



Prokuratura i Prawo

NR 4/kwiecień 2018



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

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

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

prof. dr hab. Wojciech Radecki, Instytut Nauk Prawnych PAN we Wrocławiu	
Nowa czeska koncepcja odpowiedzialności za wykroczenia na kanwie monografii H. Práškovéj	5
<i>New Czech concept of liability for petty offence, described based on the monograph by Helena Prášková</i>	32
Marcin Borodziuk, asesor Sądu Rejonowego w Szczycynie	
Zakres kryminalizacji przestępstwa niealimentacji po nowelizacji w 2017 r.	33
<i>Scope of criminalisation for failure to pay maintenance, following the amendment made in 2017</i>	50
Michał Głuchowski, Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą	
Prowadzenie roweru po spożyciu alkoholu w prawie polskim i niemieckim	52
<i>Drink-cycling legislation of Poland and Germany</i>	77
dr Rafał Rejmaniak, asystent Uniwersytetu w Białymstoku	
Pojęcie broni palnej	78
<i>Definition of firearm</i>	103
Jacek Kudła, Polskie Towarzystwo Kryminalistyczne, dr Renata Pawlik, Krakowska Akademia im. A. Frycza Modrzewskiego	
Wykonywanie usług detektywistycznych z użyciem środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów	104
<i>Provision of private investigator services with the use technical means that enable covert acquisition of information and evidence</i>	127

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

Bartłomiej Błaszczyk, doktorant Uniwersytetu Łódzkiego	
Europejski Nakaz Aresztowania po opuszczeniu Unii Europejskiej przez Wielką Brytanię	129
<i>European Arrest Warrant after Brexit</i>	139

Glosa/Commentary

do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 października 2015 r., sygn. II AKA 347/15 (dot. przestępstwa lichwy) – oprac. Konrad Rogowski	141
<i>to the judgment of the Appellate Court in Katowice of 8 October 2015, ref. no.: II AKA 347/15 (concerns usury) – by Konrad Rogowski</i>	157

ARTYKUŁY

Wojciech Radecki

Nowa czeska koncepcja odpowiedzialności za wykroczenia na kanwie monografii Heleny Práškovéj

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest prezentacja rozwiązań przeprowadzonej w latach 2016–2017 w Republice Czeskiej wielkiej reformy prawa wykroczeń polegającej na połączeniu odpowiedzialności za tradycyjne wykroczenia z odpowiedzialnością za tzw. inne delikty administracyjne pod wspólną nazwą odpowiedzialności za wykroczenia. Autor przedstawia w ogólnych zarysach całość najważniejszego w tym zakresie czeskiego aktu prawnego, jakim jest ustawa z dnia 12 lipca 2016 r. o odpowiedzialności za wykroczenia i postępowaniu w sprawach o wykroczenia, składająca się z części ogólnej i procesowej. Zwraca przy tym uwagę na kilka doniosłych kwestii teoretycznych, posługując się przede wszystkim dziełem Heleny Práškovéj poświęconym nowemu czeskiemu prawu wykroczeń.

I. Wprowadzenie

Po kilkunastoletnich przygotowaniach weszła w życie z dniem 1 lipca 2017 r. fundamentalna reforma prawa wykroczeń w Republice Czeskiej. Jej podstawą są trzy akty prawne:

- ustawa z 2016 r. o odpowiedzialności za wykroczenia i postępowaniu w sprawach o wykroczenia¹,
- ustawa z 2016 r. o niektórych wykroczeniach²,
- ustawa z 2017 r. zmieniająca liczne ustawy szczególne w związku z przyjęciem dwóch pierwszych³.

Z uznaniem śledziłem, jak na reformę zareagowała czeska nauka prawa. Otóż w roku 2017 ukazały się kolejno w wydawnictwie „Leges”: krótki przewodnik po nowych regulacjach⁴, tekst ustawy z objaśnieniami oraz wzorami decyzji i innych aktów administracyjnych⁵, obszerny komentarz do obu ustaw z 2016 r. uwzględniający orzecznictwo⁶, po nich w wydawnictwie „C. H. Beck” niezwykle szczegółowy komentarz do tychże ustaw⁷, wreszcie ponownie w wydawnictwie „Leges” monografia naukowa Heleny Práškovéj⁸. Na kanwie tej monografii chciałbym czytelnikowi polskiemu przedstawić nową czeską koncepcję odpowiedzialności za wykroczenia. Czynię to z kilku powodów:

- po pierwsze, czeska reforma prawa wykroczeń przedstawia nowatorską koncepcję połączenia w jednym akcie prawnym odpowiedzialności za dotychczasowe wykroczenia (*přestupky*) i za dotychczasowe inne delikty administracyjne (*jiné správní delikty*) pod wspólną nazwą odpowiedzialności za wykroczenia (*odpovědnost za přestupky*), ale z zachowaniem zróżnicowania podstaw odpowiedzialności między dwiema kategoriami podmiotów: „zwykłych” osób fizycznych, które odpowiadają pod warunkiem udowodnienia im winy, oraz osób prawnych i osób fizycznych będących przedsiębiorcami, które odpowiadają

¹ Zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. Czytelnikowi polskiemu należy się wyjaśnienie, jak powołuje się czeskie akty prawne. Otóż, po literce „č” (číslo, tj. numer) znajduje się pozycja, pod którą akt został upubliczniony w oficjalnym zbiorze aktów prawnych „Sbírka zákonů”, łamana przez rok publikacji i zakończona literami „Sb.”, tj. skrótowcem owego zbioru. Przy okazji wyjaśniam, że w języku czeskim *zákon* to „ustawa”, a *ústava* to „konstytucja”.

² Zákon č. 251/2016 Sb., o některých přestupcích.

³ Zákon č. 183/2017 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím zákona o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákona o některých přestupcích.

⁴ M. Márton, B. Gonsiorová, Průvodce novým přestupkovým zákonem pro správní praxi, Praha 2017, s. 272.

⁵ R. Kočí, Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich s poznámkami a vzory rozhodnutí a jiných správních aktů, Praha 2017, s. 272.

⁶ H. Kučerová, E. Horzinková, Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich a zákon o některých přestupcích s komentářem a judikaturou, Praha 2017, s. 864.

⁷ L. Jemelka, P. Vetešník, Zákon o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich. Zákon o některých přestupcích. Komentář, Praha 2017, s. 1153.

⁸ H. Prášková, Nové přestupkové právo, Praha 2017, s. 448.

na zasadach obiektywnych, bez względu na winę, aczkolwiek z możliwością zwolnienia się od odpowiedzialności przez wykazanie istnienia tzw. przyczyny zwalniającej (*liberační důvod*),

- po drugie, z uwagi na to, że koncepcja czeska może być niezwykle przydatna przy poszukiwaniu rozwiązania palącego problemu polskiego, jakim jest należyte ukształtowanie odpowiedzialności za czyny zabronione pod groźbą kary finansowej z reguły nieporównanie surowszej niż grożąca za wykroczenia, a czasem i surowszej od grożącej za przestępstwa, ale niebędące ani wykroczeniami, ani przestępstwami,
- po trzecie, ze względu na osobę autorki monografii, której dzieło w dużej mierze posłużyło mi do przygotowania tego szkicu.

Doc. JUDr. Helena Prášková, CSc. kieruje Katedrą Prawa Administracyjnego i Nauki Administracji na Wydziale Prawa Uniwersytetu Karola w Pradze. Cieszy się wielkim i zasłużonym autorytetem w dziedzinie administracyjnego prawa karnego (sama wprawdzie przedstawia przymiotniki, operując pojęciem karnego prawa administracyjnego) jako autorka znakomitej monografii o zasadach odpowiedzialności za delikty administracyjne⁹, autorka odnośnego fragmentu wielokrotnie wznawianego najważniejszego czeskiego podręcznika części ogólnej prawa administracyjnego Dušana Hendrycha i współpracowników¹⁰, autorka kilkadziesiątu większych i mniejszych opracowań naukowych poświęconych różnym aspektom karania administracyjnego. Publikowała także w Polsce¹¹. Najistotniejsze jest wszakże to, że Helena Prášková brała udział w przygotowaniu projektów nowych regulacji, a następnie wnikliwie śledziła proces legislacyjny. Dlatego przedstawione przez nią uwagi dotyczące kluczowych instytucji nowego czeskiego prawa wykroczeń są niejako „informacjami z pierwszej ręki”. Ufam, że zaprezentowanie wybranych zasadniczych idei, które legły u podstaw nowych czeskich rozwiązań, pomoże czytelnikowi polskiemu zrozumieć sens i zasięg czeskiej reformy prawa wykroczeń.

