (...) odkrywania wnętrza, ukrytych związków”, przeczuwanie i poszukiwanie „czegoś niewidocznego”¹³. W czym pomaga, na wszelakie sposoby odmieniana wiedza, której pojęcie w znaczeniu tutaj używanym nie jest tożsame z informacjami encyklopedycznymi bądź z Wikipedii. Nagromadzone informacje zyskują status wiedzy dopiero po ich zinterpretowaniu, otwierającym przejście do czegoś jeszcze, czego dotąd nie poznano. Jednym słowem, formowanie prawnika musi obejmować również nabywanie umiejętności dostrzegania tego, co może rzucać nowe światło na stan faktyczny. Efekt tłumaczenia sensu wiadomości (np. zeznań) zależy jednocześnie od rzetelności intencji interpretatora oraz spoglądania na nie przez pryzmat odpowiedniej cywilizacji, wrażliwości, kultury literackiej i artystycznej, wysokiej i lokalnej. Zrozumiałe nadto, że ciągoty instrumentalnego rozumu do panoszenia się, muszą być niejednokrotnie poskramiane zdrowym rozsądkiem¹⁴.

¹² J. Fourastie, *Myśli przewodnie*, Warszawa 1972, s. 19.

¹³ R. Kapuściński, *Lapidaria*, Warszawa 1997, s. 109.

¹⁴ J. Fourastie, *idem*; A. de Saint-Exupery, *Ziemia planeta ludzi*, Kraków 1971, s. 78; J. M. Coetzze, I. Costello, *idem*, s. 151; H. Boell, *Kobiety na tle krajobrazu z rzeką*, Poznań 1989, s. 220 i *passim*; A. Camus, *Obcy*, Kraków 1972, s. 74, 76; J. Tischner, (w:) *Między panem a plebanem*, Kraków 1995, s. 203; A. Zagajewski, *Płótno*, wiersz *Obecność*, Warszawa 2002, s. 13; F. Duerrenmatt, *Kraksa*, Warszawa 1959, s. 66–68 i *passim*; M. Rusinek, *Nic zwyczajnego. O Wisławie Szymborskiej*, Kraków 2016, s. 90.

Niestety, choć żaden rozumny jurysta nie żywi cienia wątpliwości co do zależności prawidłowego interpretowania materiału od także zdolności słuchania i otwartości na poglądy Drugiego. Te oczywistości w zawodowym życiu miewają się kiepsko. Do niektórych, izolujących się od otaczającego ich świata nie dociera obrazowa przestroga Ludwiga Wittgensteina, że brak ciekawości Innego i spoczywanie na laurach jest tak samo „niebezpieczne jak spoczywanie zimą na śniegu. Umrzesz w czasie snu”¹⁵. Skąd się to bierze? Z muru niechęci do zdobywania nowej wiedzy bądź ze szczególnej hipokryzji. Systematycznie pisano o tym od niepaamiętnych czasów.

Rzymski pedagog i retor, Marek Fabiusz Kwintylian (około 35 do około 95 r.) z obserwacji wnioskował, że są tacy, którzy w nauce niewiele postąpili poza co najwyżej elementarne wiadomości, a mimo to (a może dlatego właśnie?) są niezbitnie przekonani, że stali się uczonymi fachowcami¹⁶.

Przykład z życia wzięty. Nadzorujący śledztwa przeciwko życiu dokonał analizy akt w sprawie śmierci młodej matki i żony. Na strychu własnego domu ujawniono jej zwłoki powieszona w pętli ze sznura. Chodziło głównie o często niezwykle trudne różnicowanie między zabójstwem i samobójstwem, w konkretnym przypadku wręcz ekstremalnie powikłane, ponieważ bezmyślnie spłycono badania miejsca zdarzenia i zwłok denatki. Konsultant oceniający stan rzeczy dzielił się szczegółowymi spostrzeżeniami z prokuratorem Prokuratury Rejonowej w L. i wykonującym zleczone czynności milicjantem z tamtejszej Komendy. Oni jednakowoż ewidentnie nie interesowali się udzielanym instruktażem. Wykorzystując chwilowe odwrócenie od nich uwagi przez referującego prowadzący śledztwo prokurator konfidencjonalnie szepnął do milicjanta: „iii... teoria”, co udobitnił charakterystycznym machnięciem ręki. Obaj przecież byli „pewni”, że znają już jedyną prawdę.

Parafrazując S. Kisielewskiego można powiedzieć, że im prymitywniejszy poziom umysłowy i im mniejsze przywiązanie do idei prawdy, tym bardziej zatwardziały i schematyczne obstawanie przy własnym obrazie rzeczywistości¹⁷. W tej postawie uwidoczni się kruchość etyki zawodowej, bo ignorującej fakty i cudze poglądy. Kontentujący się bylejąkością własnych osiągnięć nigdy nie jest zainteresowany ani wiedzą, ani prawdą. Wciąż natomiast troszczy się jedynie o to, „żeby – jak W. Gombrowicz pisał – się nie dowiedziano, że on nie wie”¹⁸.

¹⁵ Cytuję za R. Kapuściński, *Lapidaria*, *idem*, s. 149, 150.

¹⁶ M. F. Kwintylian, *Kształcenie mówcy*, Kraków 2012.

¹⁷ S. Kisielewski, *Terroryzm ideowy*, Bunt młodych z dnia 25 lutego 1936 r.

¹⁸ W. Gombrowicz, *Dziennik*, tom 3, Kraków 1999, s. 58.

Clou zagadnienia jeszcze w tym, że do niezbywalnych przymiotów prokuratora (sędziego, obrońcy, policjanta) zalicza się odpowiedzialność. W znaczeniu tutaj używanym zdolność do ponoszenia jej posiada tylko ten, kto rozumie sens przedsięwziętych czynności czy oświadczeń. Również tylko myślącego prawnika sumienie pracuje i uwiera wyrzutami, ilekroć jego postęпки są naznaczone nieetycznością czy bezkrytycznością (B. Skarga). Spuentujmy to zatem pyszną i słusznie rozpowszechnioną frazą S.J. Leca. Otóż nagabywany przez otoczenie partacz niewątpliwie ma i zawsze „Miał czyste sumienie – nieużywane”. Albo Gombrowicza wierszem (że w przypadku nieudacznika, mentalnie ograniczonego prawnika) „Nie, nie ma odpowiedzialności, Muszą jednak zostać załatwione Formalności...”¹⁹. Dla prawnika „brygadzysty” meritum nie ma znaczenia. Zwyczajnie bowiem nie rozumie, co czyni.

Do skrótowo poruszanej problematyki nieraz jeszcze wypadnie nawiązywać.

III. Rozwiązywanie w praktyce zadań z art. 2 k.p.k. a dzieła sztuki

1. Wszczęcie i opracowanie planu oraz wersji śledczych. Grubo upraszczając, chodzi o artystyczny ogląd zagadnienia kluczowego w rozplątywaniu w praktyce zagadek określonych w tzw. siedmiu złotych pytaniach. Temat doczekał się już bez liku monografii²⁰ i prac pryncypal-karskich. Doniosłe „mędrców okiem i szkiełkiem” poczynione ustalenia warto chyba konfrontować i (lub) uzupełniać wizjami właściwymi ludzom sztuki. Obecnej także w śledztwie, gdzie w rzeczywistości jest ona przede wszystkim spoiwem w jedno łączącym teorie (czyli naukę procesu karnego i dyscypliny pomostowe) z praktyką.

Światowej sławy reporter, R. Kapuściński formułuje ważny w jego profesji, ale także prawnikowi przydatny punkt widzenia, że nie ma żadnych reguł selekcji ważności ujawnianych szczegółów (np. podczas oględzin miejsca, osoby, rzeczy – art. 7 § 1 k.p.k.). Niesprzecznie z doświadczeniem prokuratora ocenia nadto, że intuicja, wyobraźnia i wiedza są jedy-nymi kryteriami podejmowania decyzji w przedmiocie odrzucania lub przeciwnie – zabezpieczania śladu czy rzeczy²¹. Cytowany zaś przez S. Grodzkiego A. Podraża wymownie apeluje: „Prawnicy (gdy wszystko

¹⁹ W. Gombrowicz, *Ślub*, Kraków 1957, s. 231.

²⁰ Zob. np. P. Girdwoyń, *Wersje kryminalistyczne. O wykrywaniu przestępstw*, Warszawa 2001; J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), *Paradygmaty kryminalistyki*, Kraków 2016.

²¹ R. Kapuściński, *Lapidaria*, *idem* s. 218.

niepewne, a jednocześnie wszystko nadal możliwe – dop. autora), pamiętajcie: ważne jest nie tylko to, co o badanym zdarzeniu mówią jego uczestnicy (...). Ważniejszym bywa to, co mówi samo wydarzenie (jego przeróżne konteksty – dop. autora). Obyście je tylko zrozumieli”²².

Koniecznym warunkiem postępu przeto jest wyłuskiwanie oznak prostości z poplątanego, mętnego obrazu pierwszych informacji o przestępstwie, mniej lub bardziej zakamuflowanych, np. w wyglądzie miejsca przestępstwa i ewentualnie zwłok. Aby uspokoić nerwy i wyzbyć się obezwładniającego pesymizmu niezbędne jest założenie, że sprawa może być banalna, zwyczajna. Kolejny krok to, staranne, nacechowane wyobraźnią wyznaczenie granic obszaru niewiedzy, czyli ogółu znaków za pytania, na które sukcesywnie należy odpowiadać. Artyści zalecają, żebyśmy od początku unikali przeceniania (rzekomo!) wszystko wyjaśniających formuł. I po drugie, nie pracowali w osamotnieniu. Wiele barier wszak pokonuje się rozmawiając, myśląc i czując z kimś Innym, na przykład, na miejscu zdarzenia z optymistycznie nastawionymi: kryminalistyką, medykiem sądowym czy psychiatrą lub psychologiem²³. Z autopsji rzeczywiście wiadomo, że jeden zrzęda w zespole wystarczy, aby szanse poznania zostały pogrzebane.

Optymalna sytuacja powstaje wtedy, kiedy program nawet bardzo trudnych pytań, odzwierciedlających skonkretyzowane wątpliwości, osiąga poziom negatywu stanu faktycznego. Jednocześnie, cokolwiek by się nie powiedziało, do prawnika niechybnie powinien dotrzeć odgłos przemyśleń J. Conrada, że „na tym świecie pełnym zwątpienia każde zaznaczenie swej pewności jest zuchwałością, jest wyzwaniem”²⁴ czy A. Malraux, iż „być może, że jeśli idzie o los, więcej znaczy dla człowieka pogłębianie (co samo przez się mówi, iż budowanie wersji śledczych jest procesem a nie jednorazowym aktem – dop. autora) pytań niż odpowiedzi, jakich sobie udziela”²⁵. Za najbardziej krzepiący i owocny z punktu widzenia operacji podejmowanych zwłaszcza w zdominowanej niejasnościami, początkowej fazie postępowania można uznać fragment sztukholmskiego wykładu Wisławy Szymborskiej z okazji przyznania jej Na-

²² S. Grodziski, Klio, córka Mnemosyne, kelnerka z „Kopciuszka”, Kraków 2014, s. 147.

²³ Więcej zob. E. Zola, Bestia ludzka, Warszawa 1960, *passim*; F. Duerrenmatt, Obietnica, Warszawa 1960, s. 16, 49, 57; tegoż, Kraksa, *idem*, s. 45, 46; E. Cassirer, Esej o człowieku, Warszawa 1971, s. 322; M. Wańkowicz, Karafka La Fontaine’a, Kraków 1972, 1.1, list K. Kąkolewskiego do autora, s. 82, 83; W. Myśliwski, Ostatnie rozdanie, Kraków 2013, s. 243; J. Twardowski, Wiersze największej nadziei, Białystok 2003, s. 253; C. Miłosz, Piesek przydrożny, Kraków 1998, s. 137.

²⁴ J. Conrad, Lord Jim, tom II, *idem*, s. 24.

²⁵ A. Malraux, Antypamiętniki, Warszawa, 1993, s. 86.

grody Nobla. Otóż, śledczemu daje do myślenia takie oto wyznanie: „wysoko cenię sobie dwa małe słowa «nie wiem». Małe, ale mocno uskrzydłone. (...). Gdyby Izaak Newton nie powiedział sobie «nie wiem» (...), nie dokonałby odkryć”. Wypowiedzeniu tychże małych, ale uskrzydających(!) słów także Maria Skłodowska-Curie zawdzięczała dwa Noble²⁶. Nic dodać, nic ująć. Wszystko jasne. Warto zatem, by motta z Conrada, Malraux, Szymborskiej... zamieszczano na pierwszej stronie podręczników kryminalistyki oraz w nagłówkach programów wersji (w istocie też), do których tworzenia bodźcem są pytania bezustannie stawiane sobie, świadkom, biegłym itd.

Przyznanie się do niewiedzy, której stwierdzenie i usunięcie nie obywa się bez intelektualnej determinacji, jest również dowodem mądrości, nigdy – powodem wstydu. Sam Sokrates powiedział wszak, że może choć o tę odrobinę jest mądrzejszy od swojego rozmówcy polityka, bo jak czego nie wie, to i nie myśli, że wie²⁷.

2. Spośród siedmiu złotych pytań na czołowym miejscu plasuje się kwestia, CO się faktycznie wydarzyło? Art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. stanowi bowiem, że nie wszczyna się postępowania, a wszczęte umarza, gdy „czynu nie popełniono, albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających jego popełnienie”. Nie lada szkopuł jednakowoż tkwi w doświadczeniu, że z reguły „przeszłość jest – zdaniem C. Miłosza – niedokładna, bo nie (zawsze – dop. autora) umiemy ustalić, jak naprawdę było, choćbyśmy się najbardziej starali. Opierać się musimy na pamięci ludzi, a ta jest zawodna. (...) nasza narracja upraszcza i komponuje pewną całość z wybranych szczegółów, pomijając inne”²⁸.

Zgoda, szczególnie dziś rzeczywistość jest zbyt skomplikowana, wielopostaciowa, aby jej istotę rozpoznać z dnia na dzień, śpiesznie, z pomocą tylko jednego klucza²⁹. Stąd już we wstępnej fazie decyzyjnej od wieków korzysta się z, przykładowo, intelektualnego wsparcia medyków sądowych, acz i ono samo przez się nigdy – z rozmaitych przyczyn – o wszystkim nie rozstrzygało. Jak w kazusie z 1788 r., kiedy w sprawie „karygodnego postępowania akuszerki Łukaszowej, odbierającej poród Marianny Czechowej (krakowskiej mieszczerki) opiniowało szacowne „Ko-

²⁶ M. Rusinek, Nic zwyczajnego. O Wisławie Szymborskiej, Kraków 2016, s. 40.

²⁷ Platon, Obrona Sokratesa, Warszawa 1958, s. 87; gdyby więc, wśród prawników było więcej „Sokratesów”, tylko wyjątkowo – *mutatis mutandis* – zdarzałyby się chybione orzeczenia w postępowaniu przygotowawczym i sądowym.

²⁸ C. Miłosz, Kilka żywotów, Tygodnik Powszechny 1998, nr 4.

²⁹ F. Duerrenmatt, Obietnica, *idem*; J. M. Coetzee, Hańba, Kraków 2001; D. Ploetz, Gabriel Garcia Marquez, Wrocław 1997, s. 6; tegoż, Wiek żelaza, Kraków 2004, s. 48, 49; M. Hłasko, Brudne czyny, Warszawa 1994, s. 311.

legium Fizyczne” Wydziału Lekarskiego UJ. Sekcję zwłok bowiem przeprowadzono „niewcześnie i nielegalnie” (czytaj spartaczono), wobec czego, cytujemy, „Łukaszowa (wprawdzie JG) podejrzaną się być zdaje, jednakowoż nie masz jasnych i legalnych dowodów, ażeby ją Kolegium za winną uznało”³⁰.

W takich, prawie beznadziejnych sytuacjach artyści sugerują prawnikowi metaforyczne wyjścia z danego klinczu. Czy i jak podpowieź zinterpretuje, zależy od zaciekawienia prawdą i profesjonalizmu *sensu largo*. Posiadaną wiedzę o zdarzeniu, gdy nie chodzi o winę i karę, można uzupełnić „odtworzeniem rzeczywistości w mózgu”, wyobraźnią, a przede wszystkim dostrzeżonym związkiem między niektórymi elementami stanu faktycznego. Mroków czynu nie rozproszy się z pomocą tylko logiki czy matematyki. Dlatego w powszedniości należy rozpoznawać coś osobliwego, dostrzegać detale niewyraźne i „wierzyć w mord właśnie dlatego, że wydaje się absurdalny – zakładać, że jest możliwy”³¹. Jak pierwotnie niewyobrażalna mogłaby się nam wydać sensacyjna historia bohaterki ze zbrodnią w tle: biedaczki Mercedes Negrer i córki zaplątanego w brudne interesy magnata majątkowego Izabel Peraplan, opisana w atrakcyjnej powieści Mendozy³².

Tym rozterkom wychodzi naprzeciw W. Gombrowicz. W „Zbrodni z premedytacją” kreuje całościowy i dość nieodległy od doskonałego wzorzec niania na nitkę okruszków wrażeń i spostrzeżeń, których suma pozwala się uporać z meandrami pytania: zabójstwo – samobójstwo – naturalny zgon? Teatralne, jakby wyreżyserowane zachowania żony, syna i córki oraz służby wzbudzają podejrzenia sędziego śledczego, przybyłego do dworku zgodnie z wcześniejszą zapowiedzią. Sztucznością raziły go także sposoby oznajmienia o świeżej śmierci męża i ojca oraz oprawa zwłok na łożu w pokoju na górze. Sędzia zaczął więc rozumować: odkąd przyjechałem wszystko wypada sztucznie i pretensjonalnie, kiedy trup wyszedł na jaw, wszelkimi sposobami usiłowano zmusić mnie do klękania i całowania rąk, w miarę wykrywania kolejnych poszlak układających się w jeden łańcuch wzmagął się strach na twarzach żony, a przede wszystkim syna itd., itp. Wreszcie, będąc sam na sam w danym pomieszczeniu sędzia odwrócił zwłoki i na szyi dostrzegł podbiegnięte ślady palców... Palców syna ojcobójcy³³.

³⁰ M. Łyskowski, Testament mistrza chirurga, Warszawa 1974, s. 68, 168–172.

³¹ J. Fourastie, Myśli przewodnie, *idem*, s. 78; F. Duerrenmatt, Obietnica, *idem*, s. 16; tegoż, Kraksa, *idem*, s. 45, 46; M. Rusinek, Pypcie na języku, Warszawa 2017, s. 6, 31, 172.

³² E. Mendoza, Sekret hiszpańskiej pensjonarki, Kraków 2004, s. 154, 164, 166 i *passim*.

³³ W. Gombrowicz, Zbrodnia z premedytacją, Kraków 1989, s. 30, 31, 39, 62–64.

Oczywiście, szczególne łamigłówki w owym różnicowaniu nierzadko biorą się z niełatwych do opisanego środowiskowych tradycji, zwyczajów, kultur, hipokryzji itd. W. Myśliwski, na przykład, kreśli swoisty pejzaż nastrojów po ekscesach na wiejskiej potańcówce. Policjant, a „niechby wdał się który w bójkę na zabawie, czy by poznał, kto winny? Na zabawie nie ma winnych i niewinnych. Wszyscy dziabiają na okrągło, to jeden drugiego może i na śmierć zadziabnąć i nie będzie nawet wiedział kogo. (...) A zabity już i tak nie wstanie. Zresztą między swymi zabity, co policji do tego”³⁴.

Jeszcze inną optykę zagadnienia uzmysławia powieściowe samobójstwo b. Lwowianina w krakowskim Hotelu „Pod Różą”. W domu prof. Szczupaczyńskiego rozgorzała dyskusja, którą ów bohater także podsumował: „Ludzie wstydu nie mają, zabijają się niemalże w Wielkanoc”. Małżonka profesora natomiast pojednawczo, choć kuriozalnie rzekła: „Ale przynajmniej (...) zrobił to z dala od bliskich, którzy zawsze będą mogli powiedzieć w towarzystwie, że skończył na awaneryzm albo postrzelił się, czyszcząc broń”³⁵. Po tej narracji niejedną, w tym również autor niniejszego szkicu, przeżywa *deja vu*.

Do gabinetu weszła szlochająca kobieta w podeszłym wieku. Przyjechała z dalekiego powiatu c. prosząc o „zamknięcie zięcia”, acz niczego nie może mu zarzucić. Dlaczego zatem „zamknąć”? Bo córka się powiesiła, czym rodzina będzie zniesławiona, a szczególnie, „gdy w niedzielę ksiądz z ambony potępi złe wychowanie” denatki. Prawnika przeto nie powinna szokować informacja A. Romanowskiego, że 27 czerwca 1931 r. dr Eugenia Lewicka popełniła samobójstwo w mieszkaniu przy ul. Belwederskiej 4 w Warszawie, po powrocie z urlopu spędzonego z Marszałkiem na Maderze. Sedno relacji kryje kończąca ją wątpliwość: „Czy w ogóle było to samobójstwo, a nie morderstwo, jak zdawał się podejrzewać Piłsudski? Podobnie jak w przypadku pierwszej żony”³⁶. Pytania są. Odpowiedzi brak.