Oczywiste jest, że w ograniczonych ramach publikacji nie mogę zbyt głęboko wchodzić w subtelności regulacji czeskich, poprzestając na zarysowaniu zasadniczych kwestii.

⁹ H. Prášková, *Základy odpovědnosti za správní delikty*, Praha 2013; monografię tę miałem przyjemność recenzować na łamach *Prokuratura i Prawo* 2014, nr 1, s. 152–168.

¹⁰ W najnowszym 9. wydaniu: H. Prášková, *Část pátá. Správní trestání*, (w:) D. Hendrych a kolektiv, *Správní právo. Obecná část*, Praha 2016, s. 293–330.

¹¹ H. Prášková, *Odpowiedzialność za przestępstwa i za delikty administracyjne w Republice Czeskiej*, *Państwo i Prawo* 2015, nr 5, s. 90–103; w moim przekładzie z języka czeskiego.

II. Przyczyny reformy czeskiego prawa wykroczeń

Już od wielu lat stan regulacji prawnej odpowiedzialności za wykroczenia w Republice Czeskiej był oceniany jako nieodpowiadający potrzebom i wymagający zasadniczej reformy. Zastrzeżenia, które prowadziły do podjęcia prac nad reformą karania administracyjnego, Helena Prášková sprowadza do następujących:

1. Istnienie różnych rodzajów deliktów administracyjnych powodujące niejednorodność podstaw odpowiedzialności. W odróżnieniu od prawa karnego operującego jednym typem deliktu, mianowicie przestępstwem, aczkolwiek wewnątrznie zróżnicowanym, ale jednolitym, odpowiedzialność administracyjnoprawna jest oparta na popełnieniu deliktu administracyjnego (*správní delikt*), który nie jest jednolitym typem deliktu, ale pojęciem zbiorczym, obejmującym przed reformą pięć typów deliktów: 1) wykroczenia, 2) inne delikty administracyjne osób fizycznych, 3) delikty administracyjne osób prawnych i osób fizycznych będących przedsiębiorcami, 4) publiczne delikty dyscyplinarne, 5) tzw. delikty porządkowe. Ujednoczenie regulacji prawnej do jednego typu deliktu administracyjnego – wykroczenia (*přestupek*) – dotyczy trzech pierwszych typów, czyli tzw. deliktów administracyjnych w znaczeniu węższym (*správní delikty v užším smyslu*), natomiast publiczne delikty administracyjne oraz delikty porządkowe nie zostały objęte reformą.

2. Brak ogólnej regulacji prawnej odpowiedzialności za delikty administracyjne w znaczeniu węższym. Tylko przesłanki odpowiedzialności za wykroczenia były uregulowane w pochodzącej z 1990 r. czeskiej ustawie o wykroczeniach¹². Ustawa ta składała się z części ogólnej, szczególnej i procesowej, a jej przepisy ogólne odnosiły się do wszystkich wykroczeń, także tych, które były typizowane w ustawach specjalnych. Natomiast delikty administracyjne osób prawnych, osób fizycznych będących przedsiębiorcami oraz inne niż wykroczenia delikty osób fizycznych były typizowane tylko w ustawach specjalnych regulujących poszczególne dziedziny administracji publicznej. Regulacja prawna zawierała z reguły tylko wyliczenie zespołów znamion deliktów, wskazanie na kary administracyjne i okoliczności, jakie należało brać pod uwagę przy ich nakładaniu, przyczyny zwalniające od odpowiedzialności, terminy przedawnienia i wskazanie na organ właściwy do rozstrzygania. Brak ogólnej regulacji prowadził do tego, że trzeba było sięgać do *analogia legis*, a niekiedy nawet do *analogia iuris*.

¹² Zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích.

3. Niekoncepcyjność, rozproszenie i hipertrofia zespołów znamion deliktów administracyjnych. One znajdowały się w setkach ustaw specjalnych. Zespołom znamion zarzucano nadmierną kazuistykę, brak przemyślenia, brak powiązania z innymi deliktami administracyjnymi i przestępstwami.

4. Często zbyt surowość kar administracyjnych; kary pieniężne (pokuty) sięgają niekiedy milionów koron czeskich, przy czym przy braku jasnej dyferencjacji kar (ustawy praktycznie nie operują typami podstawowymi i kwalifikowanymi) nie dochodzi do niezbędnej koordynacji i wcielenia zasady, że za typowo tak samo poważne czyny powinny być przewidziane podobne sankcje.

5. Postępowanie w sprawach deliktów administracyjnych nie było (poza postępowaniem o wykroczenia) specjalnie uregulowane, prowadzono je na podstawie przepisów o ogólnym postępowaniu administracyjnym z ewentualnymi odchyleniami wprowadzonymi w ustawach specjalnych, co nie pozwalało uwzględnić specyfiki karnego charakteru takiego postępowania, dotrzymać wymagań sprawiedliwego procesu i brać pod uwagę umowy międzynarodowe i zalecenia organów międzynarodowych.

Z tego wszystkiego zdawał sobie sprawę ustawodawca. Jeszcze w latach 90. ubiegłego stulecia podjęto prace nad reformami karania administracyjnego, postępowania administracyjnego i sądownoadministracyjnego, które doprowadziły do przyjęcia najpierw ustawy o sądowym postępowaniu administracyjnym¹³, następnie ustawy o ogólnym postępowaniu administracyjnym¹⁴. Prace nad projektem ustawy o wykroczeniach były daleko zaawansowane, ale postanowiono je wstrzymać do czasu uchwalenia najważniejszych ustaw karnych, co też nastąpiło, kiedy w 2009 r. przyjęto nowy kodeks karny¹⁵, a w dwa lata po nim ustawę o odpowiedzialności karnej osób prawnych¹⁶. Te dwie ustawy były inspiracją licznych instytucji wprowadzonych do ustawy o odpowiedzialności za wykroczenia, która została uchwalona 12 lipca 2016 r. i po rocznej *vacatio legis* 1 lipca 2017 r. weszła w życie¹⁷.

¹³ Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní.

¹⁴ Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád.

¹⁵ Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník.

¹⁶ Zákon č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim.

¹⁷ H. P r á š k o v á, *Nové přestupkové právo*, Praha 2017, s. 17–22.

III. Zasady prawa wykroczeń

Jednym z kluczowych problemów prawa wykroczeń są podstawowe zasady tej dziedziny prawa. Ani Konstytucja Republiki Czeskiej¹⁸, ani Karta Podstawowych Praw i Wolności¹⁹ nie zawierają żadnych przepisów odnoszących się wprost do wykroczeń. Przepisy art. 39 i 40 Karty wyznaczają podstawowe zasady odpowiedzialności, ale tylko za przestępstwa. Mimo to podstawowe zasady odpowiedzialności za wykroczenia można wyprowadzać z ogólnych wymagań konstytucyjnych dotyczących używania władzy państwowej, ogólnych zasad demokratycznego państwa prawnego, ale także z wymagań zawartych w umowach międzynarodowych, zwłaszcza w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej, a dalej z licznych rekomendacji Rady Europy. Ze wskazanych aktów, orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, orzecznictwa czeskiego Sądu Konstytucyjnego oraz czeskich sądów administracyjnych wynika, że podstawowe zasady odnoszące się do karania sądowego należy respektować także w dziedzinie karania administracyjnego. Do podstawowych zasad prawa wykroczeń można zaliczyć zwłaszcza zasady: *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*, zasadę subsydiarności represji karnej, zasadę proporcjonalności i indywidualizacji kary administracyjnej, zasadę ścigania tylko z powodów ustawowych, zasadę sprawiedliwego procesu, zasadę legalności i ścigania z urzędu, zasadę *ne bis in idem*, zasadę domniemania niewinności i prawa do obrony, zasadę prawdy materialnej, zasadę śledczą²⁰ oraz zasadę rozstrzygnięcia spraw w odpowiednim czasie²¹.

¹⁸ Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

¹⁹ Listina Základních Práv a Svobod – przyjęta w 1991 r. przez Zgromadzenie Federalne istniejącej wtedy Czesko-Słowackiej Republiki Federacyjnej, która po rozpadzie Czechosłowacji z mocy uchwały Prezydium Czeskiej Rady Narodowej č. 2/1993 Sb. stała się częścią ustroju konstytucyjnego Republiki Czeskiej.

²⁰ W oryginale: *zásada vyhledávací, vyšetřovací*; chodzi o ciążący na organie administracji prowadzącym sprawę o wykroczenie obowiązek poszukiwania dowodów bez względu na ewentualne wnioski uczestników.