Śledztwa dotyczące zwłaszcza domniemanych samobójstw, poszukujące odpowiedzi na pytanie, co się wydarzyło, wywołują więc mnóstwo emocji, rozterek, a nawet – pewności niepewności. Zwyczajnie, istota nazw w zasadzie jednoznacznych jest i w praktyce może być na różne sposoby interpretowana, a literatura to uprzytomnia. W rzeczywistości nie ma czegoś takiego, jak Ernsta Cassirera – *Simplex sigillum veri*, tj. prosta pieczęć prawdy (zob. jego Esej..., s. 322).

³⁴ W. Myśliwski, Kamień na kamieniu, Warszawa 1984, s. 61.

³⁵ J. Dehnel, P. Tarczyński, Rozdarta zasłona, Kraków 2016, s. 19.

³⁶ A. Romanowski, Jak oszukać Rosję?, Kraków 2002, s. 171, 172.

3. Wiedząc, że dany czyn może być, jest zabójstwem, rabunkiem, kradzieżą itd., stawiamy kolejne pytanie, kto jest sprawcą? Skory do wymądrzania, bez namysłu rzeknie, oczywiście, *is fecit cui prodest!* Tak, ale kiedy i jak orzec, że jest nim przysłowiowy Jan Kowalski? Zawsze niezawodny J. Tischner doradzał: „cłeka najlepiej poznajes po łocach”³⁷. Pewnie nie bez kozery tak powiadał. Bagatelizujących niespodzianki jednak temperuje Gilbert K. Chesterton uwagą, że wprowadzie „świat jest racjonalny, ale nie do końca (...). Najdziwniejszą cechą rzeczywistości (kryminalnego incydentu – dop. autora) jest to, że ukradkiem nagle zbacza o centymetr od wyznaczonego kursu (...)”³⁸. Do śledztwa wtedy może się wkraść element nieobliczalności, wobec czego trzeba się zawsze kierować umiarem, rozwagą.

To mając na oku, baczmy też na udzielaną przez F. Dostojewskiego radę, że motywy postępów ludzkich są zazwyczaj o wiele bardziej złożone i różnorodne (patrz w literaturze kryminalistycznej m.in. przez Hentiga lansowane zjawisko polimotywacji), niż je *ex post* tłumaczymy. Co gorsza, rzadko kiedy dadzą się ściśle dookreślić. E. Zola uświadamia też względność powagi bodźca. Misard, np. na raty truł i w końcu otruł żonę Frasię, z powodu tylko ukrycia przed nim 1000 franków. Z kolei przez socjologa, prof. Błachowskiego wciągnięty do pisania Urke Nachalnik (czyli „Zuchwały złodziej”) w czasie, gdy ten odbywał kolejną karę w więzieniu w Rawiczu, zaskakująco wyznał, że „więzienie i kobieta – to dwie siły, które popychają człowieka do wszystkich przestępstw”³⁹.

Generalnie autorzy są skłonni do nadawania motywom dużej roli w identyfikowaniu sprawcy. Stwierdzenie, że iksowi, igrekowi, zetowi itd. doskwierał brak pieniędzy lub targała nim zazdrość o coś czy o kogoś, znacząco zacieśnia krąg podejrzewanych. Poza tym, przypisują trudną do przecenienia wartość bezlikowi drobiazgów w procesie dociskania pętli podejrzeń wokół tego „kogoś”. W jednym z filmów USA scenarzysta nawołuje, aby „patrzeć i słuchać, słuchać i patrzeć, oto wszystko, na czym możemy się oprzeć”. I na dowód, że to ma sens, rozumuje: zastrzelony z pistoletu denat, leżący na otomanie był krótkowidzem, ale okulary miał założone powyżej czoła. Stąd wersja, że zabójca był osobą

³⁷ J. Tischner, w audycji telewizyjnej „Góral w sutannie”, 2001.07.01.

³⁸ Cyt. za R. Kapuściński, *Lapidarium III*, Warszawa 1997, s. 178.

³⁹ F. Dostojewski, *Idiota*, Warszawa 1977, s. 548; E. Zola, *Bestia ludzka*, *idem*; Urke Nachalnik, *Żywe grobowce*, Warszawa 1934, s. 172; R. L. Parry, *Ludzie, którzy jedzą ciemność*, Kraków 2014, s. 257; Parry pisze o wartości pytania „dlaczego” oraz motywu i przyznania do winy w japońskim procesie karnym, cytując D. T. Johnsona, *Japanese Way of Justice. Prosecuting Crime in Japan*, New York 2002; F. Duerrenmatt, *Obietnica*, *idem*, s. 49.

z n a n ą zmarłemu. Zagrożony wszak, gdy wieczorem ktoś wchodzi do jego domu, chce go przecież rozpoznać, o ile go nie zna. Gdyby zatem – medytuje por. Colombo – zabójca był osobą nieznaną denatowi, wtedy zsunąłby okulary na oczy, żeby intruza rozpoznać. Spektrum typowanych ulega zatem radykalnemu ograniczeniu⁴⁰.

4. W alegorycznym wierszu C. Miłosza „Człowiek wielopiętrowy”, prawnik poszukujący prawdy może, czytając zwłaszcza drugą strofę, znaleźć godną uwagi podstawę rozumowania, cyt:

*Idzie człowiek wielopiętrowy,
na górnych piętrach rześkość poranka,
a tam nisko
ciemne pokoje,
do których strach wchodzić⁴¹.*

Właśnie tak, jak u Meyrinka „najważniejsza mądrość chodzi (może chodzić – dop. autora) w szacie błazna”⁴². Zanim się poda nazwisko przestępcy, warto rzetelnie sprawdzić zarówno piętro, gdzie czuć „rześkość poranka”, jak też pokój, do którego „strach wchodzić”. W licznych dziełach rozprawia się o znaczeniu ustaleń podobieństwa *modus operandi* kryminalisty, szczególnie sposobu „sprawdzonego” w kolejno popełnianych czynach. *In concreto* wnioskuje się tak: ten sam *modus operandi*! Gdy zabija, zawsze bowiem pada śnieg, strzał w potylicę z przystawienia z pistoletu kaliber 6,35, gwint lewoskrętny itd. Sposób działania ponadto pozwala charakteryzować cechy osobowości, oblicze moralne i poczytalność podejrzanego⁴³.

Zgodnie z doświadczeniem i jakby na zamówienie praktyka śledczego pisarze jednak ostrzegają, że ktoś poszukiwany z najrozmaitszych przyczyn zmienia sposób działania i robi głupie rzeczy. Według Dostojewskiego, w chwili przestępstwa „prawie każdy zbrodniarz ulega jakiemuś upadkowi woli i rozważli. Ich miejsce zajmuje wprost fantastyczna, dzie-

⁴⁰ Por. Amerykański film „Zabij mnie w sposób doskonały” emitowany w TVP z główną rolą por. Colombo.

⁴¹ C. Miłosz, *Druga przestrzeń*, Kraków 2002, s. 46.

⁴² G. Meyrink, *Walpurgisnacht*. Phantastischer Roman, Leipzig 1917, s. 128.

⁴³ Por. np. L. Fuks, *Śledztwo prowadzi radca Heumann*, Warszawa 1981, s. 175–177, 203; F. Duerrenmatt, *Obietnica*, *idem*, s. 57; L. Tołstoj, *Zmartwychwstanie*, *idem*, s. 194; A. de Saint-Exupery, *Pilot wojenny*, Kraków 1971, s. 218 i *passim*; A. Camus, *Obcy*, *idem*; za Encyklopedią podręczną prawa karnego, pod red. W. Makowskiego, tom I, s. 41 dopowiedzmy opinię K. Stielera, że „na prawdziwego kłusownika składają się trzy rzeczy: składana strzelba, okopcona twarz i zapewnione alibi”.

cięca lekkomyślność (...). M. Hłasko zaś ze znanostwem rzeczy konstatuje, że sukces demoralizuje zbrodniarza. Rozzuchwała. „Więc potem chce się dla własnego spokoju przekonać (...) o własnej perfekcji. I zabija drugi raz – źle, naiwnie. (...). Do następnej (zbrodni – dop. autora) nie umiał się już przygotować”. Ba, nawet Szekspir w scenie I aktu III Hamleta nie omieszkał wytknąć, że pod wpływem wahań zamiary „zbite z wytkniętej kolei tracą nazwisko czynu”⁴⁴.

5. Wzmianką o alibi K. Stieler pobudza do choć kilkudzaniowej rekomendacji pokrewnego tematu, a mianowicie projekcji, jako jednego z mechanizmów obronnych osobowości. W praktyce nabiera wielu odcieni, jej istota polega niechybnie na przypisywaniu innym własnych negatywnych uczuć, motywów postępowania, niekorzystnych właściwości i (lub) czynów (por. Encyklopedyczny słownik psychiatrii, red. L. Korzeniowski i S. Pużyński, Warszawa 1986, s. 275). Celem pomawiającego jest poprawa samopoczucia przez wskazanie palcem naprawdę „złego” i tym samym, mniej lub bardziej udane, skierowanie śledztwa na bezdroża. Na co, jak z doświadczenia wynika, mniej przezorni dają się nabrać, wskutek czego działają bezproduktywnie i nieodwracalnie trwonią widoki powodzenia sprawy.

Swoistym klasykiem gatunku wydaje się być w TV wyemitowany w lipcu 1984 film „Krab i Joanna”. Pływający na rybackim statku marynarze zawijają do wielu portów, gdzie – za wyjątkiem jednego, granego przez niezapomnianego Jerzego Kamasa – wszyscy oddają się uciechom z przygodnymi kobietami. Chóralnie też podejrzewają, a nawet są pewni, że wszystkie żony zdradzają. I znowu tylko cnotliwie w obcych portach postępujący (tj. przez Kamasa kreowany) marynarz wcale nie myśli o nielojalności własnej żony. On, po prostu, ufa w jej wierność.

Inny odcień projekcji prezentuje Raskolnikow w rozmowie z Zamiotowem. Skradzioną zabitej Ilonie Iwanownej sakiewkę z precjozami, po opuszczeniu miejsca zbrodni ukrył faktycznie pod kamieniem. Naoczny świadek zeznał: „Pochylił się nad kamieniem, mocno oburącz uchwycił go za wierzchołek (...)” itd. Zamiotowowi Raskolnikow bez ogródek relacjonuje: „ja bym to zrobił tak” i zbieżnie z zeznaniami świadka opowiedział, jak on schowałby zrabowane zabitej „pieniądze i rzeczy”, aby uniknąć złapania przez policję⁴⁵. Z kolei debatujący w celi nad surowością wyroku Lubow Masłowej osadzeni nie mają wątpliwości, że „gdyby były

⁴⁴ F. Dostojewski, *Zbrodnia i kara*, Warszawa 1971, s. 87; M. Hłasko, *Brudne czyny*, *idem*, s. 311; Hamleta cyt. za L. Wachholz, *Szekspir a medycyna sądowa*, *Przegląd Lekarski* 1911, nr 28.

⁴⁵ F. Dostojewski, *Zbrodnia i kara*, *idem* s. 131, 196, 197.

pieniążki i gdyby się wzięło cwaniaka, to by uniewinnili (...). Ten (...), kudłaty, z wielkim nosem (...) człowieka z wody suchego wyprowadzi”⁴⁶. Inaczej mówiąc, brzydki są sędzia i adwokat, a nie Masłowa. Te dywagacje niczym kłamrą spina w jedno Marek Hłasko wieszczący powszechność krzywdzenia przez prawników każdego więźnia, niejako z samej definicji przecież niewinnego. Do czego w ogóle i wyjątkowo przebiegle przyczynia się znowu „nikczemność i przewrotność kobiet”⁴⁷.

Z punktu widzenia potrzeb i doświadczenia praktyka procesowego jednak warto powyższe obwarować – za J. M. Coetzee – maksymą, że nie ma takiego kłamstwa, w którym nie byłoby ziarna prawdy. Wystarczy „tylko wiedzieć, jak słuchać” podejrzanego, świadka. Prawd bowiem „jest wiele”, a ich drobiny są „rozsypane po świecie”⁴⁸.

Artystyczne wizje potwierdza lektura na wszystkie sposoby spopularyzowanej sprawy IV K 157/74 Sądu Wojewódzkiego w Katowicach. Bodaj w 1973 r. był okres, kiedy Zdzisław Marchwicki wyjaśniał w trzeciej osobie, że domniemany zabójca wyciął Marii G. jedną waginę, Jolancie G. nie zabrał pierścionka, bo uznał go za bezwartościowy, Zofii K. skradł reformy itd. Wszystko lub prawie wszystko odzwierciedlało rzeczywistość, którą – należało przyjąć – mógł znać tylko on jako faktyczny zabójca! Sedno problemu zatem tkwi z zasady w roztropności wnioskowania – winny, niewinny? W tej materii nie ostatnie to słowa.

6. Przesłuchanie. Nauczający taktyki skutecznego przesłuchiwania kryminalistyk przed rozpoczęciem tej czynności zaleca: a) zbadanie i zapamiętanie wszystkich materiałów w sprawie, b) dokonanie oględzin miejsca czynu, c) sporządzenie planu przesłuchania⁴⁹. Na pewno tak, ale czegoś za mało, choćby z tej racji, że odbieranie zarówno zeznań, jak i wyjaśnień jest formą rozmowy, której sens (wynik) wszyscy uczestnicy muszą jednakowo zrozumieć. Ze względu, na przykład, na regułę równości broni czy prawo do obrony.

Brakuje nawiązania do istniejącego układu między wiedzą i sztuką, która może wzbogacać, pogłębiać, zasklepione umysły nieraz otwierać i rozwijać kreatywność procesualisty. Artysta jednocześnie uprzytomnia mu przepaść między tym, co trzeba by poznać i formalnie udokumento-

⁴⁶ L. Tołstoj, Zmartwychwstanie, *idem*, s. 139.

⁴⁷ M. Hłasko, Piękni dwudziestoletni, Warszawa 1989, s. 104, 105; por. też E. Mendoza, Sekret hiszpańskiej sekretarki, *idem*, s. 48 i inne, w tym zob. choćby różne wcielenia „don Ceferino Sugranes’a”.

⁴⁸ J. M. Coetzee, Wiek żelaza, *idem*, s. 200; zob. jeszcze J. Brodski, Pochwała nudy, Kraków 1996, s. 125, 126; S. Aleksijewicz, O przegranej bitwie, GW z dnia 12–13 grudnia 2015.

⁴⁹ Zob. np. P. Horoszowski, Kryminalistyka, Warszawa 1958, s. 108.

wać z jednej strony, a z drugiej – występowanie granic możliwości poznawania tego, co jest lub było. Śledczego mityguje nieukrywaniem nawet przez nauki ścisłe wątpliwości co do ich podstaw⁵⁰. Pewien sęk ponadto w opinii aktora i prof. PWST, Jana Kreczmara, że „to, co daje się opisać lub opowiedzieć, w ogóle nie jest sztuką”⁵¹. Na potrzeby dalszej dyskusji przeto musimy zadowolić się tezą, że artystyczna twórczość jest niezbywalnym sposobem i środkiem przechodzenia bez turbulencji od teoretycznych konstruktów nauk sądowych do efektywnej praktyki, m.in. przesłuchania jako czynności wielobarwnej, niepowtarzalnej, nieprzewidywalnej.

Prawdę udaje się wydobywać wtedy, „kiedy niczego nie jesteśmy pewni, a wszystkiego ciekawi”⁵². Dlatego niestrudzenie trzeba stawiać znaki zapytania. Istotnie, w dyskusji na temat przesłuchania panuje przesądzenie o niemalże omnipotencji metody pytań. B. Pascal jednakowoż i w tej materii uwrażliwia myślenie prawnika przypomnieniem dwóch przesad: bez jakichkolwiek zahamowań wykluczać rozum, albo uznawać tylko rozum (Myśli, s. 101). O tym, że miał rację, świadczy bezmyślna, brawurowa zabawa w sąd (Duerrenmatta „Kraksa”): gospodarza zajazdu w roli sędziego, agenta Trapsa, Zorna i Kummera odpowiednio w rolach oskarżonego, prokuratora i adwokata. W do perfekcji doprowadzonym teatrze, igrając z ogniem, doprowadzili do samobójstwa „skazanego” na karę śmierci Trapsa. Przez prokuratora starannie usystematyzowane pytania z wyrazistymi konkluzjami zawierały tak potężne ładunki sugestii i autosugestii, że fikcyjna zbrodnia nabierała stopniowo cech rzeczywistości. Sztucznie wmówiona „prawda” pchnęła nieszczęsnego Trapsa do decyzji o samozniszczeniu. W zabawowym szale ów *quartet* za nic miałby A. Fredry „znaj proporcje, Mocium Panie”, nawet gdyby znał jego komedię.

Człowiek sztuki z wielu powodów surowo zganiłby program przesłuchania przez rzekomego prokuratora Zorna oraz bezwzględność egzekwowania jedynie werbalnej artykulacji odpowiedzi. Rażąca nachalność pytań zwłaszcza podsuwających gotowe odpowiedzi faktycznie może – na co wskazuje nie tylko kasus Trapsa – przeistaczać się w *quasi* alternatywę Ustawy cara Piotra I o badaniu świadków. Aktem prawnym, pożał się Boże, car perswadował, że: „Bardzo też pożyteczne bywa posamprzód (s pierwa na pierwych) zdzielić świadka, ledwo wejdzie, mocno

⁵⁰ A. Szczeklik, *Katharsis*, *idem*, s. 12, 62, 143; I. Stone, *W imieniu obrony*, Warszawa 1975, s. 114; A. de Saint-Exupery, *Ziemia planeta ludzi*, *idem*, s. 72, 95 i in.; C. Miłosz, *Piesek przydrożny*, Kraków 1998, s. 290.

⁵¹ J. Kreczmar, *Drugi Notatnik aktora*, Warszawa 1971.

⁵² W. Szymborska, *Trochę o duszy*, (w:) tomik *Chwila*, Kraków 2002, s. 26.

kijem po głowie, od czego ten bardzo zdumiony bywa⁵³. Wtedy niezawodnie „wyśpiewa” jedyną prawdę. Proste? Proste!

Po drugie, z góry ostrzegałby, że jak dotąd nikt nie unieważnił wezwania Horacego (por. Satyry) „*est modus in rebus*”. Przekraczanie granic, przyzwoitości oraz zdrowego rozsądku zwłaszcza, zostaje nieuchronnie ukarane⁵⁴. Nawet kwestie raz na zawsze, zdawałoby się, rozstrzygnięte trzeba traktować z zaostrożoną świadomością, że w sztuce, w śledczej również, żywiołem są wszelkie pogranicza, względnie wymienione gombrowiczowskie „pomiędzy” i „od do”⁵⁵.

W kontekście poczynionych uwag zadumy warta jest burząca uświęcone kanony kryminalistyki koncepcja pisarza, adwokata (!) E. Mendozy, jakoby pierwszą zasadą każdego przesłuchania miało być niezadawanie pytań. Ludzie rzekomo nie lubią wypytywania wprost. Ulegając natomiast specyficznej pokusie prostowania, chętnie komentują słowa rozmówców⁵⁶.

Powtórzmy, fakt wymykania się spod ingerencji doktryny w niektóre szczegóły spotkań ze świadkiem, podejrzanym ze względu na spontaniczność i nieprzewidywalność rozwoju sytuacji sam przez się odstręcza od kwestionowania zakrawającego na herezję stanowiska E. Mendozy. Doświadczenie poucza wszak, że dynamika kontaktów z Innym często zmusza do improwizowania, któremu towarzyszą łut szczęścia i przypadek. Obrazuje to pyszne wspomnienie A. Szczeklika w „Katharsis” przebiegu swojego egzaminu z psychiatrii. W pamięci autora książki tenże egzamin tak oto wyglądał. Profesor rzekł – „proszę się zgłosić, jak kolega zbierze anamnezę (...)” od znajdującego się w pokoju mężczyzny, stojącego na jednej nodze. Nic go nie wzruszało, milczał, ale gdy Szczeklik, jakby w akcie rozpacz, trochę mimochodem, a trochę w nadziei na sprowokowanie pacjenta do przemówienia, zaczął odbijać piłeczki pingpongowe, nagle chory się ożywił. Co więcej, medykowi zaproponował przejście „na ty”. Okazało się, że był zapalonym pingpongistą. Rzuca się w oczy przyczyna redukcji owego osłupienia.