²¹ H. P r á š k o v a, *Nové přestupkové právo*, Praha 2017, s. 24–49.

IV. Źródła prawa wykroczeń

Kolejne zagadnienie to źródła materialnego i procesowego prawa wykroczeń. Takimi źródłami są ustawy. Nie są źródłami prawa obyczaje, zwyczaje czy precedensy sądowe, aczkolwiek mogą mieć wpływ na wykładnię norm i praktykę ich stosowania. Natomiast są źródłem prawa wykroczeń podstawowe zasady prawne i podstawowe zasady karania wynikające z umów międzynarodowych, zwłaszcza z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w szczególności prawo do sprawiedliwego procesu.

Wśród źródeł prawa wykroczeń należy umieścić:

- Konstytucję Republiki Czeskiej i Kartę Podstawowych Praw i Wolności,
- umowy międzynarodowe, o których mowa w art. 10 Konstytucji, tj. umowy ratyfikowane za zgodą Parlamentu, stanowiące część czeskiego porządku prawnego i mające pierwszeństwo przed niezgodnymi z nimi ustawami,
- podstawową ustawę o wykroczeniach z 2016 r., zawierającą przepisy części ogólnej prawa wykroczeń oraz regulacje proceduralne,
- ustawę o niektórych wykroczeniach z tegoż 2016 r.,
- ustawy specjalne zawierające zespoły znamion wykroczeń²², tworzące część szczególną prawa wykroczeń,
- ustawę o ogólnym postępowaniu administracyjnym, która znajduje zastosowanie w postępowaniu w sprawach o wykroczenia, w takim zakresie, w jakim część proceduralna ustawy o wykroczeniach określonych kwestii sama nie reguluje (zastosowanie subsydiarne),
- inne ustawy i przepisy wykonawcze.

Wprawdzie ani Konstytucja, ani Karta Podstawowych Praw i Wolności nie zawierają żadnych przepisów, które odnosiłyby się wprost do deliktów administracyjnych (inaczej jest z przestępstwami, bo do nich się odnosi), ale szereg ustawowych wymagań i ustawowo gwarantowanych praw należy odnieść także do odpowiedzialności za wykroczenia (np. prawo do tego, aby przesłanki odpowiedzialności, zespoły znamion i kary były stanowione ustawą, prawo do ochrony sądowej, prawo do pomocy prawnej, prawo do tłumacza, prawo odmowy wyjaśnień, prawo bycia uznawanym za niewinnego do czasu uprawomocnienia się rozstrzygnięcia o winie). Trzeba w związku z tym sięgnąć do art. 1 Konstytucji Repu-

²² Jak obliczyli komentatorzy, takich ustaw jest około 250, a typizują ponad 5000 wykroczeń; zob. L. J e m e l k a, P. V e t e š n i k w powoływanym już Komentáře, s. 54.

bliki Czeskiej²³ i zauważyć, że czeski Sąd Konstytucyjny i czeskie sądy administracyjne konsekwentnie przyjmują, że te elementarne zasady należy według właśnie art. 1 Konstytucji odnieść też do deliktów administracyjnych, ponieważ wyraźnie wiążą się z gwarancjami prawa do sprawiedliwego procesu. Konieczność stosowania karnoprawnych instytucji i zasad jednolicie także w dziedzinie karania administracyjnego jest według doktryny i judykatury uzasadniona tym, że celem norm karnych jest w obu przypadkach ochrona społeczeństwa przed czynami bezprawnymi; także w charakterze norm nie ma podstawowej różnicy. Charakter działań, za które wywodzona jest odpowiedzialność za przestępstwo lub za delikt administracyjny (wykroczenie), nie różni się; oba typy organów (sąd lub organ administracji) muszą stwierdzić, czy zostały wyczerpane znamiona deliktu karnego, kto dopuścił się tego czynu i w rzetelnie prowadzonym procesie zadeklarować winę sprawcy i wymierzyć mu odpowiednią karę. Z tego wynika, że „karanie” jako specyficzna forma działania organu władzy państwowej jest tylko jedno, bez względu na to, czy wykonuje je sąd czy organ administracji. To rozumienie zostało ostatnio wyraźnie wzmocnione przede wszystkim przez koncepcję Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, która nie czyni różnicy między karaniem sądowym i administracyjnym, stanowiąc dla obu gałęzi kompetencji karnych zbieżne podstawowe parametry. Chodzi przede wszystkim o autonomiczną wykładnię pojęcia „obwinienia karnego” w rozumieniu art. 6 Konwencji, w którego zakresie znalazłaby się zdecydowana większość czeskich deliktów administracyjnych.

Ustawa z 2016 r. o odpowiedzialności za wykroczenia jest oparta na idei częściowej kodyfikacji w kilku znaczeniach:

1. Ustawa ujednocila dotychczasowe wykroczenia, inne delikty administracyjne osób fizycznych oraz delikty administracyjne osób prawnych do jednego pojęcia wykroczenia, pozostawiając poza swymi ramami publiczne delikty dyscyplinarne i tzw. delikty porządkowe. Ustawa kodyfikuje część ogólną karnego prawa administracyjnego i regulacje w niej zawarte stosują się do wszystkich wykroczeń typizowanych w ustawach szczególnych, o ile ustawy te nie stanowią inaczej.
2. Ustawa nie zawiera części szczególnej i nie zakłada jej kodyfikacji. Wykroczenia mają pozostać w ustawach szczególnych. Co więcej, wykroczenia zamieszczone w części szczególnej poprzedniej ustawy

²³ Warto go w tym miejscu przytoczyć go w pełnym brzmieniu: Art. 1. (1) Republika Czeska jest suwerennym, jednolitym i demokratycznym państwem prawnym, opartym na poszanowaniu praw i wolności człowieka i obywatela. (2) Republika Czeska dotrzymuje obowiązków wynikających dla niej z prawa międzynarodowego.

z 1990 r. o wykroczeniach zostały przeniesione do odnośnych ustaw administracyjnych, ale z wyjątkiem pewnych grup wykroczeń, których nie dało się w ten sposób rozparcelować, bo albo były związane nie z jedną, lecz z wieloma dziedzinami administracji, albo nie były skierowane przeciwko zasadniczemu przedmiotowi ochrony prawa wykroczeń, jakim jest niezakłócony tok działania administracji, czego najwyraźniejszymi przykładami są wykroczenia przeciwko porządkowi publicznemu oraz wykroczenia przeciwko mieniu. Ta nieliczna, ale praktycznie niezwykle istotna kategoria wykroczeń znalazła się w jednocześnie uchwalonej ustawie z 2016 r. o niektórych wykroczeniach.

3. Ustawa nie kodyfikuje całego postępowania w sprawach o wykroczenia, ale reguluje tylko kwestie specyficzne dla karania administracyjnego, pozostawiając całą resztę ustawie o ogólnym postępowaniu administracyjnym, którą stosuje się subsydiarnie²⁴.

V. Część ogólna czeskiego prawa wykroczeń

Czeska ustawa o odpowiedzialności za wykroczenia i postępowaniu w sprawach o wykroczenia liczy 114 paragrafów podzielonych na cztery części. Część pierwsza i druga składają się na to, co określamy mianem części ogólnej prawa wykroczeń.

Część pierwsza ustawy określa przedmiot regulacji w § 1, który za taki przedmiot uznaje warunki odpowiedzialności za wykroczenie, rodzaje kar administracyjnych i zasady ich wymierzania, postępowanie przed wszczęciem postępowania i przebieg postępowania, a dalej reguluje stosowanie ustawy ze względu na czas (§ 2), miejsce (§ 3) i osobę sprawcy (§ 4).