Podobną przygodę przeżył autor tegoż szkicu. Wszedł do pokoju, w którym przebywał milczący Julian K., zatrzymany w związku z podejrzeniem o dokonanie zabójstw Doroty W. i Marii P. odpowiednio w miastach B. i B. P. Prokurator się przedstawił oraz okazał K. legitymację służbową, po czym ogłosił postanowienie o przedstawieniu zarzutów.

⁵³ M. Wańkiewicz, *Tędy i owędy*, Warszawa 1974, s. 85.

⁵⁴ B. Hrabal, *Auteczko*, Kraków 2003, s. 5; L. Wachholz, *Szekspir a medycyna sądowa, idem (Hamlet scena I aktu V)*.

⁵⁵ G. Herling-Grudziński, *J. Lebenstein*, cytowani za J. Hajduk, *W rejony mroku*, Wojnowice 2017, s. 149.

⁵⁶ E. Mendoza, *Tajemnica zaginionej ślicznotki*, Kraków 2016, s. 70.

Delikwent – mimo mnóstwa ewoluujących zachęt i pytań – nie odpowiadał nie tylko słownie, lecz także mimiką lub gestem. Wprost mówiąc, sprawiał wrażenie kamiennego posągu. Prokurator zmęczony i zdesperowany takim obrotem rzeczy, przelotnie (*en passant*), zapytał, „czy lubi pan muzykę?”. Julian K. w mgnieniu oka odpowiedział: „a pan prokurator?”. Odpowiedzią, że tak, K. jeszcze bardziej się rozochocił i drażył temat muzyki. Usłyszawszy w pewnym momencie, że prokuratorowi bardzo podoba się refren „Bolero” Ravela, spontanicznie (!) oświadczył: „tak, przyznaję się do tych zbrodni”, po czym złożył rzeczowe wyjaśnienia.

Ciekawe, że na jedno z uzupełniających pytań zareagował uczuciem dużego rozrzewnienia widocznego w opowieści, że jako muzyczne dziecko pragnął mieć harmonię. Pijak ojciec fizycznie skarcił go już za samo proszenie o zaspokojenie kosztownej „zachcianki”. Harmonię zatem ukradł, a Sąd dla Nieletnich występki stosownie potępił. I tak się zaczęło... Korci, aby niektórych zapytać, jakim punktem – w świetle wizji z arsenału artystów – warto by wzbogacić w podręczniku kryminalistyki algorytm taktyki przesłuchania?

Szekspir w *Romeo i Julii* oraz *Hamlecie* (XVI–XVII wiek) zalecał z kolei: a) nie gorączkuj się, „*festina lente* (ponieważ – dop. autora) zdradne są kroki za śpiesznie podjęte”, b) „trzeba nam ważyć słowa, inaczej igraszka ich wystrychnie nas na dudków”, c) „miej zawsze ucho otworem, ale rzadko kiedy otwieraj usta”⁵⁷.

Słowo bowiem jest nie tylko formą, ale również przestrzenią, w której należy się wsłuchiwać jak w echo w pokoju⁵⁸. Poza tym, „wszystko ma swój czas i jest wyznaczona godzina na wszystkie sprawy pod niebem”⁵⁹. Wszystko, wobec czego wszczęcie śledztwa, oględziny, zarządzenie ekspertyzy, przesłuchanie, zadanie danego pytania lub wypowiedzenie konkretnego słowa mają „swoją godzinę”! Przedwczesne, albo za późne podjęcie czynności obniża, jeśli nie wręcz unicestwia, perspektywę jej skuteczności.

Dyskutowaną taktykę przesłuchania wreszcie trzeba by doprecyzować inspirującym mottem J. W. Goethego do liryków pt. *Westöstlicher Diwan* (1819). Zawiera przecież następujące przesłanie: „Wer den Dichter will verstehen, muss in Dichters Lande gehen”. Przekładając to na język praktyki, następstwem nieodwiedzenia „kraju” świadka, podejrzanego będzie niezrozumienie, np. zawartości protokołu oględzin miejsca. Jeszcze inaczej mówiąc, dopóki nie ogarnie się słownictwa, warun-

⁵⁷ Za L. Wachholz, Szekspir a medycyna sądowa, *idem*.

⁵⁸ M. Rusinek, Nic zwyczajnego. O Wisławie Szymborskiej, *idem*, s. 90.

⁵⁹ T. Dostatni OP, Złota 9, Lublin 2015, s. 15.

ków jego bytowania (środowiska naturalnego) czy stanu ducha interlokutora, dopóty komunikaty przesłuchania będą biec nie do ich adresata, lecz obok niego⁶⁰.

Racjonalność wykonalności dewizy Goethego sprawdzono w śledztwie o skandaliczne mataczenie, między innymi, w sprawach o brutalny rabunek na szkodę dwóch całkowicie niesprawnych sióstr nocą w miasteczku P. – uciulanych przez nie pieniędzy oraz o spowodowanie w J. przez motocyklistę wypadku drogowego ze skutkiem śmiertelnym. Dziwne, zdawało się, niewytłumaczalne zeznania złożyła licząca nieco ponad 30 lat kobieta, zamieszkała we wsi P. Wobec pilności wytłumaczenia pewnych szczegółów tego stanu rzeczy, prokurator postanowił dodatkowo przesłuchać ją w miejscu zamieszkania. Tamże w obecności sołtysa zobaczył, że świadek mieszka w jednoizbowym domku. W izbie o powierzchni około 35 m², po klepisku (podłogi nie było) boso krzątało się pięcioro małych dzieci. Grzecznych, schludnie, acz ubogo ubranych. W jednym kącie pokoju znajdowało się może 100 kg ziemniaków luzem, w innym – pień, na nim siekiera, a obok naręczce prawie mokrych, porąbanych gałązek, z których część spalała się pod płytą kuchenną itd., itp.

Bezpośredni ogląd specyficznego tła, na jakim kształtowała się kluczająca postawa świadka – matki, prowadził do uznania za nieuprawnione podejrzenia o stronniczość czy nierzetelność danych depozycji⁶¹.

W każdym przesłuchaniu dochodzi do głosu pytanie czy, a jeśli tak, to co dokładnie znajduje się między prawdą i nieprawdą zeznania, wyjaśnienia? Czy i jak można i powinno się wykorzystać owo pogranicze prawdy do jej odtwarzania prawdy „prawdziwej”? Jak, na przykład, w rekonstrukcji portretu pamięciowego 21-letniej Brytyjki Lucie, zabawiającej biznesmenów w tokijskiej dzielnicy czerwonych latarni. Autor opartej na faktach książki, zarazem korespondent londyńskiego Times'a, w Tokio borykał się z oceną zbyt skomplikowanych i zróżnicowanych osobowości i charakteru zaginionej⁶². W opisach uderzała sprzeczność wykształconych i objawianych cech, dążeń i emocji pokrzywdzonej. Uczciwość

⁶⁰ Por. M. Hłasko, Piękni dwudziestoletni, *idem* s. 1989, s. 32. Nawiązujący do „Popiołu i diamentu” Hłasko kwestionuje kompetencje Podgórskiego do sądenia człowieka. Można bowiem oceniać go miarą własnego doświadczenia, którego Podgórski nie miał, ponieważ nie przeżył koszmaru obozu koncentracyjnego; K. Lanckorońska, Wspomnienia wojenne, Kraków 2001, s. 36; D. Ugresic, Kultura kłamstwa, Wołowiec 2006, s. 309, 362 i *passim*; J. Hen, Dziennik na nowy wiek, Warszawa 2009, s. 169.

⁶¹ Por. M. Wańkiewicz, Karafka La Fontaine' a, *idem*, s. 404, 405; podobnie także L. Tołstoj, Zmartwychwstanie, *idem*, s. 188.

⁶² Por. M. Hłasko, tamże s. 19; C. Miłosz, Piesek przydrożny, Kraków 1998, s. 137; J. Tuwim, Polski słownik pijacki. Warszawa 2009, s. 272 i *passim*.

i zdolność do oszustwa itd. A więc potężny problem, skoro „każdy, kto znał Lucie, znał kogoś odrobinę innego”⁶³.

Wywód Londyńczyka wnosi wartościowe spostrzeżenia do dyskusji o portrecie pamięciowym⁶⁴. Potwierdza bowiem znaną i uznawaną tezę, że gdy dwóch patrzy na tę samą rzecz bądź osobę, to – choćby ze względu na niejednakowe doświadczenie i zainteresowania – obaj co innego widzą i zapamiętują. Niekoniecznie błędnie wskazują na nie te same cechy (właściwości). Druga, obca nam, różna od nas osoba może być przekąźnikiem swoistych „ćwierć” czy „półprawd”, które się świetnie komponują w jedną całość. Wizjoner, artysta J. Czapski niechybnie pośpieszyłby z optymistycznym przesłaniem, że nawet najbardziej niedoskonały wynik „otwiera nowe drzwi – (śledczemu bowiem – dop. autora) pozwala na nowy oddech”⁶⁵. Po zsumowaniu ze sobą, pozornie rywalizujących części, można z nich stworzyć fundamenty „najprawdziwszego” portretu składanego, który identyfikuje przestępcę.

Tym chętniej autor dzieli się wrażeniem, że także M. Kuncewiczowa, chcąc nie chcąc, wniosła do nauk sądowych okruszek optymistycznego powiewu. Sugestywnie wszak wywodziła, że chociażby ślepotą opisującego nie powinna z miejsca (bez rozważenia) prowadzić do deprecjonowania zeznań, wyjaśnień, rzekomo z samej definicji gorszych lub wręcz bezwartościowych. Wchodzący w skład zbioru opowiadań fragment pt. „Ślepy”, czyli Michał w upalny dzień z malarzem Jeremim przebywał na basenie w Kazimierzu n/Wisłą. „Michał milczał (...), jak gdyby spał. Nagle dotknął ręki towarzysza i oznajmił: Pali się gdzieś”. Malarz niedowierzająco zareagował, a „Ślepiec trwał niezmałony (...). Michał powtórzył: Pali się” i dopiero wtedy Jeremi zobaczył, że „nad przedmieściem Czerniawy – stała czerwona łuna”. Autorka zaś sentencjonalnie skwitowała: „Oto człowiek, który nie widząc, ogląda”, dużo „widzi” i niemalże rozpoznaje kolory⁶⁶ dzięki wyostreniu słuchu i węchu (zjawisko kompensacji zmysłów).

Myślącego, że to tylko licencja poetycka, wyprowadza z błędu telewizyjny pokaz „Genialny umysł”. Otóż w toku niedawno oglądanego odcinka na wezwanie prowadzącego program moderatora, ociemniały mło-

⁶³ R. L. Parry, Ludzie, którzy jedzą ciemność, *idem*, s. 24.

⁶⁴ Por. J. Kabzińska, Portret pamięciowy. Zagadnienia psychologiczne i prawne, Katowice 2016 i recenzja tej pozycji J. Gurgula, *Problemy Kryminologii* 2017, nr 296, s. 17–24.

⁶⁵ A. Zagajewski, *Książd Zenon*, (w:) *Kościół na łamach paryskiej Kultury w latach 1946–2000* (oprac. T. Dostatni), Paryż–Kraków 2015, s. 334, 335; J. Czapski cyt. za J. Sobolewską, *Niewidzialny jak tłumacz*, *Polityka* 2016, nr 28; C. Miłosz, *Kilka żywotów*, *Tygodnik Powszechny* 1998, nr 4; Z. Kubiak, *Półmrok ludzkiego świata*, Kraków 2001, s. 114 i *passim*.

⁶⁶ M. Kuncewiczowa, *Dwa księżycy*, Warszawa 1980, s. 22, 23.

dzieniec trafnie rozpoznał gitarę w postawionym przed nim przedmiocie. Nad rzetelnością przebiegu demonstracji czuwali jurorzy na czele z Cezarym Żakiem. Takiego doświadczenia praktyk-prawnik nie może potraktować *per non est*.

Z obserwacji wiadomo również, że niemy może „mówić” z ekspresją pozwalającą bezgłośnie wypowiedź postrzegać jak formę zeznania lub wyjaśnienia w rozumieniu procesowym. Takie rozumowanie wynika z oglądu francuskiego filmu „Kot” wyświetlanego w TV w dniu 9 kwietnia 1988 r. Jean Gąbin i Simone Signoret (prywatnie żona Ives Montand’a) mistrzowsko zagrali trwającą kilka minut początkową scenę. Milczeli. Ciszą, gestem i, jakże wymowną mimiką „rozmawiali” z trzecim „aktorem”, a mianowicie – kotem siedzącym na parapecie.

Zresztą, czy jest sens chwalić cudze, skoro znamy nasze, a ponoć z założenia nasze musi być lepsze. Chodzi o „Warszawiankę” i rolę ostatniego żołnierza dywizji gen. Żymirskiego, czyli Starego Wiarusa. Jej wykonanie w Teatrze lwowskim 1 lipca 1901 r. zapewniło Ludwikowi Solskiemu nieusuwalne miejsce w panteonie najwybitniejszych artystów. Nie wypowiedziawszy ani jednego słowa, postawą ciała, gasnącymi oczami, pobrużdżoną twarzą, krwią na mundurze, błotem na butach itd. zameldował gen. Chłopickiemu o cierpieniu i śmierci wszystkich żołnierzy dywizji i o klęsce w bitwie pod Olszynką Grochowską. Bezślowna opowieść Solskiego stanowi egzystencjalny składnik „Pieśni z roku 1831” S. Wyspiańskiego. Stary Wiarus „opisał” nieopisywalne⁶⁷.

Co odpowiednio (!) może i powinno być spożytkowane nie tylko w przesłuchaniu (art. art.175 i 177 k.p.k.), lecz także w konfrontacji (art. 172 k.p.k.), okazaniu (art. 173 k.p.k) i innych czynnościach procesowych. O wybranych pomówimy w następnych odsłonach szkicu.

IV. Problematyka dokumentowania, utrwalania obrazu czynności

Do napisania tego rozdziału motywuje charakterystyczna teza wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie. Rzeczywiście, „w orzecznictwie (niestety – dop. autora) aprobeuje się, że wypowiedzi osoby przesłuchiwanej są streszczane w protokole, co pozwala formułować tekst w sposób zrozumiały, z pominięciem wypowiedzi nieistotnych dla treści, które utrudniają jej zrozumienie, co mogłoby mieć miejsce przy zapisie dosłownym. (...). Protokół może więc zawierać słowa i zwroty, których przesłuchiwany nie

⁶⁷ S. Wyspiański, *Warszawianka* (z wybornymi przypisami, m.in. A. Grzymały-Siedleckiego i T. Sinki), Bydgoszcz 1929, s. 21, 39, 65, 66, 68, 69.

używał. (...) trafne jest stanowisko, że protokół nie musi stanowić idealnego odzwierciedlenia wypowiedzi przesłuchiwanej (...)” osoby⁶⁸. Popuśćmy wodze fantazji i spróbujmy wyobrazić sobie *timbre* komentarza do niniejszego orzeczenia napisanego przez człowieka sztuki, artystę, językoznawcę, poetę... Przymuszczalnie w takim tonie utrzymanego.

Sporządzając protokół należy pamiętać, że słowo zostało dane człowiekowi, aby sam siebie, swoją indywidualność (!) wyrażał. Może to zrobić artysta, choćby naturszczyk⁶⁹.

Tak, jak w reakcji sandomierskiego chłopca, przez milicjanta nagabywanego o posiadanie nielegalnej broni: „A co nam, panie milicjancie, broń. Czy to człowiek wojskowy? Nawet by nie wiedział, jak się z tym obchodzić. Z pługiem, kosą, grabiami – tak, bo nas Pan Bóg przeznaczył. Nie do broni (...). Wroga już nie ma. Sami swoi wszędzie. A między swoimi, jak kto nawet na kogo zawzięty, to się naprzezywa, nazemści, naodgraża. Tam czasem kłonicą. Ale kłonica to nie broń”⁷⁰. Gdyby się poszło tropem wyroku SA aprobowanego odstępstwa od „dosłowności zapisu” na rzecz „streszczania”, w protokole wypowiedzi świadka, marnowano by jej kontekstualne aspekty, niepowtarzalne „nigdy w kształtach, odcieniach, pozach i układach”⁷¹. Antycypując przyszłe wnioski, należy wspomnieć, że dosłowne stosowanie rad tegoż rozstrzygnięcia otwiera drogę do sytuacji, kiedy protokół (według znanej kryminalistkom frazy) przeobraża się w zeznania przesłuchującego o zeznaniach przesłuchiwanego. Zastąpienie w tekście Myśliwskiego cech oryginalności – np. skrótami czy „zrozumiałym” słownictwem – niechybnie może prowadzić do eliminowania bodźców do zadania szeregu ważkich pytań. Czy chłopski Sandomierzanin mówił serio, czy naigrawał się z indagującego, swoiście filozofował („nie dam się podejść!”), czy sprytnie migał się od pomawiania bliźniego?

Oto jeszcze jeden z powieściowych wariantów sensu rzeczy. Hans Gruehl przyznał wobec policjanta, a ten zapisał, że z synem Georgiem „zziębaliśmy trochę i chcieliśmy się rozgrzać (rzekomo – dop. autora) happeningiem. Podpaliliśmy to pudło”, czyli samochód – łązik Bundeswehry. Na rozprawie przez obrońcę jako świadek zapytany, co znaczy nazwa happening, policjant zeznał, że posługujący się gwarą podpalacz

⁶⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 24 września 2015., sygn. II AKa 97/15 z glosą J. Gurguła, *Prokuratura i Prawo* 2017 nr 1, s. 137–146.

⁶⁹ W. Gombrowicz, *Publicystyka. Wywiady. Teksty różne. Dzieła*, t. XIV, Kraków 1997, s. 421; J. M. Coetzee, *Czekając na barbarzyńców*, Kraków 2004, s. 102.

⁷⁰ W. Myśliwski, *Kamień na kamieniu*, Warszawa 1984, s. 96, 97.

⁷¹ W. Szymborska, wiersz *Chmury* w tomiku *Chwila*, Kraków 2002, s. 10; por. też P. Śpiewak, *Elie Wiesel*, *Tygodnik Powszechny* 2016, nr 29.

powiedział „ohne pening”. Żargon prostego człowieka policjant przełożył na zdanie: Gruehl nie ma „ani Pfenninga”, więc.... zrobił, co zrobił⁷².

Co w świetle pospolitych wpadek procesowych językoznawcy uświadamiają ponadto prowadzącemu sprawę w przedmiocie dokumentowania czynności procesowych? Słowa i myśli mają swoje własności. Między nimi zachodzą odpowiednie relacje, niekiedy zrozumiałe dopiero na poziomie aluzji, puszczenia oka, kulturowych odniesień. Nigdy za dużo dbałości o precyzję zapisu języka. Niefrasobliwość w tym względzie może nieść katastrofalne następstwa. Język oznacza władzę w tym znaczeniu, że stwarza rzeczywistość, m.in. przez nazywanie rzeczy. Rzeczywistość nie istnieje dopóty, dopóki nie otrzyma nazwy w protokole oględzin, opinii biegłego, zeznania świadka. W związku z tym, niepodobna nie brać sobie do serca dorobku w szczególności K. Nitscha, że język milionów współmieszkańców Polski żyjących na różnych obszarach, w rozmaitych warunkach nie może być zupełnie jednolitym. Krajobraz języka urozmaicają jego odmiany: narzecza, dialekty i gwary. W konsekwencji nie ma dwóch zupełnie jednakowo mówiących osób⁷³.

Należy zatem niezwykle ostrożnie manipulować językiem. Nietknięty swawolnymi przeróbkami jest bowiem optymalnym przekaznikiem wiadomości i kreatorem dobrych perspektyw śledztwa, wynikających chociażby z osobniczego charakteru nie tylko mowy, pisma, lecz także pojedynczych wyrazów. O indywidualności wypowiedzi stanowi system wyrazów, typów fleksyjnych i słowotwórczych, szablonów syntaktycznych itd. itp. Magiczna siła słowa tkwi w jego zdolności wywoływania obrazów i skojarzeń. Nieskażony język jest efektywnym środkiem samoprezentacji właściwości duszy i ciała człowieka, acz według niektórych – słowa często zasłaniają oczom część prawdy, inne jeszcze bywają bezlitośnie złożone tworząc istne zasadzki na prawnika niewrażliwego na odcienie i półprzestrzenie rzeczywistości⁷⁴.

⁷² H. Boell, Koniec podróży służbowej, Warszawa 1969, s. 43.

⁷³ K. Nitsch, O języku polskim, Kraków 1921, s. 7; tegoż, Świat mowy polskiej (oprac. K. Urbańczyk), Warszawa 1994, s. 38, 43; J. Kleiner, Zarys dziejów literatury..., *idem*, s. 164; W. Taszycki (oprac.), Obrońcy języka polskiego, wiek XV–XVIII, Wrocław 1953, s. 348, 349; Słownik gwar polskich opracowany pod kierunkiem M. Karasia, tom I, Kraków 1979, s. XV; J. Brodski, Pochwała nudy..., *idem*, s. 12, 122; B. Ławski, Miłosz: „Kroniki” istnienia: sylwy, Białystok 2014, s. 181; J. M. Coetzee, (w:) Tu i teraz, Kraków 2004, s. 65, 76; M. Rusinek, Pypcie na języku, Warszawa 2017, s. 15, 85, 141.

⁷⁴ O. Ortwın, Próby przekrojów. Ze studiów nad teatrem, liryką i powieścią 1900–1935, Lwów 1936, s. 71, 72 i *passim*; J. Parandowski, Alchemia słowa, Warszawa 1976, s. 137, 224; Z. Klemensiewicz, W kręgu języka literackiego i artystycznego, Warszawa 1961, s. 204, 205; R. Kapuściński, Podróże z Herodotem, Kraków 2004, s. 175, 176, 246; J. Twardowski, Pewność niepewności, Warszawa 1998, s. 197; J. Hen, Pingpongista, *idem*, s. 27.

W. Szymborska nie szczędzi smakowitych tego przykładów. W wierszu „Trzy słowa (*nomen omen* – dop. autora) najdziwniejsze” zdradza, że:

*Kiedy wymawiam słowo Przyszłość,
pierwsza sylaba odchodzi już do przeszłości.
Kiedy wymawiam słowo Cisza,
niszczę ją.
Kiedy wymawiam słowo Nic,
stwarzam coś, co nie mieści się w żadnym niebycie.*

Do *besserwissera* natomiast, do przeświadczonego, że dokonał rzekomo spektakularnych odkryć, gdy faktycznie poznał ledwie skrawek prawdy, zwraca się wierszem „Wszystko” z wyrazistymi podtekstami:

*Wszystko –
słowo bezczelne i nadęte pychą.
Powinno być pisane w cudzysłowie.
Udaje, że niczego nie pomija, zawiera i ma.
A tymczasem jest tylko strzępkiem zawieruchy⁷⁵.*

Przyczyną sygnalizowanych potknięć języka protokołu skutkujących nietrafnymi wyrokami mogą być nerwowe reakcje organu procesowego na konkretne – można rzec – przypadłości czy nieusuwalne nawyki świadka (podejrzanego). Dysponujemy ich stosownym przykładem. Narcyz Sołtan relacjonował rażąco bezpodstawne skazanie pułkownika za zrabowanie 50 tys. rubli, połączone z zabójstwem ziemianina. Sąd bowiem uniemożliwił świadkowi – właścicielowi stacji konnej – swobodne wypowiedzenie się, wielokrotnie przerywając mu zeznanie zaraz po każdorazowym rozpoczynaniu go formułą: opowiem „wszystko od początku i po porządku”. Sędzia rozsierzony mantrą świadka, nie wysłuchawszy go, nakazał mu opuszczenie sądu. Po latach rzeczywisty sprawca, na łożu śmierci, przyznał się do winy. Co autor artykułu podsumował przysłowiem ludowym: „Sąd skwapliwy – rzadko sprawiedliwy; sędzia sprawiedliwy nie ma być skwapliwy”⁷⁶.

Jakby tego było jeszcze nie dość, zdarza się, że pruderia sporządzającego protokół każe mu zastąpić wieloznaczne, powszechnie używane słowo „k...” enigmatycznym zwrotem „XY użył słowa powszechnie uzna-

⁷⁵ W. Szymborska, *Chwila...*, *idem*, s. 14, 45.

⁷⁶ N. Sołtan, „Sędzia – statystyk”, *Gazeta Administracji i Policji Państwowej* 1927, nr 8, s. 748.

nego za nieprzyzwoite” bądź „obraźliwe”. J. Parandowski natomiast tłumaczy, że zależnie od masy kontekstów, zabarwień melodii głosu i mimiki twarzy, ów wyraz może stanowić obelgę, szczerzy zachwyty niebywałą urodą spotkanej na ulicy osoby czy nagle zobaczonego krajobrazu, pomnika itd. O zabawnym, a z punktu widzenia celów tegoż eseju również ważnym nieporozumieniu językowym pisze też M. Rusinek. Otóż zaproszony na Kaszuby pewien pisarz usłyszał od zapraszającej go bibliotekarki, że „chętnie pokaże mu swoją cipkę”. Speszony niebawem przekonał się naocześnie, że na Kaszubach właśnie tak nazywa się kurkę hodowaną na przydomowym ogrodzie, ale także kościelny koszyczek na ofiary wrzucane doń podczas mszy⁷⁷. Oszczędnie używający rozumu, jednocześnie fałszywie wstydlivi nieraz ulegają niebezpiecznej dla prawdy pokusie zamiany wyrażań rzekomo nieprzyzwoitych na „kulturalne” czy „urzędowo zaklepane”. Którymi prokurują protokół mający niewiele lub nic wspólnego z daną opowieścią!

Dokumentującym czynności procesowe prawnikom artyści swoimi dokonaniem zabijają nie lada klina, ale również na wszelkie sposoby edukują ich. Na przykład, wydzwiękiem popisowych, wirtuozowskich występów L. Solskiego, Jean Gabin’a, Simone Signoret czy geniusza komedii, Louis de Funes’a. Również on w sposób trafiający do przekonania widza komunikował prawie wszystko (!) o życiu, uczuciach, stanach umysłu i ducha ruchem i postawą ciała, mimiką, gestykulacją, niuansami brwi, milczeniem, ciszą. „Mówią do mnie słowami (Coetzee zwierza się) – te brzmią dziwacznie i niejasno – lecz (przede wszystkim zrozumialszymi – dop. autora) znakami, konfiguracją twarzy i rąk, postawą ramion i stóp, subtelnością melodii i tonu, przerwami i lukami, których gramatyki nigdy nie spisano”⁷⁸. Choć T. Konwicki, niejako bez warunków wstępnych, w słowach jednakowoż widział pomost między ludźmi, którym płyną zapisy myśli, głupoty, mądrości od nadawcy do odbiorcy danego komunikatu⁷⁹.

Niegdyśejsza dziennikarka Radia Lwów, a nade wszystko Gazety Lwowskiej, Kuriera Lwowskiego i Dziennika Polskiego we Lwowie, Michalina Grekowicz-Hausnerowa z kolei sądzi, że „mówca bezpośredni (...)”, jak przesłuchiwany świadek i (lub) oskarżony, „ma twarz z jakimś wyrazem i mimiką, ma ręce, które mogą gestykulować”. Jest całym, żywym człowiekiem nie tylko głosem mówiącym. Mówiącym także milcze-

⁷⁷ M. Rusinek, Pypcie na języku, *idem*, s. 31.

⁷⁸ J. M. Coetzee, W sercu kraju, *idem*, s. 84; tegoż, (w:) Tu i teraz, *idem*, s. 76, 80.

⁷⁹ T. Konwicki, Kalendarz i klepsydra, Warszawa 1986, s. 196.

niem i ciszą, która może się przeciągać, nigdy nie jest próżnią, a przecież nie można jej zacytować, ani utrwalić jej wizerunku⁸⁰.

Aby jeszcze mocniej uwydatnić wielość artystycznych perspektyw i punktów widzenia, które powinny zaprzętać uwagę prawnika, musimy nawiązać do badań włoskiego dziennikarza i literata Italo Calvino. Słusznie cytuje go kanadyjski pisarz lankijski (Sri Lanka) pochodzenia, Michael Ondaatje. Tenże Calvino pisał, że „Nowo przybyły i całkiem nieobeznany z językami Wschodu Marco Polo mógł wypowiadać się jedynie (podkr. autora) za pomocą gestów, skoków, okrzyków zachwytu i zgrozy, zwierzęcego szczekania i pohukiwania lub za pośrednictwem przedmiotów wyciąganych kolejno z sakw: strusich piór, bambusowych dmuchaw, kawałków kwarcu, które rozkładał przed sobą jak figury szachowe”⁸¹.

Aprobując tu i ówdzie punktowany rygor stawiania zawodowcom systemowych pytań i zbliżając się do zakończenia niniejszego ustępu, wypada zapytać retorycznie o pakiet metod i środków utrwalania komunikatów niekiedy ekstremalnie nietypowych, a jednocześnie jedynek, jak, na przykład, przez Marco Polo praktykowanych? Jak je zapisać? Jak sfotografować, aby pamięć o nich nie zaginęła i mogły być zaliczone do całości kształtu okoliczności stanowiącego podstawę wyroku? Z pewnością rozstrzygnięcia w tej mierze muszą zapadać *ad hoc*, naprędce. Zważywszy ponadto, że już Platon hurtem gromił pismo jako niedoskonałe narzędzie komunikowania⁸², tym bardziej warto nadmienić, że B. Pascal wskazuje (aczkolwiek niedoskonałe) wyjście z matni⁸³. Protokół, jak każde dzieło, powinni – w pewnym sensie – prowadzić przesłuchujący z przesłuchiwanym, z obrońcą i protokolantem. Wśród zawodowców za absolutnie niedopuszczalne (zwłaszcza w kontekście wymogów kultury pracy w zespole śledczym) uważa się mówienie „moje śledztwo”, „mój sukces” itp. Tak samo niestosowne byłoby chwalenie się „moim” protokołem. O będącym prawdziwą sztuką sporządzeniu rzeczywiście prawidłowego protokołu może pomarzyć tylko ten prokurator, który, między innymi, bardzo serio traktuje dyspozycję art. 150 § 2 k.p.k.

Do czego wypadnie nawiązywać odpowiednio również w następnym rozdziale.

⁸⁰ M. Grekowicz-Hausnerowa, Chleb dziennikarski ma smak rozmaity... Wspomnienia (Wstęp i opracowanie K. Grodziska), Kraków 2017, s. 16, 17, 256; T. Dostatni OP, Złota 9, *idem*, s. 51; R. L. Parry, Ludzie, którzy jedzą ciemność, *idem*, s. 126; O. Ortwin, Próby przekrojów. Ze studiów nad teatrem..., *idem*, s. 71, 72.

⁸¹ M. Ondaatje, Gazeta Wyborcza 2016, nr 189.

⁸² M. Herma, Rozmowa obrazkowa, Polityka 2014, nr 38.

⁸³ B. Pascal, Myśli, Warszawa 1952, s. 34.

V. Interpretacje dowodu i swobodna ocena dowodów

1 Interpretacje. Po zakończeniu gromadzenia materiału dowodowego dzwoni ostatni dzwonek wzywający prawników: Silcie się dobrze myśleć, oto zasada moralna⁸⁴. Stanowiące pośredni obszar pomiędzy wiadomościami a ocenami w ścisłym sensie interpretacje polegają właśnie na takich zabiegach *m y ś l o w y c h* (podkreśl. autora), które pewnemu zespołowi wiadomości faktycznych nadają rozumne znaczenie. Rozumienie konkretnej informacji to faktycznie balansowanie między jej dosłownością a niedosłownością. Niekiedy również zacieranie granic między moralnym i możliwym czy ubieranie niecznych gier w szaty legalności (legalizmu), jak robił to adwokat w powieści H. Boella. W przeciwieństwie do wiadomości wreszcie, interpretacje nie są rozstrzygalne w sposób ostateczny. Każda ma swoje granice. W rzeczywistości wyjaśniający zderza się nadto z pytaniami, na które nikt nie znajdzie należytej odpowiedzi⁸⁵.

Tłumaczona przeszłość składa się z milionów przez jednostki wykreowanych fikcji, hipotez i prądów ściśle ze sobą sprzężonych (J. M. Coetzee). Każdy prawnik (ekspert) rozpoznaje tę przeszłość na swój sposób, własną siatką rozpoznawczą i interpretacyjną uwzględniającą indywidualną wrażliwość. Przykładem tej ostatniej może być odnoszenie się z maksymalną dyskrecją Herlinga Grudzińskiego do zjawiska samobójstwa⁸⁶.

Immanentna niedoskonałość i złożoność interpretacji tekstu (oczywiście protokołu, opinii również) ma rozliczne uwarunkowania. Z pewnością należy do nich to, że tekst operuje pojęciami o charakterze metafor, że jest on wyjąłowany z języka (mowy) wzrokowo-słuchowego oraz jego potocznej i popularnej wizji. Stąd interpretacja może przynosić śledztwu obfite żniwo zwłaszcza w przypadkach posługiwania się przez ludzi języ-

⁸⁴ B. Pascal, *Myśli*, tamże s. 113.

⁸⁵ M. Ossowska, L. Kołakowski, T. Kotarbiński, (w:) L. Kołakowski, *Wśród znanych. O różnych ludziach mądrych, interesujących i o tym, jak czasy swoje urabiali*, Kraków 2004, s. 28, 29, 32; tamże s. 31 – pogląd to pewien zbiór ocen lub interpretacji; H. Boell, *Kobiety na tle krajobrazu z rzeką*, Poznań 1989, s. 220 i *passim*; P. Auster, (w:) *Tu i teraz*, Kraków 2014, s. 196; M. Rusinek, *Pypcie na języku*, *idem*, s. 172; *a propos* sensu poglądu por. też Z. Bauman, (w:) J. Żakowski (wywiad), *anty.TINA*, Warszawa 2005, s. 17; J. Tischner, *Słowo o ślebobdzie*, Kraków 2003, s. 157.

⁸⁶ J. M. Coetzee, *Elizabeth Costello...*, *idem*, s. 49; R. Kapuściński, *Podróże z Herodotem*, *idem*, s. 77, 137; J. Hajduk, *W rejony mroku*, *idem*, s. 145, 146; niepozbawiony związku z poruszanym tematem, rzeczony dystans Grudzińskiego do problematyki samobójstwa J. Hajduk tłumaczy doświadczeniem targnięcia się w 1952 r. na własne życie przez pierwszą żonę.

kami różnymi w sensie niejednakowego rozumienia tych samych słów, gwarowych, lokalnych, częściowo już nieużywanych itd.⁸⁷

Przykładowo, zdaniem H. Boella, takie określenia jak „sympatyczny” nie mówią absolutnie nic o tym, do czego dany człowiek może być zdolny. Tym sympatycznym przeto nie należy zanadto dowierzać. Od czasów Abła nawet zabójstwo „to także żadna nowość”⁸⁸.

Z góry nie wolno wykluczać wreszcie wpływu na interpretację zdarzenia (dokumentu, słów) czynników swoiście ją wymuszających. Żeby finezję zagadnienia zobaczyć w obrazie jakby trójwymiarowym, warto zapoznać się z anegdotą przypomnianą przez S. Grodzkiego, a nawiązującą do historii dynastii Habsburgów. Otóż, według austriackiego kodeksu karnego nawet publiczna, dokonana w słowie lub na piśmie obraza Cesarza stanowiła zbrodnię (!). Pewien austriacki oficer polskiego pochodzenia rzeczywiście publicznie obraził Franciszka Józefa I jedynym terminem, wiedeńskiemu trybunałowi wojskowemu nieznanym. Aby prawidłowo ocenić winę Polaka, zwrócił się do Akademii Umiejętności w Krakowie z prośbą o filologiczną ekspertyzę inkryminowanego słowa. Znakomici uczeni, twórcy krakowskiej szkoły językoznawczej: Kazimierz Nitsch, Jan Łoś i Jan Rozwadowski odpowiedzieli: „Termin «pierdoła» określa w języku polskim podeszłego wiekiem, dobrotliwego staruszka”⁸⁹. Oficerowi uratowali głowę.

Zdarza się, że interpretujący wyprawia niekiedy karkołomne łamańce językowe, aby kara była umiarkowana. W. Łysiak wspomina o wywołującym wesołość kazusie rosyjskiego arystokraty, który po pijanemu powiedział, że ma cara w d... Zamiast na zsyłkę na Sybir został skazany „za rozpowszechnianie nieprawdziwych wiadomości o miejscu pobytu najjaśniejszego pana”⁹⁰. To dający do myślenia przykład możliwości wpływu wykładni na surowość wyroku.

2. Swobodna ocena dowodów – co radzą artyści? Jednogłośnie twierdzą, że prawda staje się coraz bardziej antropologiczna, polimorficzna, hybrydyczna, choć skądinąd jej – z założenia – zróżnicowanie w procesie karnym oceniliby pozytywnie jako dobro i bogactwo. Artyści nie mają dobrego mniemania o zeznaniach i wyjaśnieniach. Są tacy, którzy kłamią, po prostu aby kłamać, bezinteresownie. Inni znowu mówią nie to, co chcą powiedzieć, lecz to co wypada, co stanowi *opinio communis*. Pa-

⁸⁷ Słownik gwar polskich opracowany pod kierunkiem M. Karasia, *idem* s. XV; J. Życiński, *Język i metoda*, Kraków 1983, s. 36, 77; J. M. Coetzee, *Wiek żelaza*, *idem*, s. 151.

⁸⁸ H. Boell, *Opiekuńcze oblężenie*, Warszawa 1986, s. 48.

⁸⁹ S. Grodzki, *Franciszek Józef I*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1978, s. 111.

⁹⁰ W. Łysiak, *Szachista*, Warszawa 1980, s. 45.

mięć jest czymś ułomnym, kruchym i zdradliwym. Ciągłe tasuje i przera-
bia dane doświadczenia, wobec czego świadkom nie można ufać.
Szczególnie tym, gromko głoszącym: białe i czarne, dobre i złe. Czynią
to na życzenie ludzi, którzy oprócz wyrazistych haseł moralnych potrze-
bują i kochają mity⁹¹.

Mitem jednakowoż byłoby przypisywanie przesłuchiwanym świadkom
(podejrzany) *en gros* amnezji czy instynktu kłamania. Prozę wad ze-
znań wychwytuje, wart zainteresowania prawnika swobodnie oceniające-
go dowody wiersz adherenta poetyckiej grupy Skamander, J. Tuwima
„Straszni mieszczanie”:

*I oto idą, zapięci szczelnie,
Patrzą na prawo, patrzą na lewo
A patrząc – widzą wszystko oddzielnie,
Że dom..., że Stasiek..., że koń..., że drzewo.*

No właśnie, widzą tylko szczegóły krajobrazu. Ten zaś jest kompozy-
cją nierozłącznych elementów: domu, Staśka, konia i drzewa. W prze-
strzeni, w tłumie, w plenerze wszystko choć krztę może wyglądać ina-
czej. Wiedza o tym przydaje się też w toku – gdzie indziej już sygnalizo-
wanego – sporządzania portretu pamięciowego. Niekiedy można go od-
tworzyć dlatego, że obserwujący zapamiętali różne cechy (nie te same),
o czym decydowała, m.in., dynamika zdarzenia⁹².

Zadziwia i cieszy poświęcanie sporej uwagi problematyce samooskar-
żenia, pomówienia i zdradzania tajemnicy przez przestępcę. Pisarze, po-
eci dostarczają praktykowi prawnikowi cennego „paliwa” do dyskusji
o czymś, co obrosło wielu zmyśleniami i nawet swarami. Legendy odbie-
gają od rzeczywistości. Celem sprowadzenia rzeczy z obłoków ku ziemi
wystarczyłoby powtórzenie przez Wisławę Szymborską swojego ulubio-
nego „nic zwyczajnego”. Nie potrzeba manipulowania kimkolwiek, aby
sekret został zdradzony, nawet bez jakiegokolwiek podniety z zewnątrz.

Według Urke Nachalnika, ciekawa jest psychologia przestępcy. Niby
chorobliwie strzeże przed współwzięciami tajemnice złodziejskich wy-
czynów, ale w pewnym momencie musi się zwierzyć przyjacielowi, któ-

⁹¹ W. Gombrowicz, Dziennik, tom I, s. 10; tegoż, Ślub, *idem*, s. 171; tegoż, Ferdurke, Kraków 1986, s. 77; R. Tagore, Dom i świat, Warszawa 1989, s. 129; J. M. Coetzee, Hańba, *idem*, s. 137, 215; R. Kapuściński, Ten Inny, Kraków 2006, s. 28, 29; tegoż, Podróże z Herodotem, *idem*, s. 76, 156; B. Pascal, Myśli, *idem*, s. 57; C. Miłosz, Kilka żywotów, Tygodnik Powszechny 1998, nr 4.