Część druga „Podstawy odpowiedzialności za wykroczenie” została podzielona na dziewięć rozdziałów. Rozdział I zawiera przepisy wspólne dla osób fizycznych, osób prawnych i osób fizycznych – przedsiębiorców. Spośród nich § 5 definiuje wykroczenie jako społecznie szkodliwy bezprawny czyn, który jest w ustawie nazwany wprost wykroczeniem i który wykazuje znamiona określone ustawą, jeżeli nie chodzi o przestępstwo. Nad tą definicją trzeba się przez chwilę zatrzymać. Wykroczenie zostało zdefiniowane pozytywnie przez połączenie elementu materialnego (społeczna szkodliwość) z formalnym (wyczerpanie znamion ustawowych) z dodatkiem, że czyn jest wykroczeniem, jeżeli tak został wprost w ustawie nazwany. Definicja zawiera także element negatywny – czyn nie jest wykroczeniem, jeżeli wyczerpuje znamiona przestępstwa, co od razu wy-

²⁴ H. P r á š k o v á, *Nové přestupkové právo*, Praha 2017, s. 54–62.

klucza jednoczynowy zbieg przestępstwa i wykroczenia. W definicji znajdujemy element bezprawności, ale już nie winy, co jest zrozumiałe, ponieważ osoby prawne i osoby fizyczne będące przedsiębiorcami odpowiadają na zasadach obiektywnych, bez względu na winę, a zatem wina nie mogła być wprowadzona do definicji, która dotyczy wszystkich wykroczeń. Następny § 6 definiuje usiłowanie wskazując, że odpowiedzialność za usiłowanie zachodzi tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi. Kolejne przepisy odnoszą się do szczególnych postaci wykroczeń: kontynuowanego (§ 7), trwałego (§ 8) i zbiorczego (§ 9). Nad § 10 „Zaniechanie” warto się zatrzymać ze względu na subtelności języka czeskiego. Zgodnie z jego treścią przez działanie czy też zachowanie (*jednání*) w ujęciu ustawy rozumie się także zaniechanie (*opomenutí*) takiego działania (*konání*), do którego był sprawca zobowiązany według innego przepisu prawnego lub decyzji urzędowej, w następstwie dobrowolnego przejęcia obowiązku działania (*konat*) albo jeżeli jego szczególna powinność wynikała z poprzedzającego zachowania (*jednání*) lub był do niego z innego powodu według okoliczności i swoich stosunków zobowiązany. W kolejnych paragrafach ustawodawca uregulował współsprawstwo (§ 11) oraz odpowiedzialność sprawcy i współsprawcy w sytuacji, w której ustawa wymaga od sprawcy szczególnej właściwości (§ 12).

Rozdział II zawiera przepisy dotyczące tylko odpowiedzialności osoby fizycznej za wykroczenie. Różne warianty sprawstwa osoby fizycznej wymienia § 13. I tak sprawcą (*pachatel*) jest osoba fizyczna, która swoim zachowaniem wypełniła znamiona wykroczenia albo jego usiłowania, jeżeli jest ono karalne (§ 13 ust. 1). Następnie mamy dwa warianty sprawstwa pośredniego polegające na tym, że sprawcą (*pachatelem*) jest także osoba fizyczna, która do popełnienia wykroczenia użyła innej osoby fizycznej, która nie jest odpowiedzialna za wykroczenie ze względu na brak wieku lub niepoczytalność albo dlatego, że swoim działaniem spełniła warunki obrony koniecznej lub stanu wyższej konieczności lub innej okoliczności wyłączającej bezprawność (§ 13 ust. 2), a także jeżeli do tego użyła osoby prawnej, która za wykroczenie nie odpowiada (§ 13 ust. 3). Według § 13 ust. 4 jeżeli ustawa tak stanowi, sprawcą (*pachatelem*) jest także osoba fizyczna, która umyślnie:

- obmyśliła lub kierowała popełnieniem wykroczenia (*orgánizator*),
- wzbudziła w innym decyzję popełnienia wykroczenia (*návodce*) lub
- umożliwiła lub ułatwiła innemu popełnienie wykroczenia (*pomocník*),
- jeżeli chodzi o wykroczenie dokonane lub jego usiłowanie, o ile jest karalne.

Przepis § 14 reguluje bardzo szczególne warianty odpowiedzialności przedstawiciela ustawowego lub kuratora osoby fizycznej, która sama nie jest za wykroczenie odpowiedzialna. Kolejny § 15 zatytułowany „Zawinienie” określa zasadę, że do odpowiedzialności osoby fizycznej za wykroczenie jest wymagane zawinienie, przy czym wystarczy nieumyślne (*zavinění z nedbalosti*), jeżeli ustawa nie stanowi wprost, że wymaga umyślności, po czym definiuje dwie formy zamiaru (bezpośredni i ewentualny) i dwie formy nieumyślności (świadomą i nieświadomą). Kolejne przepisy wskazują na okoliczności wyłączające winę: błąd faktyczny (§ 16) i błąd prawny (§ 17), brak wieku (§ 18) – warunkiem odpowiedzialności za wykroczenie jest ukończenie 15 roku życia; oraz niepoczytalność (§ 19).

Rozdział III reguluje wyłącznie odpowiedzialność osoby prawnej za wykroczenie. Zasada ujęta w § 20 ust. 1 głosi, że osoba prawna jest sprawcą, jeżeli do wyczerpania znamion wykroczenia doszło działaniem osoby fizycznej, które jest przypisywane osobie prawnej, a to przy działaniu osoby prawnej, w bezpośrednim związku z działaniem osoby prawnej albo na korzyść osoby prawnej lub w jej interesie. W § 20 ust. 2 ustawodawca wskazał na osoby fizyczne, których działanie przypisuje się osobie prawnej (organ statutowy, przedstawiciel, pracownik i in.). Odpowiedzialność osoby prawnej jest odpowiedzialnością obiektywną, bez względu na winę. Ta konstrukcja normatywna jest wzorowana na czeskiej ustawie o odpowiedzialności karnej osób prawnych. Komentatorzy tej ostatniej wskazują, że podstawą odpowiedzialności osoby prawnej jest przypisywalność (*přičitatelnost*) tej osobie prawnej działań i zaniechań określonych osób fizycznych. Jest to nie tyle wina, ale raczej fikcja winy, która nie ma nic wspólnego z winą osoby fizycznej²⁵. Ustawa o wykroczeniach (tak jak i ustawa o odpowiedzialności karnej osób prawnych) nie wymaga wykazania winy osoby fizycznej, której działanie przypisuje się osobie prawnej, nie wymaga nawet zidentyfikowania tej osoby (§ 20 ust. 6). Osoba prawna ponosi odpowiedzialność obiektywną, ale nie absolutną, ponieważ § 21 ust. 1 pozwala osobie prawnej zwolnić się od odpowiedzialności przez wykazanie, że dołożyła wszelkich wysiłków, jakich można wymagać (obiektywnie, a nie „od niej”, co wprowadzałoby przesłankę winy), aby zapobiec popełnieniu wykroczenia. Jednakże osoba prawna nie może zwolnić się od odpowiedzialności, jeżeli nie prowadziła wymaganej lub potrzebnej kontroli nad osobą fizyczną, której działania

²⁵ J. Jelínek, J. Herczeg, *Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob. Komentář s judikaturou*, Praha 2013, s. 76.

przypisuje się osobie prawnej, albo nie podjęła środków niezbędnych do zapobieżenia wykroczeniu lub odwrócenia jego następstw (§ 20 ust. 2).

Na podobnych zasadach obiektywnych odpowiada osoba fizyczna będąca przedsiębiorcą, której odpowiedzialność została uregulowana w rozdziale IV. Warunkiem tej wzmożonej odpowiedzialności jest, aby do popełnienia wykroczenia doszło w związku z prowadzonym przedsiębiorstwem (§ 22), a ponieważ może to być przedsiębiorstwo o złożonej strukturze, przeto tenże paragraf także wskazuje osoby, których działanie przypisuje się osobie fizycznej będącej przedsiębiorcą. Jeżeli takiego związku z prowadzeniem przedsiębiorstwa nie ma, osoba fizyczna odpowiada na ogólnych zasadach. Osoba fizyczna – przedsiębiorca może zwolnić się od odpowiedzialności na takich samych zasadach jak osoba prawna, gdyż zgodnie z § 23 zasadę § 21 stosuje się także do osoby fizycznej – przedsiębiorcy.

Następne rozdziały odnoszą się do wszystkich trzech kategorii podmiotów.

Rozdział V reguluje pięć okoliczności wyłączających bezprawność: stan wyższej konieczności (§ 24), obronę konieczną (§ 25), zgodę pokrzywdzonego (§ 26), dopuszczalne ryzyko (§ 27), zgodne z prawem użycie broni (§ 28).

Rozdział VI „Zanik odpowiedzialności za wykroczenie i odpowiedzialność następcy prawnego” dzieli się na dwa oddziały. Oddział 1 wskazuje w § 29 na cztery przyczyny zaniku odpowiedzialności: upływ okresu przedawnienia, śmierć osoby fizycznej, zanik osoby prawnej, jeżeli nie ma następcy prawnego, ogłoszenie amnestii, po czym w § 30 ustanawia dwa okresy przedawnienia: generalnie 1 rok od popełnienia czynu, a 3 lata, gdy chodzi o wykroczenie zagrożone pokutą, której górna granica wynosi co najmniej 100 000 koron czeskich, wskazuje na początek biegu przedawnienia (§ 31), przyczyny wstrzymania biegu przedawnienia i jego przerwania (§ 32). Oddział 2 ustanawia zasadę, że odpowiedzialność osoby prawnej za wykroczenie przechodzi na jej następcę (§ 33), a jeśli chodzi o śmierć osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą, to odpowiedzialność przechodzi na osobę, która kontynuuje jej działalność jako przedsiębiorcy (§ 34).