⁹² H. Boell, Kobiety na tle krajobrazu z rzeką, *idem*, s. 7 i *passim*; C. Miłosz, Abecadło Miłosza, Tygodnik Powszechny 1997, nr 20; R. Kapuściński, Ten Inny, *idem*, s. 29.

remu – niejako przy okazji – chce zaimponować perfekcją własnych pomysłów⁹³. Niejaki Dick jeszcze przed wyruszeniem do miejsca zbrodni „wyspowiadał się” z planu „zabicia z Perrym pana Cluttera”, „obrobawienia domu i pozabijania wszystkich Clutterów, świadków i każdego, kto się akurat tam znajdzie”. Jak powiedział, tak z Perrym zrobili⁹⁴. Oskarżony o zabójstwo Wojciech Trepa znowu „w śledztwie (...) przyznał się do wszystkiego, mówił o tych dwóch swoich zbrodniach z jakąś zdumiewającą szczerością, która, jak można było zauważyć, przyniosła mu ulgę, a nawet odrobinę przyjemności, bo zrzucił z siebie ten trzydziestoletni ciężar tajemnicy morderstwa”, (...) przyznanie się w śledztwie (...) było właściwie pierwszym po trzydziestu latach doznaniem ulgi, rozluźnieniem nerwów (...)”⁹⁵.

O utrzymywaniu przez J. Kawalca kontaktu z rzeczywistością kryminalną świadczy okoliczność, że samooskarżenie „jego” Wojciecha Trepy jest łudząco podobne do wyjaśnień Zygmunta J., autentycznego zabójcy 76-letniej K. P., mieszkanki R., w lipcu 1976 r. Na pytanie, dlaczego przyznaje się do dokonania zbrodni z motywów rabunkowych, Zygmunt J. odpowiedział dokładnie: „panie prokuratorze, z tym dłużej żyć nie można. Przyznaję się, bo było to już nie do wytrzymania. Teraz jest mi lżej” itd. Nawet soczyste przykłady nie wyczerpią opisu zagadnienia. Piszącego uprawniają jednakowoż do stwierdzenia, że jeśli coś faktycznie się wydarzyło i twórcy o czymś takim myślą, w realu najwyczejniej może i rzeczywiście się powtarza. Bez sensacji.

Dzieła sztuki roztaczają również liczne wyjścia z sideł, zastawianych na wartościującego materiał dowodowy przez tkwiące w tymże materiale, niezidentyfikowane nedoróbki, wieloznaczności, puste miejsca. Nie mając należytego rozeznania stanu rzeczy (nie tylko), prokurator ulega pokusie pozostawania w skorupie pewności tego, co zgromadził w aktach sprawy i zarazem lekceważenia czegoś, czemu wnikliwie nadal winien by się przyglądać⁹⁶. Co bez wątpienia trzeba czynić nawet wtedy, kiedy na dostępnych dowodach żadnych rys się nie widzi. Zadufanego we własne ustalenia, pozbawionego samokrytycyzmu wszak przed popełnianiem grzechu zaniechania powinna powstrzymywać piękna metafora J. W. Goethego: in bunten Bildern wenig Klarheit, viel Irrtum und ein Fuenk-

⁹³ U. Nachalnik, *Żywe grobowce*, *idem*, s. 127; zob. tegoż, *Życiorys własny przestępcy*, *idem*, s. 97, 168.

⁹⁴ T. Capote, *Z zimną krwią. Prawdziwa relacja o zbiorowym morderstwie i jego następstwach*, Warszawa 1968, s. 267–274.

⁹⁵ J. Kawalec, *Ziemi przypisany*, Kraków 1977, s. 86; por. też W. Terlecki, *Pismak*, Warszawa 1987, s. 224, 277, 278; M. Hłasko, *Brudne czyny*, *idem*, s. 311 i *passim*.

⁹⁶ Ks. A. Boniecki, *Pięć pokus synodalnych*, *Tygodnik Powszechny* 2014, nr 43.

chen Wahrheit (w barwnych obrazach mało jasności, dużo pomyłek i jedna iskierka prawdy).

Zbieżnie z powyższymi sentencjami A. Bonieckiego i J. W. Goethego artyści, poeci, pisarze uważają, że, po pierwsze, wszystkie słowa opisujące dociekaną prawdę mogą być faktycznie (w tym przypadku według J. Parandowskiego) czymś więcej, albo czymś mniej – elipsą albo hiperbolą, zacieśniają i kondensują zawarte w nich znaczenia, to znów rozszerzają je i podnoszą. Dlatego, po drugie, wszelkie dokumenty należy czytać z nastawieniem do odkrywania czegoś między wierszami, poza tekstem, w jego głębi. Czyn (przedmiot, szczegół) pozornie banalny może bowiem zawierać niewyobrażalnie szeroki zakres detali sięgających poza granice poznania empirycznego. Po trzecie, zważywszy, że śledztwo i prowadzone w jego ramach przesłuchania wykonuje zespół fachowców, że o sukcesie istotnie decydują niepowtarzalne doświadczenia i wiedza członków danej grupy, wspólnie, w ustawicznym dialogu powinno się również analizować i oceniać dowody. Osamotniony człowiek czuje się zawsze źle. Musi więc – jak twierdzi W. Myśliwski – z kimś wymieniać myśli, aby mógł ujawnić sporne kwestie i na drodze wyjaśniania tychże – pokonywać przeszkody. Po czwarte, od zawsze nieusuwalnym kryterium ocen były i są ustalenia dotyczące *modus operandi*. Stanowią jedną z podstaw zacieśniania koła podejrzewanych o sprawstwo czynu z jednej strony, a z drugiej – prawdziwości wyjaśnień, w tym zasadności samooskarżenia. Wystarczy pomyśleć, że, podług Urke Nachalnika, „prawdziwy złodziej czuje wstręt do mokrej roboty”. On nigdy nie zabija, ani nie rani pokrzywdzonego. Zabójcy zatem nie poszukuje się wśród złodziei. Po piąte wreszcie, artyści żywią zaufanie do zeznań dzieci jako bystrych obserwatorów wydarzeń, na które patrzą po trosze z boku, raczej samodzielnie⁹⁷.

Na takie problemy „sędzia, prokurator – statystyk” (por. artykuł N. Sołtyka) nic nie poradzi. Dlatego nasza Noblistka ubolewa, że – choć zapewne nieliczni – jeszcze są tacy, którzy (...) Przybijają pieczętki do jedynych prawd, wrzucają do niszczarek fakty niepotrzebne⁹⁸.

Niepotrzebne dokładnie takim jak oni sami. Dla nich więcej znaczą formalności. Dlaczego więcej, to już temat na osobną dyskusję.

⁹⁷ R. Kapuściński, Lapidarium V. Tupet ignorantów. GW – Duży Format 2002, nr 24; tegoż, Ten Inny, *idem*, s. 9; J. Parandowski, Alchemia słowa, *idem*, s. 224; U. Nachalnik, Żywe grobowce, *idem*, s. 96; W. Myśliwski, Ostatnie rozdanie, *idem*, s. 243; M. Rusinek, Pypcie na języku, *idem*, s. 6, 195; Z. Kubiak, Półmrok ludzkiego świata, *idem*, s. 114.

⁹⁸ W. Szymborska, Są tacy, którzy, (w:) tomik Wystarczy, Kraków 2011, s. 5.

VI. Zakończenie, czyli dalszy ciąg Wstępu

„Kształcenie (prawnika zwłaszcza – dop. autora) musi polegać na wyposażeniu w wiedzę, ale także w moralne wartości, egzystencjalne sensory jako punkty oparcia, estetyczne przeżycia, które mają wystarczyć człowiekowi na całe życie. Musi dokonywać się poprzez przekaz kulturowy, gdyż to wielkie dzieła kultury europejskiej, wielkie wzorce moralne odśladniają sens człowieczeństwa i sens życia. Dlatego L. M. Seneka napisał kiedyś do swego ucznia prokuratora Lucyliusza: «Wiesz co jest potrzebne by być dobrym prokuratorem, ponieważ kształciłeś się u mnie: *littere*» (literatura, sztuka, filozofia). Bez nich nie można być człowiekiem kulturalnym, a bez kultury nie można być dobrym prokuratorem”⁹⁹.

Cóż tu dodać? Gdy „Rzym przemówił, sprawa rozstrzygnięta”.

Impact of works of art and poetry on investigation effectiveness, culture, and ethics

Abstract

A professional maturation process for lawyers, including specifically prosecutors, never ends. They should never rest on their laurels: first because forensic science never stagnates, and secondly because every case is one-of-a-kind and unique so nothing can be excluded once and for good. They should always take on new challenges, including broadening their reading horizons. This paper tries to justify such an approach based on examples from belles-lettres, poetry and art. The purpose is to highlight the view that broadly understood works of art constitute a non-removable source of knowledge complementary to the mandatory reading list of bridging books and papers.

⁹⁹ Cytat z wykładu inauguracyjnego pt. „Uniwersytet w czasach bezmyślności”, wygłoszonego przez prof. Tadeusza Gadacza w dniu 5 października 2017 r. w Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie.

GLOSY

Katarzyna Nazar

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16¹

Streszczenie

Przedmiotem glosowanego wyroku jest problematyka związana z przestępstwem uporczywego nękania (art. 190a § 1 k.k.). Sąd Najwyższy uznał, że przypisany oskarżonej przez Sąd Rejonowy skutek nękania, którym jest poczucie zagrożenia, nie został wykazany. Działania oskarżonej sprowadzające się do obserwacji, filmowania i fotografowania pokrzywdzonych spoza ich posesji, zamykające się tylko w sferze prywatnego dokumentowania, nie wypełniają tego znamienia art. 190a § 1 k.k. Zasadniczą jednak kwestią, do której odniósł się Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku było zakwestionowanie przez sąd odwoławczy drugiego warunku przyjęcia uporczywego nękania w rozumieniu art. 190a § 1 k.k., tj. istotnego naruszenia prywatności, co skutkowało uniewinnieniem oskarżonej przez sąd II instancji. Autorka ustosunkowała się do problemu istotności oddziaływania sprawcy (oskarżonej) na sferę prywatności pokrzywdzonych i podzieliła pogląd sformułowany przez Sąd Najwyższy w obu tezach glosowanego wyroku.

1. Działania sprowadzające się do obserwacji, filmowania i fotografowania pokrzywdzonych spoza ich posesji, zamykające się tylko

¹ Lex nr 2281268.

w sferze prywatnego dokumentowania, nieużywane do ściągnięcia na pokrzywdzonych jakiegokolwiek wymiernego zagrożenia, nie wypełniają znamienia poczucia zagrożenia z art. 190a § 1 k.k. Mogą jednak stanowić istotne naruszenie prywatności².

2. Subiektywne odczuwanie zagrożenia przez daną osobę należy konfrontować z wiedzą, doświadczeniem i psychologią reakcji ogółu społeczeństwa, obiektywizować poprzez poczucie zagrożenia w danych okolicznościach, jakie towarzyszyłoby przeciętnemu człowiekowi.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy odniósł się do problematyki przestępstwa uporczywego nękania (stalkingu), określonego w art. 190a § 1 i § 3 k.k. na gruncie następującego stanu faktycznego. M. B. wyrokiem Sądu Rejonowego w K. z dnia 4 kwietnia 2016 r., została uznana za winną tego, że w okresie od 5 czerwca 2014 r. do 30 sierpnia 2014 r. wielokrotnie (łącznie 49–53 razy) obserwowwała i filmowała W. M. (zarzut I) i jej siostrę M. B. (zarzut II), przebywające na prywatnej posesji i ich okolicach (na drodze), co wzbudziło w pokrzywdzonych poczucie zagrożenia i istotnie naruszyło ich prywatność, tj. występku z art. 190a § 1 k.k., za który – na podstawie art. 190a § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. – wymierzono jej karę 100 stawek dziennych grzywny po 10 zł (pkt I wyroku) oraz taką samą karę za występki określony w pkt II wyroku. Na podstawie art. 85 § 1, 2 i 3 k.k., art. 85a k.k. i art. 86 § 1 i 2 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. sąd orzekł karę łączną grzywny w liczbie 150 stawek po 10 zł; na podstawie art. 46 § 1 k.k. w zw. z art. 4 § 1 k.k. orzekł obowiązek zapłaty na rzecz każdej z pokrzywdzonych kwoty 2000 zł zadośćuczynienia. Od wyroku Sądu Rejonowego odwołali się: oskarżona, jej obrońca oraz oskarżycielka posiłkowa W. M. Oskarżona w swej apelacji zrzuciła Sądowi Rejonowemu jednostronną ocenę konfliktu panującego między nią a oskarżycielkami posiłkowymi. Wskazała, że sama, jak też jej mąż i syn, są ofiarami napastliwego zachowania sąsiadek i osób odwiedzających je. Odwołała się także do kwestii zanieczyszczania działki przez W. M. i M. B. i konieczności dokumentowania zachowań sąsiadek. Obrońca oskarżonej wniosła o jej uniewinnienie, ewentualnie o uchylenie wyroku i ponowne rozpoznanie sprawy,

² W głosowanym wyroku odniosłam się do zasadniczej kwestii, która była przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, czyli zakwestionowania przez sąd odwoławczy drugiego warunku przyjęcia uporczywego nękania w rozumieniu art. 190a § 1 k.k., tj. istotnego naruszenia prywatności (a nie wzbudzenia poczucia zagrożenia), co skutkowało uniewinnieniem oskarżonej przez sąd II instancji. W mojej ocenie ta część uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego wymagała głębszej analizy.

zarzucając: I. naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na treść wyroku, w tym art. 7 k.p.k. poprzez jednostronne ukierunkowanie oceny; błędną ocenę opinii biegłej psycholog A. L. powołanej do przesłuchania W. M.; uznanie za wiarygodne zeznań tego świadka, odmówienie wiary świadkowi M. P. na okoliczność konfliktowych zachowań pokrzywdzonej; II. błąd w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku polegający na przyjęciu, że oskarżona dopuściła się czynów z art. 190a § 1 k.k., pomimo istnienia wątpliwości oraz mimo udowodnienia, że między stronami istnieje silny konflikt; III. błąd co do faktu, że żadne z nagrań dokonanych przez oskarżoną nie utrwaliło bezprawnych zachowań pokrzywdzonych, tj. zaśmiecania podwórka, dopuszczania przerastania korzeni na działkę oskarżonej oraz, że interwencje Straży Miejskiej były niezasadne; IV. obrazę art. 424 § 2 k.p.k. polegającą na sporządzeniu uzasadnienia „w sposób subiektywny”, brak uzasadnienia uwzględnienia wniosku o zadośćuczynienie i wysokości zasądzonych kwot. Apelacja oskarżycielki posiłkowej W. M. była skierowana przeciwko rozstrzygnięciu o karze. Skarżąca domagała się podwyższenia stawki dziennej grzywny do co najmniej 50 zł oraz podwyższenia kwoty zadośćuczynienia do 3000 zł.

Sąd Okręgowy w T., wyrokiem z dnia 12 lipca 2016 r., zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że uniewinnił oskarżoną i uchylił pkt I, II, III, IV, X, XI wyroku Sądu Rejonowego.

Kasację od wyroku sądu odwoławczego wniosła pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej M. B., zarzucając: I. rażąco obrazę prawa materialnego, mającą istotny wpływ na treść wyroku, tj. błędną wykładnię art. 190a § 1 k.k. polegającą na wyrażeniu poglądu, że zachowania oskarżonej, polegające na nagrywaniu i fotografowaniu pokrzywdzonych z terenu własnej posesji i z drogi, nie wypełniały znamion przestępstwa nękania, a stanowiły jedynie „złośliwe niepokojenie”, nie naruszające w istotny sposób prywatności i nie powodujące poczucia zagrożenia. Błędna wykładnia art. 190a § 1 k.k., zdaniem skarżącej, wyrażała się także w umniejszaniu działań oskarżonej za pomocą ustalenia, że do nagrywania dochodziło z terenu jej posesji, a nagrania obejmowały sytuacje codzienne; II. rażące naruszenie art. 7 k.p.k., art. 410 k.p.k., art. 424 § 1 k.p.k. w zw. z art. 437 § 2 k.p.k. i art. 457 § 3 k.p.k. polegające na dokonaniu dowolnej oceny dowodów przez sąd odwoławczy oraz przeprowadzeniu kontroli odwoławczej w oderwaniu od zarzutów apelacyjnych, w szczególności wobec niezgłoszenia przez obrońcę oskarżonej zarzutu naruszenia art. 190a § 1 k.k.

Pełnomocnik oskarżycielki posiłkowej wniosła o uchylenie wyroku uniewinniającego oskarżoną i przekazanie sprawy sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania.

Prokurator Rejonowy w K. wniósł o uwzględnienie kasacji w zakresie zarzutu pierwszego, uchylenie wyroku Sądu Okręgowego w T. i przekazanie mu sprawy do ponownego rozpoznania. Oskarżona M. B., w piśmie odpowiedzi na kasację, wniosła o jej oddalenie, akcentując szereg okoliczności konfliktu z pokrzywdzonymi.

Sąd Najwyższy uznał kasację za częściowo uzasadnioną, co skutkowało uchyleniem zaskarżonego wyroku i przekazaniem sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym. W ocenie Sądu Najwyższego na uznanie zasługiwał wyłącznie pierwszy zarzut kasacji (na co słusznie zwrócił uwagę prokurator), mówiący o naruszeniu prawa materialnego – art. 190 a § 1 k.k. Drugi zarzut podniesiony w kasacji dotyczący naruszenia prawa procesowego, a w szczególności przepisów dotyczących procedury gromadzenia i oceny dowodów oraz ich prezentacji w uzasadnieniu wyroku, uznany został za bezzasadny.

Zgadzać się ze stanowiskiem przyjętym przez Sąd Najwyższy przedmiotem opracowania będzie analiza ustawowych znamion przestępstwa nękania, a w szczególności „istotności oddziaływania sprawcy (oskarżonej) na sferę prywatności pokrzywdzonych”.

Przepis § 1 art. 190a § 1 k.k. kryminalizuje zachowanie polegające na uporczywym nękanii innej osoby lub osoby jej najbliższej przez co wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność. W analizowanej sprawie Sąd Najwyższy zgodził się z oceną Sądu Okręgowego, że przypisany oskarżonej przez Sąd Rejonowy skutek nękania, którym jest poczucie zagrożenia, nie został wykazany. Działania oskarżonej prowadzące się do obserwacji, filmowania i fotografowania pokrzywdzonych spoza ich posesji, zamykające się tylko w sferze prywatnego dokumentowania, nie używane do ściągnięcia na pokrzywdzone jakiegokolwiek wymiernego zagrożenia, nie wypełniają tego znamienia art. 190a § 1 k.k. Wprawdzie w przepisie mowa jest o poczuciu zagrożenia, które oznacza wewnętrzny odbiór, odczucie lęku i osaczenia osoby doświadczanej nękaniami, jednak przepis odwołuje się także do kryterium obiektywnego, wskazując na to, iż poczucie zagrożenia musi być uzasadnione okolicznościami. Oznacza to, że subiektywne odczuwanie zagrożenia przez daną osobę należy konfrontować z wiedzą, doświadczeniem i psychologią reakcji ogółu społeczeństwa, obiektywizować poprzez poczucie zagrożenia w danych okolicznościach, jakie towarzyszyłoby przeciętnemu

człowiekowi, o ile oczywiście działania sprawcy nie zmaterializowały się w konkretnym skutku. W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy podniósł też, że z opinii biegłej psycholog A. L. wynikało, iż u W. M. zaobserwowano poczucie wzmożonej podejrzliwości i drażliwości, nieadekwatne postrzeganie innych osób jako zagrożenia, a to miało istotne znaczenie dla oceny, czy taki subiektywny odbiór rzeczywistości przez W. M. i jej wpływ na siostrę M. B. nie zdeformowało ich odczuć i nie miało wpływu na zeznania. Sąd Najwyższy uznał, że Sąd Okręgowy słusznie uwzględnił zarzuty apelacji obrońcy oskarżonej i jej samej wskazujące na błędną ocenę tej części dyspozycji pokrzywdzonych, niepełną analizę opinii biegłej i w konsekwencji błędne ustalenie, że działania M. B. wzbudziły w pokrzywdzonych uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, podczas gdy demonstrowanie lęku i zagrożenia było odezwane od zachowań oskarżonej.

Przestępstwo uporczywego nękania ma charakter materialny. Skutkiem jest wzbudzenie u pokrzywdzonego uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia lub istotnego naruszenia jego prywatności. Użycie przez ustawodawcę słowa „lub” oznacza, że dla bytu przestępstwa wystarczy wystąpienie przynajmniej jednego ze wskazanych skutków, choć oczywiście nie można wykluczyć, że oba skutki wystąpią łącznie³. Należy zwrócić uwagę na fakt, że z realizacją ustawowych znamion przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. możemy mieć do czynienia zarówno wtedy, gdy skutkiem uporczywego nękania jest odczuwanie zagrożenia przez osobę nękaną, jak i wtedy, gdy pomimo braku poczucia zagrożenia u osoby nękanej zagrożenie odczuwa jej osoba najbliższa, a także w sytuacji, gdy zagrożenie odczuwa zarówno osoba nękana, jak i osoba jej najbliższa⁴.