Rozdział VI „Kary administracyjne i ich wymierzanie” dzieli się na dwa oddziały. Oddział 1 najpierw w § 35 wylicza pięć rodzajów kar administracyjnych: nagana, kara pieniężna, zakaz, przepadek, upublicznienie decyzji o ukaraniu, po czym w § 36 stanowi, że karę można wymierzyć samodzielnie lub wraz z innymi, ale nie wolno łączyć nagany z karą pieniężną, następnie w § 37 zawiera dyrektywy wyboru rodzaju i wymiaru

kary, stawiając na pierwszym miejscu charakter i wagę wykroczenia (*povaha a závažnost přestupku*), wyjaśniając bliżej co na to wpływa w § 38, po czym wylicza tytułem przykładów okoliczności łagodzące (§ 39) i obciążające (§ 40). Kolejne przepisy dotyczą wymierzania kar za zbiegające się wykroczenia (§ 41), warunkowego odstąpienia od wymierzenia kary (§ 42), bezwarunkowego odstąpienia od wymierzenia kary (§ 43) i nadzwyczajnego złagodzenia pokuty (§ 44). Oddział 2 jest poświęcony poszczególnym karom administracyjnym i ich wykonywaniu:

- nagana (*napomenutí*)²⁶ jest w istocie ostrzeżeniem sprawcy o konsekwencjach naruszania przepisów, gdyby w przyszłości się ich dopuścił (§ 45), karę tę można wymierzyć za każde wykroczenie.
- kara pieniężna (pokuta) jest przewidziana za każde wykroczenie, zgodnie z § 46 wymierza się ją w granicach określonych ustawą szczególną (może ona sięgać nawet milionów koron czeskich), gdyby jej wysokość nie była określona, co oznaczałoby pomyłkę ustawodawcy, to sam § 46 ustanawia jej maksimum na 1000 koron czeskich,
- zakaz (*zákaz činnosti*) może według § 47 dotyczyć czynności wymagających specjalnego uprawnienia lub działań wykonywanych przez sprawcę w stosunku pracy lub innym podobnym, karę tę można wymierzyć tylko wtedy, gdy jest przewidziana ustawą i na czas w niej określony, a gdyby określony nie był, to najwyżej na 3 lata; tu mieści się zakaz prowadzenia pojazdów przewidziany m.in. w ustawie o ruchu drogowym,
- przypadek może dotyczyć rzeczy (*prepadnutí věci* – § 48) albo wartości zastępczej (*prepadnutí náhradní hodnoty* – § 49); można orzec przypadek rzeczy użytej lub przeznaczonej do popełnienia wykroczenia lub uzyskanej przez wykroczenie, nie jest potrzebna szczególna podstawa ustawowa, ale przypadek może dotyczyć tylko rzeczy będącej własnością sprawcy; przypadek wartości zastępczej wchodzi w rachubę, jeżeli sprawca zniszczeniem, ukryciem, odstąpieniem itp., uniemożliwił orzeczenie przypadku rzeczy, wtedy można orzec przypadek z reguły sumy pieniężnej odpowiadającej wartości rzeczy, której przypadek by orzeczono, gdy sprawca tego nie uniemożliwił,
- upublicznienie decyzji o ukaraniu (*zveřejnění rozhodnutí o přestupku*) można zgodnie z § 50 orzeczyć tylko wtedy, gdy ustawa to przewiduje, i tylko wobec osoby prawnej lub osoby fizycznej będącej przedsiębiorcą.

²⁶ Ten czeski wyraz tłumaczę przez „naganę”, a nie dosłownie przez „upomnienie”, a to dlatego, że w pewnych sytuacjach sprawę o wykroczenie można zakończyć upomnieniem, które karą nie jest.

Rozdział VIII „Środki ochronne” w § 51 wskazuje na dwa rodzaje środków ochronnych (*ochranná opatření*), którymi są środki ograniczające (*omezující opatření*) przewidziane w § 52, możliwe do nałożenia tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi, i tylko na osobę fizyczną, a polegające na zakazie przebywania w określonych miejscach bądź na zakazie kontaktowania się z określonymi osobami, a także na poddaniu się programowi wychowawczemu mającemu tłumić agresję, oraz zabranie rzeczy lub wartości zastępczej (*zabrání věci nebo náhradní hodnoty*), który można zastosować na podstawie § 53, jeżeli zachodzą przesłanki orzeczenia przepadku rzeczy, ale z różnych przyczyn takiej kary orzec się nie da (np. sprawcą jest osoba korzystająca z immunitetu albo rzecz nie należy do sprawcy), a takiego zabrania wymaga bezpieczeństwo osób lub mienia albo inny podobny interes ogólny, a jeżeli przed zabranieniem posiadacz rzeczy ją zniszczy, odstąpi lub w inny sposób uniemożliwi jej zabranie, to na podstawie § 54 można zabrać wartość zastępczą.

Rozdział IX „Szczególne przepisy o młodocianych” definiuje w § 55 młodocianego (*mladistvý*) jako osobę, która ukończyła 15 lat, ale nie ukończyła 18 lat, nakazuje przy wymierzaniu kary młodocianemu brać pod uwagę wzgląd na jego poprawę (§ 56), obniża górną granicę *pokuty* wymierzanej młodocianemu o połowę, ale i tak nie więcej niż 5000 koron czeskich, co nie dotyczy młodocianego będącego przedsiębiorcą (§ 57), zabrania wymierzenia młodocianemu kary zakazu, gdyby to miało utrudnić mu przygotowanie do zawodu (§ 58) i pozwala na odstąpienie od wymierzenia młodocianemu jakiegokolwiek kary, jeżeli ze względu na charakter wykroczenia i dotychczasowy sposób życia młodocianego można zasadnie przypuszczać, że nałożenie na niego środka ochronnego ograniczającego zapewni jego poprawę lepiej niż kara administracyjna (§ 59).

VI. Część procesowa czeskiego prawa wykroczeń

Prezentację części procesowej czeskiej ustawy o wykroczeniach poprzedzę – za Heleną Práškovą – kilkoma uwagami o charakterze ogólniejszym. Otóż postępowanie administracyjne o wykroczenia i postępowanie karne o przestępstwa przedstawiają dwa rodzaje publicznoprawnych postępowań o deliktach karnych. Wspólne im jest to, że ich przedmiotem jest określony czyn a właściwy organ (organ administracji lub sąd) musi w należycie prowadzonym procesie stwierdzić winę sprawcy (tj. rozstrzygnąć, czy czyn został popełniony, kto się go dopuścił, znamiona jakiego karnego deliktu wyczerpuje) i wymierzyć mu odpowiednią karę. Z tej wspólnej podstawy wynika zbieżność podstawowych zasad

procesowych karania i podobieństwo niektórych instytucji procesowych. Z drugiej wszakże strony należy podkreślić, że postępowanie administracyjne o wykroczenia oraz postępowanie karne o przestępstwa znacząco się różnią. Spośród najistotniejszych różnic między oboma rodzajami postępowań należy wymieć zwłaszcza następujące:

- Postępowanie karne jest oparte na rozdzieleniu podstawowych funkcji procesowych (oskarżanie, obrona, orzekanie) między odrębne podmioty procesowe. Postępowanie sądowe ma co do zasady charakter sporu (kontradyktoryjność) między oskarżycielem a oskarżonym (jego obrońcą), którzy mają równoprawną pozycję, a spór między nimi rozstrzyga sąd. W postępowaniu administracyjnym nie chodzi o proces kontradyktoryjny, lecz jednostronny, podlegający zasadzie śledczej. W postępowaniu nie występuje samodzielny podmiot procesowy, który by reprezentował interes publiczny. Organ administracji nie rozstrzyga jako niezależny i bezstronny organ, jego pozycja jest tradycyjnie wyrażana tak, że jest „oskarżycielem i sędzią w swej własnej sprawie”. Obwiniony o delikt administracyjny nie ma pozycji samodzielnej strony procesowej (co się przejawia także w jego oznaczeniu jako uczestnika), ma wszakże w postępowaniu szereg procesowych praw i obowiązków.
- Postępowanie karne przed sądami jest możliwe tylko na podstawie skargi wniesionej przez oskarżającego w imieniu państwa²⁷. W postępowaniu administracyjnym nie ma formalnie wnoszonego oskarżenia o wykroczenie, a czasowy moment obwinienia wyprowadza się z zaawizowania o wszczęciu postępowania.
- Postępowanie karne jest prowadzone (ma być prowadzone) o przestępstwa jako typowo poważniejsze czyny w porównaniu z wykroczeniami. Temu odpowiadają surowe kary, które mogą mieć następstwa polegające na ograniczeniu i pozbawieniu wolności. Organy postępowania karnego mają kompetencje do poważnego ingerowania w konstytucyjnie gwarantowane prawa i wolności (np. przeszukanie, aresztowanie, przeglądanie korespondencji). Postępowanie karne jest bardziej sformalizowane, gwarancje praw oskarżonego są wyższe, mechanizmy kontrolne są bardziej dopracowane. Dla postępowania administracyjnego o wykroczenia (co do zasady mniej poważnych czynach) są typowe bardziej elastyczne formy postępowania, organy ad-

²⁷ W obowiązującym prawie czeskim pojęcie prokuratora zostało zastąpione przez *státní zástupce* (dosłownie – „przedstawiciel państwa”).

ministracji nie mają do dyspozycji tak szerokiej skali środków przymusu, realizacja praw obwinionego ma prostszą postać.