Znamiona przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. zostaną zrealizowane zarówno wtedy, gdy zachowanie sprawcy wzbudzi w pokrzywdzonym uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, jak też wtedy, gdy takie-

³ Badania empiryczne spraw dotyczących przestępstw z art. 190a k.k. wykazały, że w przypadku 41 spraw, w których badający mieli do czynienia z 42 czynami, w 9 opisach czynu (w aktach oskarżenia bądź wnioskach o warunkowe umorzenie) wskazano, że uporczywe nękanie spowodowało naruszenie prywatności pokrzywdzonego, zaś w 5 wzbudziło u niego uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia. Najczęściej, bo aż w 25 przypadkach podano, że wystąpiło zarówno naruszenie prywatności, jak i poczucie zagrożenia (w tym trzy razy użyto słowa „lub”). Zob. M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnkarne i kryminologiczne aspekty zjawiska nękania*, Themis Polska Nova 2012, nr 2 (3), s. 48.

⁴ J. Sitko, M. Dumkiewicz, *Stalking na tle prawa karnego i cywilnego*, (w:) J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie. Rights of personality in the XXI century. New values, rules, technologies*, Warszawa 2012, s. 526.

go zagrożenia obiektywnie nie wzbudza, ale istotnie narusza jego prywatność. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedstawionej sprawie. Należy zauważyć, że niewątpliwie może dojść i do takich przypadków, gdy zachowanie sprawcy nie wzbudza poczucia zagrożenia ani też nie narusza istotnie prywatności pokrzywdzonego, ale jest odbierane przez niego jako uciążliwe (choć nie pociąga za sobą zmiany trybu życia czy przyzwyczajzeń pokrzywdzonego); w takiej sytuacji – zdaniem M. Budyn-Kulik „wypełnia znamiona tylko z art. 107 k.w.”⁵ Oczywiście, tak może być, nie można jednak tracić z pola widzenia możliwości wejścia w grę konstrukcji usiłowania przestępstwa z art. 190a § 1 k.k.⁶ Sprawca poprzez swoje zachowanie uzewnętrznia bowiem zamiar dokonania czynu zabronionego i bezpośrednio zmierza do jego realizacji⁷. Taka ocena pozwala na skuteczniejszą ochronę pokrzywdzonego.

Zasadniczą kwestią, do której odniósł się Sąd Najwyższy w uzasadnieniu glosowanego wyroku, było zakwestionowanie przez sąd odwoławczy drugiego warunku przyjęcia uporczywego nękania w rozumieniu art. 190a § 1 k.k., tj. istotnego naruszenia prywatności, co skutkowało uniewinnieniem oskarżonej przez sąd II instancji. Ta część uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego wymaga głębszej analizy. Sąd Okręgowy rozstrzygając sprawę odwołał się przede wszystkim do sporu sąsiedzkiego, konfliktów wszczynanych i podsycanych przez obie strony, które skutkowały interwencjami organów porządku publicznego i postępowaniami o wykroczenia. Podnosząc jedynie te okoliczności i wskazując na miejsca nagrywania oraz motyw sugerujący istnienie usprawiedliwienia dla zachowań oskarżonej, Sąd Okręgowy określił je jako „złośliwe niepokojenie”, które prowadziło do naruszenia prywatności, ale nie spełniało cechy istotności, o której mowa w art. 190a § 1 k.k. Z oceną taką nie można się zgodzić, dlatego słusznie Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania.

Przechodząc do analizy ustawowych znamion przestępstwa uporczywego nękania należy wskazać, że głównym przedmiotem ochrony jest tu szeroko rozumiana wolność (zarówno w aspekcie wolności „od czegoś”, od strachu, od nagabywania, od niechcianego towarzystwa innej osoby), jak i wolności „do czegoś” (przede wszystkim do zachowania swojej prywatności). Jak podnosi S. Hyps „Dobrem chronionym

⁵ M. Budyn-Kulik, Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, teza 36, Lex/el. 2011.

⁶ Por. M. Mozgawa, (w:) System Prawa Karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym, J. Warylewski (red.), tom 10, Warszawa 2016, s. 464.

⁷ Odmienne por. P. Furman, Próba analizy konstrukcji ustawowej przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2012, nr 10, s. 19.

jest związane z ochroną wolności człowieka prawo do życia w poczuciu bezpieczeństwa, tj. wolnego od jakiegokolwiek formy dręczenia, nękania i poczucia zagrożenia. Ochronie podlega zatem wolność psychiczna człowieka, ale także jego prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, gdyż sprawca może być karany za istotne naruszenie prywatności ofiary. Najczęściej jednak istotą tego czynu będzie sytuacja, w której sprawca dokonuje zamachu na psychikę człowieka poprzez naruszenie jego prywatności⁸. Według M. Budyn-Kulik indywidualnym przedmiotem ochrony, jest „dobro w postaci pewnego dobrostanu. W przypadku przestępstwa z art. 190a KK chodzi o dobrostan psychiczny. Indywidualnym dobrem chronionym przez ten przepis jest także prawo do prywatności”⁹. Ubocznym przedmiotem ochrony zdaje się być zdrowie człowieka (psychiczne, fizyczne), jego nietykalność cielesna, nienaruszalność korespondencji itp.¹⁰

Omawiany przepis zawiera szereg nieostrych znamion, budzących poważne wątpliwości interpretacyjne¹¹. Pierwsza trudność pojawia się w związku z określeniem znamienia czasownikowego „nękanie”, którego ustawa nie definiuje. Zgodnie ze słownikowym znaczeniem „nękać” to „ustawicznie dręczyć, trapić, niepokoić (czymś) kogoś; dokuczać komuś, nie dawać chwili spokoju”¹². W doktrynie prawa karnego wskazuje się, że nękanie to wielokrotne, powtarzające się prześladowanie, polegające na podejmowaniu różnych naprzykrzających się czynności, mających na celu udręczenie, utrapienie lub niepokojenie pokrzywdzonego albo jego osoby najbliższej¹³. Dodatkową trudność stwarza to, iż nękanie, o którym mowa w art. 190a § 1 k.k., musi być uporczywe. Powstaje wątpliwość, czy takie ustawowe dookreślenie jest zasadne. „Uporczywy” oznacza trudny do usunięcia, utrzymujący się długo lub ciągle powtarzający się; nieustanny, uciążliwy¹⁴. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2001 r., stwierdzono, że uporczywość jest antynomią jednorazowego czy nawet

⁸ S. Hypś, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 951.

⁹ M. Budyn-Kulik, Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, teza 19. Lex/el. 2011.

¹⁰ Tamże.

¹¹ Zob. A. Michalska-Warias, K. Nazar-Gutowska, Prawnokarne aspekty nękania w polskim prawie karnym, *Studia Iuridica Lublinensia* 2010, nr 14, s. 61–76.

¹² M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego PWN, t. II, Warszawa 1984, s. 317; S. Dubisz (red.), Uniwersalny słownik języka polskiego, t. II, Warszawa 2003, s. 1095.

¹³ S. Hypś, (w:) Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 951.

¹⁴ S. Dubisz (red.), Uniwersalny słownik języka polskiego, t. IV, Warszawa 2003, s. 1007.

kilkakrotnego zachowania sprawcy¹⁵. Słusznie zatem M. Mozgawa wskazuje, że skoro z samego określenia „nękać” wynika ustawiczność działania (szereg zachowań), zbędne wydaje się implikowanie dodatkowych wymagań ustawowych, iż dręczenie sprawcy ma cechować uporczywość¹⁶. Takie ujęcie powoduje zawężenie pola penalizacji przepisu do najbardziej uciążliwych zachowań i w konsekwencji może ograniczać ochronę pokrzywdzonego z uwagi na ten wymóg. Ocena nękania pod kątem jego uporczywości opierać się więc musi na analizie konkretnych stanów faktycznych, gdyż nie da się stworzyć pełnego katalogu zachowań, które można uznać za przejaw uporczywego nękania¹⁷. I takie zadanie stoi przed praktyką wymiaru sprawiedliwości.

Według M. Królikowskiego i A. Sakowicza „ze względu na charakter znamienia „nękania”, treść „uporczywości” została zredukowana jedynie do wyrażenia elementów strony podmiotowej czynu sprawcy”¹⁸. Oznacza to, że sprawca ma działać z określonym nastawieniem, które wyraża się w nieustępliwości i przekorności¹⁹. Z kolei N. Kłaczyńska powołując się na orzeczenia sądowe dotyczące uporczywości w rozumieniu art. 209 k.k. – w jego brzmieniu sprzed nowelizacji z dnia 23 marca 2017 r.²⁰ oraz

¹⁵ Wyrok SN z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. V KKN 504/00, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 57.

¹⁶ Tak M. Mozgawa, (w:) System prawa..., *op. cit.*, s. 461; odmiennie: por. J. Kosonoga, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1090 oraz N. Kłaczyńska, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, s. 470.

¹⁷ Z przeprowadzonych badań empirycznych wynika, że „podstawowym sposobem nękania jest dzwonienie do kogoś przy użyciu telefonu (stacjonarnego lub komórkowego) – takie zachowanie pojawiło się aż w 284 sprawach (oczywiście, zazwyczaj obok innych nękających zachowań). Nękanie poprzez wysyłanie niechcianych sms-ów wystąpiło aż w 171 przypadkach. Widać zatem, że telefon (głównie komórkowy) stał się nie tylko ważnym środkiem komunikacji, ale i podstawowym środkiem nękania w dzisiejszych czasach. Gdy chodzi o inne sposoby nękania to należy wyróżnić m.in. nachodzenie (73), wysyłanie maili (42), śledzenie (39), grożenie (34), znieważanie (13), obserwowanie (11), robienie zdjęć lub filmowanie (9), wysyłanie listów lub prezentów (9), zakłócanie spokoju (pukanie w ścianę, do drzwi) – 6, uszkodzenie mienia (5), naruszanie nietykalności cielesnej (3), dzwonienie domofonem (3), przesłanie paczek z odchodami (2), złośliwe informowanie różnych instytucji o rzekomych nieprawidłowościach w prowadzeniu działalności, zachowaniu itp. Z innych rzadziej występujących sposobów nękania warto wskazać wieszanie na drzwiach wstążek z napisami żałobnymi, umieszczanie kartek na drzwiach, zakładanie podsłuchu, wykręcanie klamek z okien, złośliwe parkowanie samochodem, rozwieszanie oszczerczych ulotek lub rozpowszechnianie plotek”. Zob. M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne...*, *op. cit.*, s. 41–42.

¹⁸ M. Królikowski, A. Sakowicz, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. I, Warszawa 2013, s. 541.

¹⁹ *Ibidem*, s. 544.

²⁰ Aktualne brzmienie przepisu art. 209 k.k. nadane zostało ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimen-

art. 218 k.k. wskazała, że: „Wprawdzie uporczywość wiąże się zawsze z wielokrotnością lub długotrwałością pewnych zachowań, co stanowi jednocześnie immanentną cechę każdego nękania, jednak zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby zachowanie sprawcy można było uznać za uporczywe, konieczne jest wystąpienie po jego stronie złej woli polegającej na umyślnym uchylaniu się od jakiejś powinności, mimo możliwości jej wykonywania”²¹. Należy się jednak zastanowić, czy słuszne było w tym przypadku bezkrytyczne (proste) przenoszenie rozumienia „uporczywości” z art. 209 k.k. na grunt art. 190 a § 1 k.k., kierując się zasadą jednoznaczności prawa karnego, nie zwracając natomiast uwagi na odmienny charakter wskazanych czynów zabronionych²². „Uporczywe uchylanie”, o którym stanowił art. 209 k.k. wskazywało z jednej strony na powtarzalność zachowania, a z drugiej na szczególne nastawienie psychiczne sprawcy. Dlatego też zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądowym przyjmowano koncepcję przedmiotowo podmiotową wykładni znamienia „uporczywie uchyla się”, co oznaczało, że aby uznać, że znamię to zostało spełnione, musiały wystąpić oba te elementy²³. Element przedmiotowy wyrażający się w wielości, długotrwałości zachowań sprawcy natomiast element podmiotowy w stosunku psychicznym, cechującym się nieustępliwością, uporem (z wyraźnym podkreśleniem wy-

tów (Dz. U. poz. 952). Z uzasadnienia projektu ustawy (nr 1193) wynika, że wprowadzone zmiany „skutkują nowym brzmieniem przepisu, oderwanym od dotychczasowych znamion w postaci «uporczywości» uchylania się od obowiązku alimentacyjnego i skutku w postaci «narażenia osoby uprawnionej na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych»”, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1193> (dostęp 17 października 2017 r.).

²¹ N. K ł ą c z y ń s k a, (w:) Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 470 i wskazane tam orzecznictwo.

²² Jako przykład można wskazać uzasadnienie w sprawie Ds. 312/12 w W., w którym stwierdzono, że „zgodnie z przyjętym orzecznictwem jako okres wyznaczający uporczywość przyjmuje się trzy miesiące”. Widać zatem, że autor tego uzasadnienia sięgnął do uchwały SN z dnia 9 czerwca 1976 r. (sygn. VI KZP 13/75, OSNKW, nr 7–8, poz. 86) dotyczącej przestępstwa niealimentacji, gdzie rzeczywiście dla bytu przestępstwa z art. 209 takowy okres wskazano. Wydaje się jednak, że inną rzeczą jest wstrzymanie się z zapłatą kolejnych rat alimentacyjnych przez co najmniej 3 miesiące, a inną nękanie kogoś przez aż tak długi okres. Widać zatem, że znamię uporczywości na gruncie art. 190a § 1 k.k. nie może być interpretowane tak samo jak na gruncie art. 209 k.k. Zob. M. M o z g a w a, M. B u d y n - K u l i k, *Prawnokarne...*, *op. cit.*, s. 44.

²³ Zob. uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., sygn. VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7–8, poz. 9; wyrok SN z dnia 27 lutego 1996 r., sygn. II KRN 200/95, Prokuratura i Prawo 1996, nr 10, poz. 8; wyrok SN z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. V KKN 504/00, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 57. A. W ą s e k i J. W a r y l e w s k i wskazują też na drugi kierunek wykładni znamienia „uporczywości” – obiektywistyczny, akcentujący wielokrotność zachowania się sprawcy, trwania przez długi okres mimo monitów, upomnień itp.; A. W ą s e k, J. W a r y l e w s k i, (w:) A. W ą s e k, R. Z a w ł o c k i (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, t. I, Warszawa 2010, s. 1247.

mogą istnieć u sprawcy niealimentacji złej woli)²⁴. Zła wola sprawcy przestępstwa niealimentacji przejawia się w uchylaniu się od spełnienia świadczenia alimentacyjnego, natomiast w przypadku przestępstwa z art. 190a §1 k.k. sprawca nie zawsze musi działać ze złej woli²⁵, co nie oznacza oczywiście odrzucenie elementu subiektywnego, a jedynie jego nieakcentowanie. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, że „O uporczywym zachowaniu się sprawcy świadczyć będzie z jednej strony jego szczególne nastawienie psychiczne, wyrażające się w nieustępliwości nękania (...), z drugiej natomiast strony – dłuższy upływ czasu, przez który sprawca je podejmuje (...)”²⁶. Niewątpliwie, nastawienie psychiczne sprawcy przestępstwa uporczywego nękania charakteryzuje się nieustępliwością, uporem natomiast nie sposób przyjąć, że nieustępliwość nękania to „(...) trwanie w swego rodzaju uporze, pomimo próśb i upomnień pochodzących od pokrzywdzonego lub innych osób o zaprzestanie przedmiotowych zachowań (...)”²⁷. Wydaje się, że Sąd Apelacyjny we wskazanym wyżej wyroku przeniósł rozumienie „uporczywości” z art. 209 k.k. (sprzed zmiany) na grunt art. 190a § 1 k.k., co nie było słuszne. O ile w przypadku przestępstwa niealimentacji sprawca trwa w uporze na przekór ewentualnym próbom zmiany jego postępowania (np. mimo przeprowadzenia rozmów ostrzegawczych czy wszczęcia egzekucji cywilnej), to w przypadku uporczywego nękania próśby czy upomnienia pochodzące od pokrzywdzonego, innych osób lub instytucji (np. policji) nie należą do ustawowych znamion przepisu art. 190a §1 k.k.²⁸

W związku z takim ujęciem znamion powstaje pytanie, czy „uporczywość nękania” wskazuje tylko na możliwość popełnienia przestęp-

²⁴ Zob. wyrok SN z dnia 24 listopada 1970 r., sygn. V KRN 437/70, OSNKW 1971, nr 3, poz. 37; wyrok SN z dnia 19 grudnia 1979 r., sygn. V KRN 297/79, OSNPG 1980, nr 6, poz. 79; wyrok SN z dnia 28 listopada 1995 r., sygn. III KRN 137/95, Prokuratura i Prawo 1996, nr 6, poz. 5.

²⁵ Według J. Długosz „(...) zachowanie typowe dla stalkingu niekoniecznie musi być wynikiem takiego negatywnego nastawienia sprawcy, co więcej, niejednokrotnie podejmowane jest pod wpływem emocji w swej istocie pozytywnych, takich jak np. uwielbienie czy adoracja pokrzywdzonego, choć oczywiście przez niego niechciana i niepożądana. J. Długosz, O zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu, (w:) M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), Tożsamość polskiego prawa karnego, S. Piłkusiński, Olsztyn 2011, s. 254.

²⁶ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. II Aka 18/14, KZS 2014, nr 7–8, poz. 98.

²⁷ Tamże.

²⁸ Na przykład w prawie karnym Danii (art. 265 k.k.) dla bytu przestępstwa konieczne jest, aby sprawca działał „mimo ostrzeżeń policji”, a udzielone ostrzeżenie obowiązuje przez 5 lat. Zob. M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, Prawnokarne..., *op. cit.*, s. 19.

stwa z zamiarem bezpośrednim, czy również z zamiarem ewentualnym. Zdania przedstawicieli doktryny są w tym zakresie podzielone. I tak, M. Królikowski i A. Sakowicz przyjmują, że strona podmiotowa analizowanego czynu zabronionego wymaga od sprawcy działania z zamiarem bezpośrednim (nie warunkowym)²⁹. Niektórzy idą jeszcze dalej, twierdząc, że zachowanie polegające na nękanii cechuje *dolus directus coloratus*³⁰. Takie zawężenie kryminalizacji nie wydaje się właściwe. Rację ma M. Budyn-Kulik wskazując, że ustawodawca nie wymaga zabarwienia zamiaru sprawcy jakimś określonym celem czy motywacją³¹.

Z uwagi na znamię „uporczywości” dość powszechnie przyjmuje się, że czyn musi być dokonany z zamiarem bezpośrednim, jednak interpretacja skutku przestępnego nie jest już taka jednoznaczna. Nie ma przeszkód, żeby przyjąć, iż skutek w postaci wzbudzenia w pokrzywdzonym uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia lub istotnego naruszenia jego prywatności nie może być objęty zamiarem ewentualnym (np. sprawca nie chce wzbudzić obawy u ofiary, a jedynie „uprzykrzyć jej życie”, przewidując i godząc się jednak z możliwością jej wzbudzenia)³², niezależnie od tego, czy nękanie powodowane jest żywionym do pokrzywdzonego uczuciem miłości, złościwością, czy chęcią zemsty³³.

W przedmiotowej sprawie, o ile sądy obu instancji nie kwestionowały faktu naruszenia prywatności, o tyle ocena stopnia tego naruszenia przez Sąd Okręgowy, poprzez przyjęcie braku jego „istotności” skutkowało uniewinnieniem oskarżonej. W tym miejscu wskazać należy na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2016 r., w którym przyjęto, że „O istotności naruszenia prawa do prywatności nie decyduje

²⁹ M. Królikowski, A. Sakowicz, (w:) Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 544.

³⁰ Tak J. Kosonoga, (w:) Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 1092.

³¹ M. Budyn-Kulik, Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, teza 44, Lex/el. 2011.

³² Zob. M. Mozgawa, (w:) System prawa..., *op. cit.*, s. 466–467; A. Michalska-Warias, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 536; N. Kłaczyńska, (w:) Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 471–472; S. Hypś, (w:) Kodeks karny..., *op. cit.*, s. 953.

³³ Zob. postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 417/13, KZS 2014r., nr 6, poz. 26. Sąd Najwyższy stwierdził, że „By zachowanie mogło być uznane za stalking, nękanie przez sprawcę musi być uporczywe, a zatem polegać na nieustannym oraz istotnym naruszaniu prywatności innej osoby oraz na wzbudzeniu w pokrzywdzonym uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia. Ustawodawca nie wymaga przy tym, aby zachowanie stalkera niosło ze sobą element agresji. (...) Dla bytu tego przestępstwa nie ma znaczenia, czy sprawca ma zamiar wykonać swoje groźby. Decydujące jest tu subiektywne odczucie zagrożonego, które musi być oceniane w sposób zobiektywizowany”.

sama treść materiałów powstała w wyniku nieuprawnionego wkroczenia w sferę prywatności pokrzywdzonego, ale przede wszystkim to, w jaki sposób do naruszenia doszło i ewentualnie jak często dochodziło do tych naruszeń. W tym drugim aspekcie uwidacznia się *iunctim* między znamieniem uporczywości nękania a znamieniem istotności naruszenia prawa do prywatności³⁴. W uzasadnieniu tego wyroku Sąd Najwyższy wskazał, że Sąd Okręgowy niewłaściwie zinterpretował znamię „istotności” naruszenia prawa do prywatności poprzez stwierdzenie, że „utrwalanie czynności dnia codziennego, wykonywanych na zewnątrz budynku mieszkalnego (...) o ile niewątpliwie stanowiło naruszenie prywatności pokrzywdzonych, to jednak z uwagi na ich neutralny charakter, nierozpowszechnianie przez oskarżonego utrwalonych materiałów (...) oraz wzajemność zachowania pokrzywdzonych (...) naruszenie prywatności nie może być postrzegane jako istotne”³⁵. Sąd odwoławczy w analizowanej sprawie posłużył się podobnym argumentem stwierdzając, że skoro „oskarżona (...) obserwując i nagrywając (...) czyniła to na własnej posesji, bądź na drodze (...). Nagrania zaś rejestrowały zachowania oskarżycielek w sytuacjach codziennych (...)”, to „nie stanowiły naruszenia prywatności o charakterze istotnym”. Z takim stanowiskiem nie można się zgodzić. O istotności naruszenia prawa do prywatności w przedmiotowej sprawie świadczyły, m.in. takie uporczywe zachowania oskarżonej, jak: wielokrotność działań (ponad 100 udokumentowanych przypadków w ciągu niespełna 3 miesięcy; determinacja w działaniu polegająca niekiedy na nagrywaniu pokrzywdzonych z bardzo bliskiej odległości, zbliżaniu aparatu do twarzy; nagrywanie ze wszystkich dostępnych miejsc, z własnej posesji, od strony ulicy, a po wzniesieniu przez M. B. wysokiego, szczelnego muru betonowego wzdłuż granicy, także z drabiny czy balkonu domu; nagrywanie pokrzywdzonych nie tylko w sytuacjach codziennych, ale także bardzo osobistych, związanych z pielęgnacją chorej córki M. B. Widać zatem wyraźną łączność między znamieniem uporczywości nękania a znamieniem istotności naruszenia prawa do prywatności. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że w ostatnim przypadku wskazanego zachowania oskarżonej mogło dojść do wypełnienia znamion czynu zabronionego z art. 191a k.k. (utrwalanie wizerunku nagiej osoby). Jak słusznie stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanego wyroku „Uporczywość polegają-

³⁴ Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. IV KK 196/15, Lex nr 1976249.

³⁵ Zob. szerzej K. N a z a r, Glosa do wyroku SN z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. IV KK 196/15, *Palestra* 2016, nr 7–8, s. 176–182.

ca na powtarzalności takich zachowań, wbrew woli pokrzywdzonych, na zasadzaniu się na wybrane osoby w celu złośliwego dokuczenia im, czynienie ich życia nieznośnym, odbiera chęć do zwyczajnej aktywności i jest przestępstwem”. I jak dalej wskazał „(...) sąd oderwał swoją ocenę od badania uporczywości, z jaką oskarżona zmierzała do zastąpienia działań prawnych Policji, Straży Miejskiej czy Sądów, które jej nie satysfakcjonowały (uniewinniono sąsiadki), a tym samym wpływała na swobodę życia prywatnego pokrzywdzonych. Sąd Okręgowy nie wyjaśnił zakresu i stosunku użytego w uzasadnieniu wyroku pojęcia: celowego, «złośliwego niepokojenia», które przypisał działaniom oskarżonej, do ostatecznego wniosku, że nie prowadziło to do istotnego naruszenia prywatności”.

Należy wskazać, że zarówno sama prywatność jest pojęciem trudnym do zdefiniowania, a tym bardziej ocena jej naruszenia pod kątem „istotności” może stwarzać poważne problemy. W przepisach kodeksu karnego nie pojawiło się dotychczas pojęcie prywatności, natomiast inne akty prawne definiują nie tyle prywatność, co prawo do prywatności. Zgodnie z treścią art. 47 Konstytucji RP „każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”. Ochrona życia rodzinnego, a szerzej prywatnego znalazła uznanie w szeregu aktów międzynarodowych. Już Powszechna Deklaracja Praw Człowieka w art. 12 stanowiła, że „Nie wolno wkraczać samowolnie w czyjekolwiek życie prywatne, rodzinne, domowe lub korespondencję ani nastawać na czyjś honor i reputację.” Ochronę taką gwarantuje także art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Człowieka³⁶ oraz art. 8 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁷.

Niektóre dobra osobiste niewymienione wprost w art. 23 k.c. podlegają ochronie mimo, że nie są wyraźnie przez ustawodawcę wskazane w treści przepisu. Takim dobrem jest np. prawo do prywatności³⁸. Sfera prywatności jest to pewien obszar wolny od ingerencji innych osób, w którym jednostka ma swobodę rozwijania własnej osobowości i decy-

³⁶ Art. 17 Międzynarodowego Paktu Praw Człowieka brzmi: „1. Nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię. 2. Każdy ma prawo do ochrony prawnej przed tego rodzaju ingerencjami i zamachami”.

³⁷ Paragraf 1 art. 8 statuuje prawo każdego człowieka do własnego życia prywatnego i rodzinnego oraz do tajemnicy korespondencji i do nietykalności mieszkania.

³⁸ Szerzej zob. M. Pryciak, *Prawo do prywatności*, (w:) M. Sadowski, P. Szymaniec (red.), *Studia Erasmiانا Wratislaviensia*, nr IV, *Prawa człowieka. Idea, instytucje, krytyka*, Wrocław 2010, s. 211–229.

dowania o kształcie swojego życia. Jest to tzw. *right to be alone* – prawo do bycia pozostawionym w spokoju. Konstrukcja ta wywodzi się z doktryny amerykańskiej³⁹. W polskiej doktrynie jako pierwszy zwrócił uwagę na prawo do prywatności A. Kopff. Jego zdaniem „każda jednostka winna mieć możliwość samodzielnego kształtowania swojej osobowości oraz swego losu według własnej woli oraz żądania, by życie to nie było przedmiotem budzącego sensację zainteresowania innych ludzi”⁴⁰. Prywatność jest pojęciem szerokim i złożonym. Obejmuje zespół takich wartości jak: dobre imię, wizerunek, życie osobiste, wolność, przeszłość danej osoby itd. Wśród form naruszenia prawa do prywatności A. Kopff wyodrębnił m.in. ingerencję w życie prywatne, rodzinne, domowe, naruszenie integralności psychofizycznej człowieka czy niepokojenie osoby przez śledzenie, narzucanie swego towarzystwa lub w inny sposób⁴¹. Koncepcja wylansowana przez A. Kopffa spotkała się z aprobatą doktryny, a sfera życia prywatnego jako wyodrębnione dobro osobiste zyskała sobie trwałe miejsce w orzecznictwie⁴². Prywatność to termin, który – w najszerszym znaczeniu – określa możliwość jednostki lub grupy osób do utrzymania swych danych oraz osobistych zwyczajów i zachowań nieujawnionych publicznie. Prywatność często rozpatrywana jest jako prawo przysługujące jednostce⁴³. W doktrynie

³⁹ S. D. Warren, L. D. Brandeis, The right to privacy, Harvard Law Review, Vol. IV December 15, 1890 No. 5, s. 193 i n., <http://www.jstor.org/stable/pdf/1321160.pdf?refreqid=excelsior%3Af975a2217be0fe89556f70c73a5a057c> (dostęp 17 października 2017 r.); szerzej por. także B. Kordasiewicz, Cywilnoprawna ochrona prawa do prywatności, Kwartalnik Prawa Prywatnego, 2000, nr 1, s. 19–20.

⁴⁰ A. Kopff, Koncepcja prawa do prywatności i intymności życia osobistego, Studia Cywilistyczne, t. XX, Kraków 1972, s. 38.

⁴¹ K. W. Kubiński, Ochrona życia prywatnego człowieka, RPEiS 1993, nr 1, s. 62.

⁴² Wyrok SN z dnia 18 stycznia 1984 r., sygn. I CR 400/83, OSN 1984, poz. 195; postanowienie SN z dnia 15 sierpnia 1975 r., sygn. I PZ 28/75, OSN 1976, poz. 198; wyrok SN z dnia 13 czerwca 1980 r., sygn. IV CR 182/80, OSPiKA 1982, poz. 176.

⁴³ Jak pisze K. Piasiecki (na gruncie KC) „Pojęcie prywatności i intymności jest bardzo szerokie. Obejmuje wszelkie wartości człowieka jako osoby. Można wymienić następujące sfery naruszenia prywatności: 1) ciało ludzkie; 2) osobowość człowieka i jej przymioty; 3) życie człowieka i sfery jego działalności; 4) stosunki z innymi osobami. Sfera intymności obejmuje wszelkie czynności, gesty, słowa, charakterystyczne cechy osobowości. Ogólnie można wymienić przejawy wkraczania w sferę prywatności: przedstawienie osoby w fałszywym świetle (*false light*) człowieka publicznego; nieuprawnione nagranie, sfotografowanie lub filmowanie; zakaz publicznego wystawienia fotografii bez zgody, także po śmierci; niepokojenie drugiej osoby przez jej śledzenie, narzucanie swego towarzystwa; agresja władzy politycznej”. K. Piasiecki, Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz, teza. 10 pkt 5, Lex/el. 2003.

częściej definiuje się prawo do prywatności niż samą prywatność⁴⁴. Na uwagę zasługują tu rozważania Z. Zaleskiego, który wyróżnił prywatność bliższą (ściśłą), do której zaliczył intymność, stany, cechy i procesy znane tylko danej osobie i prywatność dalszą (otwartą), która obejmuje np. posiadanie pewnego terytorium⁴⁵. Elementem prywatności jest również swoboda wchodzenia w kontakty społeczne i ich utrzymywania⁴⁶. Można sądzić, że w kontekście art. 190a § 1 k.k. istotę prywatności będą stanowiły dwa elementy: decydowanie o przepływie informacji na temat własnej osoby i swobodne dysponowanie własnym postępowaniem⁴⁷. Z kolei K. Piasecki za przejaw nieuprawnionego wkraczania w sferę prywatności uważa nagrywanie, fotografowanie czy filmowanie⁴⁸. Podobnie uważają Z. Radwański i A. Olejniczak, według których naruszeniem prywatności jest już samo zachowanie godzące w spokój psychiczny człowieka, przejawiające się w podsłuchiowaniu, śledzeniu, filmowaniu, nagrywaniu wypowiedzi, nawet później niepublikowanych⁴⁹. A zatem Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 stycznia 2016 r. słusznie przyjął, że nieistotne dla znamienia istotności naruszenia prawa do prywatności było to, że oskarżony nie rozpowszechnił utrwalonych materiałów. Naruszenie prywatności nastąpiło z chwilą określonego zachowania sprawcy, wkraczającego poprzez nagrywanie lub fotografowanie pokrzywdzonych w sferę ich życia prywatnego. Podobnie, bezpodstawne zdaniem Sądu Najwyższego dla oceny znamienia istotności było wskazanie na to, że pokrzywdzeni również nagrywali oskarżonego. Podobny pogląd wyraził Sąd Najwyższy w glosowanym wyroku, stwierdzając, że „Akcentowanie wzajemności zachowań skłóconych stron jest niezasadne; zarówno z powodu braku równowagi ilościowej (kilkakrotne sfotografowanie oskarżonej przez pokrzywdzone w sytuacji permanentnego nagrywania przez nią), jakościowej (wielu sposobów nagrywania z różnych miejsc, pozycji, wysokości itd.), jak też niemożności wykluczenia bezprawności nękania z racji podobnego, czy wzajemnego zachowania pokrzywdzonych (...)”. Należy uznać, że podniesione oko-

⁴⁴ Por. A. S a k o w i c z, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 19 i n.; M. K u l i k, *Prawo do prywatności a karalność spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu za zgodą pokrzywdzonego*, *Prok. i Pr.* 1999, nr 10, s. 71–72.

⁴⁵ Z. Z a l e s k i, *Prawo do prywatności*, (w:) I. W i ś n i e w s k i (red.), *Prawo do prywatności w perspektywie prawniczej i psychologicznej*, Lublin 2001, s. 96.

⁴⁶ Tamże, s. 98.

⁴⁷ M. B u d y n - K u l i k, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, teza 32, *Lex/el.* 2011.

⁴⁸ K. P i a s e c k i, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz*, teza. 10 pkt 5, *Lex/el.* 2003.

⁴⁹ Z. R a d w a Ń s k i, A. O l e j n i c z a k, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2015, s. 167.

liczności są obojętne dla bytu przestępstwa uporczywego nękania i nie mogą rzutować na kwestię wypełnienia jego znamion.

Określenie naruszenia prywatności przez znamię „istotnie” oznacza, że charakteryzować je musi odpowiedni stopień intensywności. Wydaje się, że to właśnie było celem projektodawców, którzy dążyli do wprowadzenia ram dla zakresu ochrony prywatności i sprowadzenia jej do rzeczywiście istotnych przypadków⁵⁰. Można jednak, jak słusznie wskazuje na to M. Mozgawa, zastanowić się, czy zabieg ten był konieczny, bowiem owe nieistotne naruszenia byłyby i tak rozpatrywane przez pryzmat art. 1 § 2 k.k. (znikomy stopień społecznej szkodliwości)⁵¹. Ponadto, zdaniem tego Autora, należy rozważyć, czy wymóg ten jest w ogóle zasadny, skoro już sama prywatność jest dobrem na tyle ważnym, że każde jej naruszenie jest istotne⁵². W doktrynie wskazuje się⁵³, na co zwrócił uwagę również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 12 stycznia 2016 r., że „(...) nie jest bezpodstawne przekonanie o tym, że znamię „istotności” stanowi *superfluum* ustawowe, co przy poszanowaniu wykładni *per non est* prowadzi do wniosku, że zawężenie zakresu kryminalizacji przez warunek spełnienia tej przesłanki koresponduje z wymogiem co do ustalenia stopnia intensywności zachowania sprawcy”.

Jedynie na marginesie, poza podniesionymi wyżej kwestiami Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanego wyroku odniósł się do problemu, który jego zdaniem pozostaje do rozważenia, a który podnoszony był w apelacjach. Dotyczył on zachowania pokrzywdzonych, w sytuacji, gdy chodzi o osoby intensywnie współuczestniczące w konflikcie, aktywnie i sprawnie korzystające nie tylko z dróg prawnych wiodących do ukarania przeciwnika, ale także upubliczniające ten konflikt poprzez opowiadanie o nim sąsiadom, skargi do różnych instytucji czy próby wyrobienia negatywnej opinii środowiskowej o oskarżonej. Według Sądu Najwyższego należy rozważyć „czy osoby tak aktywne, zaradne, które nie kojarzą się z typowymi cechami ofiar cierpiących niezasażenie, ale czyniące do tego różne złośliwości otoczeniu, mogą korzystać z takiej samej ochrony prywatności, jak pozostali; czy ujawniając okoliczności życia osobistego, rodzinnego, zdrowotnego i sąsiedzkiego wobec innych osób i instytucji nie obniżają poziomu osobistej ochrony prawnej, wraz z odślanianiem swej pry-

⁵⁰ Uzasadnienie do ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, sejm VI Kadencji, druk sejmowy nr 3553.

⁵¹ M. Mozgawa, (w:) System prawa..., *op. cit.*, s. 466.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Tak M. Mozgawa, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 571–572.

watności, jak np. czynią osoby publiczne; czy wreszcie w ramach tak obniżonego poziomu prywatności można mówić o istotnym jej naruszeniu w rozumieniu prawa karnego; czy prawo do prywatności doznaje ograniczeń w zależności od poziomu dbałości o nie samych podmiotów tego prawa”. Sąd Najwyższy słusznie wskazał, że są to kwestie podlegające ocenie przez pryzmat wiedzy i doświadczenia życiowego, znajomości i szacunku dla zasad współżycia społecznego i że nie można porównywać rejestracji ogółu przypadkowych zdarzeń, np. przez monitoring służący ochronie mienia, czy osób (również osób publicznych), z celową, nachalną, codzienną obserwacją i rejestracją zachowań wybranych osób. Każdemu człowiekowi przysługuje niezbywalne prawo do ochrony prawnej, w tym skutecznego żądania zaprzestania działań, ingerujących tak istotnie w prywatność, że czynią życie nieznośnym. Odnosząc powyższe do analizowanej sprawy, należy uznać, że z tego prawa korzystały pokrzywdzone i nie można stawiać im zarzutu z powodu ich aktywności i korzystania z wszelkich możliwych sposobów ochrony swojej prywatności. Nie można mówić o obniżeniu poziomu osobistej ochrony prawnej poprzez ujawnianie okoliczności życia osobistego, rodzinnego, zdrowotnego czy sąsiedzkiego wobec instytucji, do których dana osoba zwraca się o pomoc i których ujawnienie jest konieczne dla podjęcia przez te organy stosownych kroków. I w końcu, nie można porównywać takich zachowań (np. opowiadanie o konflikcie sąsiadom), z odsłanianiem swej prywatności przez osoby publiczne, które bardzo często czynią to celowo, chcąc wzbudzić zainteresowanie swoim życiem innych osób.

Na uwagę zasługuje pogląd przedstawiony przez A. Kopffa, który stwierdził, że istnieją sytuacje usprawiedliwiające zainteresowanie życiem prywatnym osoby ze względu na zajmowane przez nią stanowisko, pozycję społeczną lub zawodową, uzdolnienia czy wydarzenia w których brała udział⁵⁴. Nie ulega też wątpliwości, że oficjalne występowanie osób powszechnie znanych w poważnym stopniu zawęża ochronę niektórych ich dóbr osobistych, w tym także prywatności⁵⁵.

⁵⁴ A. Kopff, *Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, Studia Cywilistyczne, t. XX, Kraków 1972, s. 35.

⁵⁵ Por. S. Grzybowski, A. Kopff, J. Serda, *Zagadnienia prawa autorskiego*, Warszawa 1973, s. 165. Jako przykład można wskazać ochronę wizerunku. Artykuł 14 ust. 6 ustawy Prawo prasowe określa, że nie wolno bez zgody osoby zainteresowanej publikować informacji oraz danych dotyczących prywatnej sfery życia, chyba że wiąże się to bezpośrednio z działalnością publiczną danej osoby (Dz. U. z 1984 r., Nr 5, poz. 24 ze zm.). Ustawa określa więc w sposób ogólny, że prywatność osób publicznych może być naruszana, nie w każdej jednak sytuacji i nie bez ograniczeń.

Jak wskazuje K. W. Kubiński jest to całkowicie zrozumiałe. Jeżeli dana osoba zgadza się piastować określone urzędy czy stanowiska, wykonywać funkcje z którymi wiąże się zainteresowanie społeczeństwa, to nie może przysługiwać jej ochrona tożsama z ochroną przysługującą przeciętnemu człowiekowi. Osoba taka ze zrozumiałych względów nie może pozostać w cieniu i musi wliczać nadmierne zainteresowanie swoją osobą w swoistą cenę swej pozycji⁵⁶, czyli mieć świadomość tego, że sfera jej prywatności będzie ograniczona. Nie oznacza to jednak, że wszystkie sfery życia prywatnego osób publicznych stają się jawne. Zdaniem K. W. Kubińskiego „należy zdecydowanie odróżnić istnienie pewnych szczegółów dotyczących życia danej osoby, które nie pozostają w żadnym związku z działalnością publiczną. Dlatego też zakres możliwości ujawnienia faktów z życia prywatnego nie może oczywiście pozostawać nieograniczony, chociaż jest szerszy niż w przypadku przeciętnego człowieka. Podstawową trudnością na którą można się tutaj natknąć jest właściwa delimitacja pomiędzy życiem prywatnym, a publicznym danej osoby. Jak wiadomo, kryteria różniące te dwie sfery są bardzo płynne. Trudno bez wątpliwości ustalić w tej mierze jednoznaczne reguły ocenne. Wydaje się, że właściwe rozstrzygnięcie w tej kwestii zależałoby zawsze od całokształtu okoliczności indywidualnej sprawy”⁵⁷. Warto w tym miejscu wskazać też na orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego, w którym stwierdzono, że prywatność osób publicznych podlega słabszej ochronie z tego względu, że z zakresu przedmiotowego prawa do informacji publicznej nie są wyłączone informacje mające związek z pełnieniem funkcji publicznych⁵⁸.