Postępowanie o wykroczenia jest w czeskim porządku prawnym pojmowane jako część składowa wykonywania administracji publicznej, o winie i karze za wykroczenia rozstrzygają organy administracji. Postępowanie o wykroczenia jest rozumiane jako rodzaj postępowania administracyjnego. Ale postępowanie o wykroczenia jest postępowaniem o obwinienie karne w znaczeniu art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, w postępowaniu musi być przeto zapewnione prawo do sprawiedliwego procesu. W Czechach o wykroczeniach rozstrzygają organy administracji, które nie mają cechy „niezawisłego i bezstronnego sądu powołanego ustawą”, jak wymaga Konwencja Europejska, można byłoby więc uważać, że wystarczy, aby pełne gwarancje sprawiedliwego procesu były zapewnione dopiero w postępowaniu przed sądem administracyjnym, który niewątpliwie odpowiada owej cesze. W zasadzie wszakże panuje zgoda co do tego, że sprawiedliwy proces należy zapewnić w postępowaniu o obwinienie karne jako całości (w postępowaniu przed organem administracji i przed sądem). Dlatego wymagania dotyczące odpowiedniej jakości postępowania i zapewnienia praw obwinionego należy spełnić już w postępowaniu administracyjnym.

Postępowanie o wykroczenia regulują:

1. Część trzecia ustawy o wykroczeniach. Ta ustawa przewiduje odchylenia od ogólnej regulacji postępowania administracyjnego zawartej w ustawie o postępowaniu administracyjnym oraz wprowadza szczególne instytucje wynikające z karnego charakteru postępowania (np. zasadę domniemania niewinności, wyrównania z pokrzywdzonym itp.).
2. Ustawa o ogólnym postępowaniu administracyjnym, która ma zastosowanie subsydiarne wszędzie tam, gdzie ustawa o wykroczeniach ani ustawa szczególna nie mają własnej regulacji.
3. Ustawy szczególne, które mogą wprowadzać pewne uściślenia, a także odchylenia od regulacji części trzeciej ustawy o wykroczeniach²⁸.

Po tych uwagach wprowadzających przejdę do krótkiego omówienia przepisów procesowych zawartych w części trzeciej ustawy o wykroczeniach. Część ta zatytułowana „Postępowanie o wykroczenia” (*Řízení o přestupcích*) została podzielona na dziesięć rozdziałów.

Rozdział I „Właściwość organów administracji i zmiany właściwości” reguluje w § 60 właściwość rzeczową wskazując w ust. 1, że jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, organem właściwym do prowadzenia postępo-

²⁸ H. P r á š k o v á, *Nové přestupkové právo*, Praha 2017, s. 276–280.

wania jest urząd gminny gminy o rozszerzonej kompetencji, po czym w ust. 2 wskazuje, że urząd gminy „zwykłej”²⁹ jest właściwy do prowadzenia postępowania o wykroczenia przeciwko porządkowi w administracji samorządowej, porządkowi publicznemu, współżyciu obywatelskiemu i mieniu. Kolejny § 61 upoważnia starostę do powołania komisji do prowadzenia postępowania w sprawach o wykroczenia przeciwko porządkowi w administracji państwowej, porządkowi w administracji samorządowej, porządkowi publicznemu, współżyciu obywatelskiemu i mieniu oraz o wykroczenia, co do których ustawa szczególna przewiduje właściwość komisji. Następne przepisy rozdziału I regulują właściwość miejscową (§ 62), wyłączenia organów (§ 63) i przekazywanie spraw (§ 64).

Rozdział II „Kontakty prawne z zagranicą”, którego treść wyczerpuje jeden § 65 reguluje współpracę organów czeskich z zagranicznymi.

Rozdział III „Doręczenia” przewiduje możliwość zawiadamiania za pośrednictwem obwieszczenia urzędowego (§ 66) oraz doręczenia pełnomocnikowi uczestnika postępowania (§ 67).

Rozdział IV „Uczestnicy postępowania, inne osoby występujące w postępowaniu oraz organ społeczno-prawnej ochrony dzieci” w § 68 do uczestników postępowania zalicza:

- obwinionego,
- pokrzywdzonego – tylko w tej części postępowania, która dotyczy przedstawionego przez niego roszczenia o naprawienie szkody lub o wydanie bezpodstawnego wzbogacenia,
- właściciela rzeczy, która może być lub była zabrana – tylko w tej części postępowania, która dotyczy zabrania rzeczy lub wartości zastępczej.

Podstawowym przepisem dotyczącym obwinionego jest § 69, który w ust. 1 stanowi, że podejrzany o wykroczenie staje się obwinionym, jak tylko organ administracji podejmie wobec niego pierwszą czynność w postępowaniu, zaś w ust. 2 stanowi, że dopóki prawomocną decyzją nie została stwierdzona wina obwinionego, dopóty uważa się go za niewinnego, a w odniesieniu do wątpliwości organ administracji orzeka na korzyść obwinionego.

O prawach pokrzywdzonego dochodzącego naprawienia szkody lub wydania bezpodstawnego wzbogacenia jest mowa w § 70. Pewne prawa

²⁹ Wyjaśnić trzeba, że Republika Czeska administracyjnie dzieli się na 14 okręgów bądź regionów (*kraje*) i gminy (*obce*), przy czym gminy mają trójką postać: gminy „zwykłe”, których jest ponad 6 tysięcy, gminy, których urzędy wykonują zadania administracji państwowej, oraz gminy o rozszerzonej kompetencji (*obce s rozšířenou působností*), których jest 205 i są one w istocie odpowiednikami zniesionych powiatów; zob. P. Průcha, *Správní právo, Obecná část*, Plzeň 2012, s. 187 i n.

procesowe ma także osoba bezpośrednio dotknięta popełnieniem wykroczenia (§ 71), a zgodnie z § 72 w postępowaniu przeciwko młodocianemu określone prawa procesowe przysługują jego przedstawicielowi ustawowemu, kuratorowi i organowi społeczno-prawnej ochrony dzieci.

Rozdział V „Czynności przed wszczęciem postępowania” w § 73 zobowiązuje organ policji lub inny organ administracji, który ma zasadne podejrzenie, że zostało popełnione wykroczenie, a sam nie jest właściwy do jego rozpoznania, do zawiadomienia organu administracji właściwego do rozpoznania sprawy. Kolejny § 74 zobowiązuje organy policji do przeprowadzenia odpowiedniego postępowania wyjaśniającego i zabezpieczenia środków dowodowych niezbędnych do późniejszego postępowania dowodowego przed organem administracji, jeżeli okoliczności przemawiają za tym, że zostało popełnione wykroczenie:

- przeciwko porządkowi publicznemu,
- przeciwko współżyciu obywatelskiemu, w którego następstwie doszło do spowodowania nieumyślnie rozstroju zdrowia,
- przeciwko mieniu,
- przeciwko porządkowi w administracji państwowej,
- przeciwko porządkowi w administracji samorządowej,
- według ustawy o komunikacji drogowej,
- przeciwko porządkowi w administracji państwowej we właściwości Policji Republiki Czeskiej lub Policji Wojskowej,
- w dziedzinie ochrony przeciwpożarowej,
- o którym tak stanowi inna ustawa.

Przepis § 75 zobowiązuje organ policji lub inny organ administracji do współdziałania w czynnościach sprawdzających z organem właściwym do rozpoznania sprawy o wykroczenie.