Na koniec należy jeszcze raz podkreślić, że prawo do prywatności jest niezwykle ważnym prawem człowieka, jednak, jak słusznie wskazuje M. Budyn-Kulik, „brak dbałości o nie przez samych zainteresowanych ma daleko idące negatywne konsekwencje zarówno dla nich samych, jak i dla osób, które przykładają dużą wagę do respektowania ich praw w tej mierze”⁵⁹. Należy też podkreślić, że dokładne określenie granic prawa do

⁵⁶ Zob. K. W. Kubiński, Ochrona życia prywatnego człowieka, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1993, nr 1, s. 71.

⁵⁷ *Ibidem*. Zob. także J. Rzućdziło, Prawo do prywatności i ochrona danych osobowych, (w:) M. Jabłoński (red.), *Realizacja i ochrona konstytucyjnych wolności i praw jednostki w polskim porządku prawnym*, Wrocław 2014, s. 163–164.

⁵⁸ Wyrok TK z dnia 20 marca 2006 r., sygn. K 17/05, OTK-A 2006, nr 3, poz. 30.

⁵⁹ Szerzej na ten temat zob. M. Budyn-Kulik, Dobrowolne ograniczenie prawa do prywatności w ujęciu prawnokarnym, psychologicznym i socjologicznym, *Roczniki Nauk Społecznych* 2015, tom 7 (43), nr 4, s. 86.

prywatności nie jest możliwe. Istnieje jednak pewien obszar niebudzący w tej mierze wątpliwości, mieszczący takie dobra, których naruszenie w powszechnej ocenie stanowi naruszenie prywatności. Oczywiście, nie zawsze to, co dla jednych stanowić będzie naruszenie ich prywatności, w ten sam sposób odbierane jest przez innych. Sfera prywatna jest niezwykle subiektywna, ten, o czyją prywatność chodzi, decyduje jaki jest jej zakres i do pewnego stopnia ustala również, w którym momencie następuje przekroczenie jej granic. Jeżeli to przekroczenie jest znaczące, powodujące szkodę, jego sprawca może ponieść odpowiedzialność cywilną, a jeśli sposób zachowania sprawcy wypełnia znamiona czynu zabronionego, podlega on odpowiedzialności karnej. W przypadku tej ostatniej, owo subiektywne przekonanie osoby pokrzywdzonej zostaje zweryfikowane przez organy wymiaru sprawiedliwości⁶⁰.

Reasumując, należy w pełni zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy w obu tezach glosowanego wyroku.

Commentary to the Supreme Court judgment of 29 March 2017, ref. no. IV KK 413/16

Abstract

This commentary addresses issues associated with the offence of persistent stalking (Penal Code, Article 190a, §1). The Supreme Court found out that the stalking effect, i.e. feeling of danger, attributed to the defendant by the District Court had not been proved. Steps taken by the defendant, such as observing, video recording, and photographing the victims from outside of their real property, which steps did not go beyond private documenting, do not satisfy the criterion of stalking under Article 190a, §1 of the Penal Code. However, referred to by the Supreme Court in their reasons for the judgment, the crucial thing is that the appellate court questioned the second condition necessary for persistent stalking within the meaning of Article 190a, § 1 of the Penal Code, i.e. the condition of significant violation of personal privacy, which led to acquittal of

⁶⁰ *Ibidem*, s. 100–101.

the defendant by the second instance court. The commentator expresses her opinion on significance of the perpetrator's (defendant's) impact on personal privacy of the victims, and shares the Supreme Court's view expressed in their reasoning.

Piotr Gensikowski

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. II AKa 380/15¹

Streszczenie

W komentowanym orzeczeniu Sąd Apelacyjny w Katowicach zaakceptował rozstrzygnięcie polegające na orzeczeniu środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, określonego w art. 41 § 2 k.k. wobec sprawcy, który nie miał formalnie zgłoszonej działalności gospodarczej. W niniejszej glosie przedstawiono argumenty językowe, funkcjonalne, systemowe, a także odwołujące się do zagadnień związanych z wykonaniem analizowanego środka, które zdaniem Autora przemawiają na rzecz akceptacji stanowiska wyrażonego w komentowanym orzeczeniu.

Faktem jest, że dopuszczając się przypisanych przestępstw oskarżony nie miał formalnie zgłoszonej działalności gospodarczej, ale czynów dopuszczał się w warunkach zorganizowanej grupy przestępczej, podejmując istotne działania związane z formalnie zgłoszoną działalnością innych osób i popełniając przestępstwa w związku z taką działalnością, zgodnie z rolą jaką miał do spełnienia. Dlatego w takiej sytuacji nie ma żadnych przeszkód do orzeczenia tego środka karnego. Przepis art. 41 § 2 k.k. nie dotyczy tylko formalnie zgłoszonej działalności gospodarczej, ale również czynności faktycznych, które taką działalność w rzeczywistości stanowią. Należy mieć na uwadze, że środek karny z art. 41 § 1 i 2 k.k. ma głównie funkcję ochronną, zabezpieczającą i prewencyjną.

Zagadnienie, czy środek karny zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przewidziany w art. 41 § 2 k.k. odnosi się wyłącznie do działalności formalnie zarejestrowanej, było przedmiotem zainteresowania

¹ Wyrok wraz z uzasadnieniem zostały opublikowane w systemie informacji prawniczej wydawnictwa Lex pod nr 2009556.

przedstawicieli piśmiennictwa². Do tej pory przedstawione zagadnienie nie było natomiast bezpośrednim przedmiotem wypowiedzi Sądu Najwyższego, a także sądów powszechnych. Z tego też względu z całą pewnością orzeczenie będące przedmiotem niniejszej glosy zasługuje na uwagę. Ocenę stanowiska wyrażonego przez Sąd Apelacyjny w Katowicach we wspomnianym zakresie należy jednak poprzedzić związłym przedstawieniem sytuacji procesowej, która posłużyła temu sądowi do jego zajęcia.

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 23 stycznia 2015 r. oskarżony A.P. został uznany za winnego popełnienia przestępstw określonych w art. 258 § 1 k.k., art. 299 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 12 k.k. i art. 65 § 1 k.k., art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k., art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 271 § 1 i 3 k.k. w zw. z art. 12 k.k. w zw. z art. 65 § 1 k.k., art. 276 k.k., za które orzeczono wobec niego w miejsce kar jednostkowych karę łączną 1 roku i 4 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby, oddano pod dozór kuratora, karę łączną grzywny w liczbie 60 stawek dziennych w wysokości po 50 złotych, a także na podstawie art. 41 § 2 k.k. orzeczono środek karny w postaci zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie obrotu produktami ropopochodnymi na okres 5 lat.

Wyrok sądu pierwszej instancji w całości zaskarżył obrońca oskarżonego A. P. Tak zakreślone ramy apelacji oznaczały, że zakres zaskarżenia tego środka odwoławczego odnosił się do wszystkich zawartych w wyroku sądu pierwszej instancji rozstrzygnięć dotyczących tego oskarżonego. Zakresem zaskarżenia objęte było zatem również orzeczenie wobec oskarżonego na podstawie art. 41 § 2 k.k. środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej. Niestety z uzasadnienia głosowanego orzeczenia nie wynika w sposób jednoznaczny, jaki zarzut obrońca sformułował w zakresie orzeczenia tego środka karnego. Na podstawie analizy rozważań Sądu Apelacyjnego w Katowicach poczynionych w tym zakresie w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia można jedynie domniemywać, że zdaniem obrońcy orzeczenie wobec oskarżonego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej przez sąd *a quo* nastąpiło z obrazą art. 41 § 2 k.k., gdyż oskarżony w czasie popełnienia przypisanych mu czynów nie miał formalnie zgłoszonej działalności go-

² Zob. w szczególności W. D a d a k, Rola środka karnego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w zapobieganiu przestępczości, Prok. i Pr. 2010, nr 4, s. 88 i n.; M. Siwek, Rodzaje środków zabezpieczających o charakterze administracyjnym, (w:) L. K. Pa p r z y c - ki (red.), Środki zabezpieczające. System prawa karnego, t. 7, Warszawa 2015, s. 505.

spodarczej. Sąd Apelacyjny w Katowicach w glosowanym wyroku uznał przytoczone rozumowanie obrońcy za nieprzekonujące, wyrażając przy tym pogląd, który został przytoczony jako teza glosowanego wyroku. Ze stanowiskiem sądu *ad quem* należy w pełni się zgodzić.

W art. 41 § 2 k.k. ustawodawca, określając przesłanki orzeczenia zakazu, użył wyrażen „prowadzenie działalności gospodarczej”, a nie zwrotu normatywnego „prowadzenie zarejestrowanej działalności gospodarczej”. Brak użycia w treści art. 41 § 2 k.k. wyrażen odnoszących się do spełnienia wymogów formalnych, w szczególności w zakresie rejestracji działalności, przemawia za tym, że zakaz unormowany w tym przepisie odnosi się nie tylko do działalności gospodarczej spełniającej wymogi formalne, ale także do aktywności sprawcy charakteryzującej się cechami działalności gospodarczej, choćby sprawca nie spełnił wymogów formalnych związanych z jej prowadzeniem, głównie z jej rejestracją.

Ograniczenie przedmiotu zakazu prowadzenia działalności gospodarczej do działalności prowadzonej w sposób uwzględniający wymogi formalne nie wynika z użycia przez ustawodawcę w art. 41 § 2 k.k. zwrotu „prowadzenie działalności gospodarczej”, a nie np. „wykonywanie czynności związanych z działalnością gospodarczą”³. Analiza ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁴ nie potwierdza wszakże wniosku, że wyrażenie „prowadzenie” użyte w art. 41 § 2 k.k. wiąże się jednoznacznie z rozpoczęciem oraz wykonywaniem działalności gospodarczej po spełnieniu wymogów formalnych dotyczących tej działalności, w szczególności co do jej rejestracji. W tym kontekście należy wskazać, że przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą w dniu złożenia wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej albo po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym (art. 14 ust. cytowanej ustawy). Przedsiębiorca ma prawo we wniosku o wpis do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej określić późniejszy dzień podjęcia działalności gospodarczej niż dzień złożenia wniosku (art. 14 ust. 3 tej ustawy). Spółka kapitałowa w organizacji może podjąć działalność gospodarczą przed uzyskaniem wpisu do rejestru przedsiębiorców (art. 14 ust. 4 tej ustawy). W przytoczonych przepisach, dotyczących relacji pomiędzy rozpoczęciem wykonywania działalności gospodarczej, a momentem złożenia wniosku o jej zarejestrowanie, ustawodawca użył w tym zakresie wyrażenia „podjęcie”, a nie zwrotu „prowadzenie” znanego z art. 41 § 2 k.k.

³ Tak jednak M. S i w e k, Rodzaje środków zabezpieczających, *op. cit.*, s. 505.

⁴ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2168 ze zm.

Ograniczeniu przedmiotu zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 41 § 2 k.k. do działalności prowadzonej w sposób uwzględniający wymogi formalne sprzeciwia się nadto funkcja tego środka. Zakaz prowadzenia działalności gospodarczej orzekany na podstawie art. 41 § 2 k.k. pełni przede wszystkim funkcję ochronną, zabezpieczającą, chroniąc społeczeństwo przed ponownym popełnieniem przez sprawcę czynu przestępnego związanego z prowadzoną działalnością gospodarczą, co mogłoby zagrażać istotnym dobrom chronionych prawem⁵. W tym kontekście należy w pełni przychylić się do stanowiska wyrażonego w glosowanym orzeczeniu, wedle którego, gdyby ograniczyć dopuszczalność orzekania analizowanego środka na podstawie art. 41 § 2 k.k. jedynie do działań przestępczych podejmowanych przez sprawcę mającego formalnie zarejestrowaną działalność gospodarczą, przeczyłoby to *ratio legis* unormowania zawartego w omawianym przepisie.

Ograniczeniu przedmiotu zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 41 § 2 k.k. do działalności prowadzonej w sposób uwzględniający wymogi formalne sprzeciwia się nadto wykładnia systemowa. Wspomniany zakaz nie jest wszakże jedynym środkiem karnym, którego orzeczenie nie zależy od tego, czy sprawca uprzednio spełnił wszystkie formalności związane z wykonywaniem danej aktywności. W art. 41 § 1 k.k. ustawodawca uregulował zakaz wykonywania określonego zawodu. Pojęcie zawodu w rozumieniu tego przepisu rozumie się jako zajęcie, dla którego uprawnienia do jego wykonywania lub urzędowe potwierdzenie wymaganych wiadomości nie są konieczne⁶. Wykonywanie części zawodów nie wymaga przecież urzędowego potwierdzenia uprawnień, czy kwalifikacji, a osoby wykonujące te zawody mogą popełnić przestępstwo w związku z ich wykonywaniem, okazując

⁵ Tak K. Buchała, System kar, środków karnych i zabezpieczających w projekcie kodeksu karnego z 1990 r., PiP 1991, nr 6, s. 25; J. Kulesza, Zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, (w:) M. Melezini (red.), Kary i inne środki reakcji karnoprawnej. System prawa karnego, t. 6, Warszawa 2016, s. 579; M. Melezini, Środki karne jako instrument polityki kryminalnej, Białystok 2013, s. 109–110; M. Szewczyk, W. Górowski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–52, t. I, Warszawa 2016, s. 787–788; A. Błachnio-Parzych, Samoistny środek karny jako instrument racjonalnej polityki karnej, (w:) J. Jakubowska-Hara, J. Skupiński (red.), Alternatywy pozbawienia wolności w polskiej polityce karnej, Warszawa 2009, s. 144.

⁶ Tak A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 134; J. Kulesza, Zakaz zajmowania określonego stanowiska, *op. cit.*, s. 590–591; W. Zalewski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116, Warszawa 2015, s. 67; N. Kłaczyńska, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2007, s. 325; W. Dadał, Pozbawienie prawa wykonywania zawodu jako reakcja na przestępstwo, PiP 2009, nr 11, s. 51.

przy tym, że dalsze wykonywanie tego zajęcia zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Przytoczona interpretacja pojęcia zawód w rozumieniu art. 41 § 1 k.k. umożliwi orzeczenie zakazu wykonywania zawodu wobec sprawców faktycznie wykonujących czynności zawodowe, mimo że formalnie nie mają oni uprawnienia do ich wykonywania lub nie dysponują urzędowym potwierdzeniem wymaganych wiadomości⁷. Rozstrzygnięcie takie byłoby natomiast niedopuszczalne, gdyby rozumienie pojęcia zawód w ujęciu art. 41 § 1 k.k. ograniczyć do zajęcia wymagającego uprawnień do jego wykonywania, czy zajęcia wymagającego urzędowego potwierdzenia wymaganych kwalifikacji.

Ograniczeniu przedmiotu zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 41 § 2 k.k. do działalności prowadzonej w sposób uwzględniający wymogi formalne sprzeciwia się również inny argument wynikający z wykładni systemowej. Trafnie w doktrynie wskazuje się wszakże, że w przypadku innego środka karnego związanego z zakazem określonej aktywności, jakim jest zakaz prowadzenia pojazdów uregulowany w art. 42 k.k., środek ten może być stosowany niezależnie od tego, czy skazany prowadził pojazd posiadając do tego uprawnienie potwierdzone wydaniem stosownego dokumentu, a więc prawa jazdy, licencji pilota itp.⁸

Ograniczeniu przedmiotu zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 41 § 2 k.k. do działalności prowadzonej w sposób uwzględniający wymogi formalne sprzeciwia się również analiza przepisów dotyczących wykonania tego środka karnego. W świetle dyspozycji art. 181 k.k.w. sąd wykonując orzeczenie w przedmiocie zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej przesyła odpis tego orzeczenia odpowiedniemu organowi administracji rządowej lub samorządu terytorialnego, właściwemu dla miejsca zamieszkania skazanego lub dla miejsca prowadzenia działalności gospodarczej objętej zakazem⁹. Gdyby zakaz orzekany na podstawie art. 41 § 2 k.k. miał odnosić się wyłącznie do aktywności sprawcy mającego formalnie zarejestrowaną działalność gospodarczą, to wystarczyłoby w art. 181 k.k.w. wskazać na konieczność przesłania odpisu wyroku organom właściwym ze względu na miejsce prowadzenia działalności gospodarczej przez skazanego. W przytoczonym przepisie ustawodawca wskazał jednak, że

⁷ Tak J. Kulesza, Zakaz zajmowania określonego stanowiska, *op. cit.*, s. 592; N. Kłaczyńska, Kodeks karny, *op. cit.*, s. 325.

⁸ Tak W. Dądak, Rola środka karnego, *op. cit.*, s. 93.

⁹ Zob. szerzej w zakresie sposobu wykonania tego środka P. Gensikowski, (w:) J. Lachowski (red.), Kodeks karny wykonawczy. Komentarz, Warszawa 2016, s. 674–675.

wykonanie zakazu orzeczonego na podstawie art. 41 § 2 k.k. może alternatywnie polegać również na przesłaniu odpisu wyroku odpowiednim organom właściwym dla miejsca zamieszkania skazanego. Wykonanie w ten sposób analizowanego środka może odnosić się w szczególności do sprawców, wobec których orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej, mimo że nie spełnili oni formalności związanych z jej prowadzeniem, w szczególności dotyczących jej rejestracji.

Ograniczeniu przedmiotu zakazu prowadzenia działalności gospodarczej, o którym mowa w art. 41 § 2 k.k. do działalności prowadzonej w sposób uwzględniający wymogi formalne sprzeciwia się również analiza art. 27 ust. 2 pkt 4 cytowanej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. W przytoczonym przepisie przewidziano podstawę odmowy uwzględnienia wniosku o wpis do CEDIG, jeżeli wniosek został złożony przez osobę, wobec której prawomocnie orzeczono zakaz prowadzenia działalności gospodarczej. Analiza językowa oraz systemowa przytoczonego przepisu¹⁰ przemawia za tym, że nie odnosi się do osoby, która jest już wpisana do wskazanej ewidencji jako prowadząca działalność gospodarczą. Zakres zastosowania tej normy odnosi się zatem do osób, które nie są wpisane do ewidencji jako prowadzące działalność gospodarczą. Tak rozumiany przepis art. 27 ust. 2 pkt 4 cytowanej ustawy należy rozumieć jako przeszkodę zarejestrowania działalności gospodarczej przez osobę skazaną, wobec której orzeczono zakaz uregulowany w art. 41 § 2 k.k. Potwierdza to, że wspomniany zakaz prowadzenia działalności gospodarczej może być orzeczony również wobec osób, które prowadząc działalność gospodarczą nie spełnili formalności z nią związanych, w szczególności dotyczących jej rejestracji.

Z przedstawionych względów językowych, funkcjonalnych, systemowych, a także odwołujących się do zagadnień związanych z wykonaniem analizowanego środka, należy uznać za w pełni przekonujący pogląd wyrażony w głosowanym orzeczeniu, wedle którego zakaz uregulowany w art. 41 § 2 k.k. nie odnosi się wyłącznie do osób mających formalnie zgłoszoną działalność gospodarczą. Nie można oczywiście zapominać, że dopuszczalność orzeczenia zakazu prowadzenia działalności gospodarczej wobec osoby, która nie ma formalnie zgłoszonej działalności gospodarczej, wchodzi w grę tylko wtedy, jeżeli czynności faktyczne przez nią podejmowane w rzeczywistości stanowią taką działalność. Nadto omawiany zakaz może być orzeczony tylko wtedy, gdy będą spełnione przesłanki jego orzeczenia przewidziane w art. 41 § 2 k.k., a więc spraw-

¹⁰ W art. 27 ust. 2 pkt 5 cytowanej ustawy ustawodawca przewidział wszakże odrębną podstawę odmowy wpisu, jeżeli dotyczy osoby, która już jest wpisana do CEDIG.

ca musi popełnić przestępstwo w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, jeżeli dalsze jej prowadzenie zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Nie budzi wątpliwości, że z taką sytuacją możemy mieć do czynienia, gdy – tak jak w sprawie rozpatrywanej przez Sąd Apelacyjny w Katowicach – oskarżony dopuszczając się przypisanych przestępstw nie miał formalnie zgłoszonej działalności gospodarczej, ale czynów dopuszczał się w warunkach zorganizowanej grupy przestępczej, podejmując istotne działania związane z formalnie zgłoszoną działalnością innych osób i popełniając przestępstwa w związku z taką działalnością, zgodnie z rolą, jaką miał do spełnienia.

Commentary to the judgment of the Appellate Court in Katowice of 2 February 2016, II AKa 380/15

Abstract

In the herein commented judgment, the Appellate Court in Katowice accepted the decision which imposed a punitive measure under Article 41, § 2 of the Penal Code, prohibiting any engagement in any business activity, against a perpetrator who did not formally notified their business activity. This commentary lists linguistic, functional, and systemic arguments as well as arguments associated with enacting the said measure, which arguments the commentator considers to be supporting the view expressed in the commented judgment.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:

<http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” przeszło ponadto pozytywnie proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **35.56 pkt**.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (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 przesyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.