Na podstawie § 76 organ administracji przed wszczęciem postępowania postanowieniem pozostawi sprawę bez dalszych czynności (*věc usnesením odloží*), jeżeli stwierdzi przeszkody uniemożliwiające wszczęcie postępowania.

Rozdział VI „Postępowanie” (*Postup v řízení*) został podzielony na trzy oddziały. Oddział 1 „Wszczęcie postępowania” po wskazaniu w § 77 na przeszkody uniemożliwiające wszczęcie postępowania (*ne bis in idem* w różnych wariantach) stanowi w § 78, że organ administracji wszczyna postępowanie o każde wykroczenie, które stwierdzi, po czym działa z urzędu. Postępowanie uznaje się za wszczęte wraz z doręczeniem podejrzanemu informacji o wszczęciu; wtedy podejrzany staje się obwinionym. Następny § 79 dotyczy wykroczeń, co do których przepis szczególny stanowi, że postępowanie może być wszczęte lub kontynuowane tylko

za zgodą osoby bezpośrednio dotkniętej popełnieniem wykroczenia (ta regulacja zastąpiła znane poprzednim przepisom ściganie na wniosek). Oddział 2 reguluje przebieg postępowania. Zasadą jest, że postępowanie przebiega bez rozprawy, ale § 80 upoważnia organ administracji do zarządzenia rozprawy (*ústní jednání*). Może to uczynić zawsze, a musi, jeżeli obwiniony złoży taki wniosek, a organ oceni, że jest to niezbędne dla ochrony jego praw. Jeśli oceni, że nie, to jego wniosek postanowieniem oddali. Przepis § 81 dotyczy postępowania o wykroczenie ujawnione w czasie kontroli, wtedy protokół kontroli może być jedyną podstawą rozstrzygnięcia. O możliwości wysłuchania obwinionego stanowi § 82, który także reguluje niektóre kwestie związane z postępowaniem dowodowym. Kolejne paragrafy umożliwiają stosowanie gwarancji wykonania przez obwinionego obowiązków, które ewentualnie zostaną na niego nałożone (§ 83), oraz szczególnej gwarancji rozpoznania sprawy przeciwko osobie prawnej w postaci zakazu rozwiązania, zaniku i przekształcenia osoby prawnej (§ 84). Instytucję zawieszenia postępowania (*přerušeni řízení*) stosuje się na podstawie przepisów o postępowaniu administracyjnym, ale § 85 wskazuje na kolejne podstawy zawieszenia. I tak organ jest zobowiązany postanowieniem zawiesić postępowanie, jeżeli w sprawie została wniesiona skarga kasacyjna na podstawie ustawy o sądowym postępowaniu administracyjnym, a może zawiesić postępowanie, jeżeli można zasadnie oczekiwać, że w postępowaniu karnym zostanie temu samemu obwinionemu wymierzona za inny czyn kara, przy której kara możliwa do orzeczenia za wykroczenie okaże się bez znaczenia.

W postępowaniu w sprawach o wykroczenia nie ma oskarżenia w takim rozumieniu, jakie znamy z postępowania karnego, nie ma przeto uniewinnienia, a wobec tego jeżeli nie da się ustalić popełnienia wykroczenia i wymierzyć kary, jedynym rozstrzygnięciem procesowym jest umorzenie postępowania (*zastavení řízení*), którego podstawy wylicza § 86 ustawy o wykroczeniach:

- czyn, o który prowadzi się postępowanie, nie nastąpił lub nie jest wykroczeniem,
- czynu nie popełnił obwiniony,
- popełnienie czynu, o który prowadzi się postępowanie, nie zostało obwinionemu udowodnione,
- obwiniony korzysta z przywilejów i immunitetów według prawa międzynarodowego,
- obwiniony korzysta z przywilejów i immunitetów według innej ustawy albo jest senatorem lub posłem, który wniósł do organu właściwego

- do rozpoznania wykroczenia wniosek o rozpoznanie takiego wykroczenia w postępowaniu dyscyplinarnym na podstawie innej ustawy,
- obwiniony w czasie popełnienia czynu nie ukończył 15 lat,
 - obwiniony nie był w czasie popełnienia czynu ze względu na niepo czytalność odpowiedzialny za wykroczenie,
 - odpowiedzialność za wykroczenie zanikła,
 - o to samo wykroczenie wcześniej wszczął postępowanie według tej ustawy inny organ administracji,
 - o czynie już prawomocnie rozstrzygnięto przez organ administracji lub organ ścigania karnego,
 - obwiniony zmarł lub zanikł,
 - o czynie już rozstrzygnięto jako o delikcie dyscyplinarnym a nałożony środek można uznać za wystarczający,
 - organ administracji w toku postępowania stwierdził, że chodzi o wykroczenie, które można rozpoznać tylko za zgodą osoby bezpośrednio dotkniętej wykroczeniem, a taka zgoda nie została wyrażona,
 - osoba bezpośrednio dotknięta wykroczeniem wycofała zgodę na wszczęcie postępowania lub jego kontynuowanie, jeżeli nie chodzi o wykroczenie, które można rozpoznać i bez takiej zgody.

Niezwykle interesującą instytucję wyrównania (*narovnání*) przewiduje § 87. Na jego podstawie organ administracji decyzją zatwierdzi umowę o wyrównaniu, którą zawrze obwiniony z pokrzywdzonym, jeżeli:

- taki sposób załatwienia sprawy nie jest sprzeczny z interesem publicznym i jest wystarczający ze względu na charakter i wagę wykroczenia, stopień, w jakim był dotknięty interes publiczny, oraz osobę obwinionego i jego stosunki osobiste,
- obwiniony oświadczy, że popełnił czyn, za który jest ścigany, jeżeli nie ma uzasadnionych wątpliwości co do tego, że jego oświadczenie było dokonane swobodnie, poważnie i pewnie,
- obwiniony naprawił szkodę wyrządzoną pokrzywdzonemu albo wydał mu bezpodstawne wzbogacenie oraz
- obwiniony złożył na rachunek organu administracji sumę pieniężną (jej wysokość określa organ; nie może być jawnie nieproporcjonalna do wagi wykroczenia i grożącej *pokuty*) przeznaczoną na cel publicznie pożyteczny.

Uprawomocnienie się decyzji o zatwierdzeniu wyrównania kończy sprawę o wykroczenie.

Oddział 3 reguluje szczególne rodzaje postępowań: wspólne (§ 88), kiedy rozpatruje się sprawę obwinionego, który popełnił kilka wykroczeń, a także sprawy kilku obwinionych, pozostające w związku, adhezyjne

(§ 89), czyli o naprawienie szkody i wydanie bezpodstawnego wzbogacenia, oraz nakazowe. Temu ostatniemu należy poświęcić nieco więcej uwagi.

W myśl § 90 (*Příkaz*) niemal każdą sprawę można załatwić nakazem, ale nim można wymierzyć karę administracyjną nagany, pokuty, zakazu czynności, przepadku rzeczy lub wartości zastępczej. Nakazem nie wolno rozstrzygać:

- w postępowaniu wszczętym za zgodą osoby bezpośrednio dotkniętej popełnieniem wykroczenia,
- o roszczeniu o naprawienie szkody lub wydanie bezpodstawnego wzbogacenia,
- jeżeli karę administracyjną należy wymierzyć młodocianemu (z wyjątkiem pokuty wymierzanej nakazem na miejscu) albo osobie o ograniczonej zdolności do czynności prawnych,

Od nakazu przysługuje sprzeciw. Jeżeli został wniesiony, to nie można obwinionemu wymierzyć kary innej ani wyższej od wymierzonej nakazem, chyba że organ administracji w postępowaniu zmieni kwalifikację czynu.

Następny § 91 reguluje wymierzanie kar nagany i pokuty nakazem na miejscu (*příkazem na místě*), które w istocie jest postępowaniem mandatorowym i tak przed reformą było zwane. Na podstawie tego przepisu organ administracji może nakazem na miejscu wymierzyć tylko naganę lub *pokutę*, jeżeli obwiniony lub osoba działająca za obwinionego będącego osobą prawną lub osobą fizyczną – przedsiębiorcą zgadza się ze stwierdzonym stanem rzeczy i kwalifikacją prawną czynu oraz wysokością *pokuty*, a także zgadza się na wydanie *příkazového bloku*. Nakazem na miejscu można wymierzyć *pokutę* do 10 000 koron czeskich, a młodocianemu do 2500 koron, chyba że młodociany jest przedsiębiorcą. Ostatni § 92 reguluje szczegóły dotyczące bloku, którego odcinek wręcza się karanemu nakazem na miejscu.

Rozdział VII „Decyzja o wykroczeniu” (*Rozhodnutí o přestupku*) w § 93 wskazuje, co powinna zawierać osnowa decyzji o wykroczeniu, mocą której obwiniony został uznany winnym. Taka decyzja musi odpowiadać wymaganiom formalnym określonym w ustawie o postępowaniu administracyjnym, a ponadto zawierać następujące najważniejsze elementy:

- opis czynu z oznaczeniem miejsca, czasu i sposobu popełnienia,
- kwalifikację prawną czynu,
- *vyslovení viny* (należy zwrócić uwagę, że osoby prawne i osoby fizyczne będące przedsiębiorcami odpowiadają na zasadach obiektyw-

nych, a zatem stwierdzenie winy to raczej stwierdzenie podstaw odpowiedzialności),

- forma zawinienia³⁰ u obwinionego będącego osobą fizyczną,
- rodzaj i wymiar kary
- oraz rozstrzygnięcia co do innych kwestii.

Według § 94 jeżeli decyzji nie można wydać bezzwłocznie, należy ją wydać najpóźniej w terminie 60 dni od wszczęcia postępowania. Jest to termin procesowy, którego niedotrzymanie nie rodzi skutków materialno-prawnych.

Rozdział VIII „Koszty postępowania”, którego zakres wyczerpuje jeden § 95, przyjmuje zasadę, że obwiniony, którego odpowiedzialność została stwierdzona, ponosi koszty w kwocie ryczałtowej.

Rozdział IX „Postępowanie odwoławcze” najpierw wskazuje w § 96, kto może wnieść odwołanie. I tak:

- obwiniony w pełnym zakresie,
- pokrzywdzony tylko przeciwko rozstrzygnięciu o roszczeniu o naprawienie szkody lub wydanie bezpodstawnego wzbogacenia,
- przedstawiciel ustawowy i kurator młodocianego obwinionego a także organ socjalno-prawnej ochrony dzieci w pewnych wypadkach na korzyść obwinionego.

Właściciel rzeczy może odwołać się tylko od rozstrzygnięcia o zabraniu rzeczy lub wartości zastępczej.

Od decyzji o zatwierdzeniu umowy o wyrównanie może odwołać się ten, kto zawarł umowę, a także przedstawiciel ustawowy i kurator młodocianego obwinionego oraz organ socjalno-prawnej ochrony dzieci.

Obwiniony może w odwołaniu i w toku postępowania odwoławczego podawać nowe okoliczności i dowody (§ 97 ust. 1), wniesienie odwołania wstrzymuje wykonanie decyzji (§ 97 ust. 2).

Zgodnie z § 98 ust. 1 organ odwoławczy rozpatruje odwołanie w pełnym zakresie, a stosownie do § 98 ust. 2 nie wolno zmienić decyzji o karze administracyjnej, o naprawieniu szkody i o wydaniu bezpodstawnego wzbogacenia na niekorzyść obwinionego.

Rozdział X „Postępowania szczególne po uprawomocnieniu się decyzji o wykroczeniu” reguluje wydawanie nowych decyzji (§ 99), wśród nich wymierzenie kary, jeżeli warunkowo odstąpiono od jej wymierzenia, a obwiniony nie spełnił warunku naprawienia szkody, wznowienie postę-

³⁰ Trzeba zwrócić uwagę na pewną subtelność językową. Otóż ustawodawca czeski odróżnia dwa pojęcia: winy (*vina*) i zawinienia (*zavinění*). Pierwsze dotyczy także osób prawnych i osób fizycznych będących przedsiębiorcami i oznacza w istocie stwierdzenie odpowiedzialności, drugie dotyczy tylko osób fizycznych i oznacza „właściwą” winę.

powania (§ 100), kontrolę nakazu na miejscu (§ 101) oraz przejście niezapłaconej *pokuty* na następcę prawnego osoby prawnej (§ 102).

VII. Pozostałe przepisy

Część czwarta zawiera przepisy wspólne, przechodnie i końcowe, a wśród nich wskazanie, że wykonywanie kompetencji w postępowaniu o wykroczenia jest wykonywaniem zleconej administracji państwowej (§ 103 ust. 1), regulacje dotyczące amnestii (§ 104), przekazanie kompetencji na podstawie umowy (§ 105), sprawy ewidencji wykroczeń (§ 106–110), wymagania stawiane osobom rozpoznającym wykroczenia (§ 111), przepis przejściowy § 112 nakazujący dotychczasowe inne delikty administracyjne (z wyjątkiem dyscyplinarnych) traktować jako wykroczenia w nowym rozumieniu, nawet gdyby ustawodawca wprost tego nie zmienił, wyliczenie 93 aktów lub ich części uchylanych (§ 113) oraz wskazanie w § 114, że ustawa wchodzi w życie 1 lipca 2017 r.

Zauważyć trzeba, że w czeskiej ustawie o wykroczeniach nie ma regulacji dotyczących zaskarżania decyzji o ukaraniu do sądu administracyjnego. Taka możliwość oczywiście jest, ale została ona uregulowana ustawą o sądowym postępowaniu administracyjnym. Ustawodawca czeski wychodzi z założenia, że decyzja o ukaraniu jest decyzją administracyjną i jako taka może być zaskarżona do sądu administracyjnego, a następnie skargą kasacyjną do Najwyższego Sądu Administracyjnego.

VIII. Kilka refleksji końcowych

Kończąc chciałbym ponownie za Heleną Práškovą przedstawić związaną ocenę przeprowadzonej reformy. Jej celem było wytworzenie nowoczesnej i efektywnej regulacji odpowiedzialności za delikty administracyjne. Ten cel udało się w wielu aspektach osiągnąć. Przede wszystkim regulacja prawna dotycząca różnych deliktów administracyjnych została sprowadzona do jednego typu – wykroczenia. Została skodyfikowana część ogólna nowego prawa wykroczeń. Doszło do znaczącego ujednoczenia regulacji prawnej dotychczasowych wykroczeń i innych deliktów administracyjnych, odpadła przeto potrzeba sięgania do analogii. Wprowadzono szereg nowych instytucji materialnoprawnych i procesowych, a znane wcześniej zostały doprecyzowane.

Pozostały wszakże obszary problematyczne. Największym problemem jest kształt części szczególnej prawa wykroczeń. Dziś tworzy ją

nieuporządkowana, nieprzejrzysta i nieskoordynowana masa zespołów znamion wykroczeń. Przeważają ujęcia kazuistyczne, stanowione bez należytego uwzględnienia innych skierowanych przeciwko temu samemu przedmiotowi ochrony, częstokroć także bez związku z przestępstwami. Wkrótce po rozpoczęciu prac nad reformą zrezygnowano z pomysłu stworzenia „kodeksu wykroczeń”, który obok części ogólnej i procesowej obejmowałby i część szczególną. Oznaczałoby to przeniesienie wszystkich dotychczasowych zespołów znamion wykroczeń i innych deliktów administracyjnych do jednej ustawy. Zadanie to oceniono jako niewykonalne ze względu na mnogość zespołów znamion wykroczeń i mnogość ustaw, w których się one znajdują. Argumentowano także ścisłą więzią zespołów znamion z aparatem pojęciowym i stanowieniem obowiązków prawnych w poszczególnych ustawach. Ostrzegano również przed niebezpieczeństwem stałych nowelizacji takiego kodeksu. Trzeba wszakże przyznać, że brak kodeksu wykroczeń ma swoje wyraźne negatywne strony. Przede wszystkim ustawodawca pozbawił się możliwości realnego wpływu na ujęcie zespołów znamion wykroczeń. Przez to, że tworzenie części szczególnej prawa wykroczeń jest kompetencyjnie rozdzielone między szereg resortów przedstawiających projekty rządowe, nie jest realna dobra jakościowo koordynacja zespołów znamion, a rola koordynacyjna ministra spraw wewnętrznych jest niedostateczna.

Kolejny poważny problem jest związany z akcentowaniem zbieżnych cech karania sądowego i administracyjnego oraz relatywnością granic między nimi. Logicznie prowadzi to do tego, że regulacja prawna odpowiedzialności za wykroczenia i postępowania w sprawach o wykroczenia staje się coraz bardziej szczegółowa, złożona i skomplikowana. Doszło do odwrotu od szybkiego, prostego, elastycznego, fachowego, efektywnego postępowania o mniej znaczące czyny bezprawne. Trzeba powiedzieć, że zgodnie z kierunkiem legislacji.

Ustawodawca powinien wszakże zważyć, że w części szczególnej prawa wykroczeń występują wykroczenia różnego typu. Trzeba rozróżnić naruszenia typowych administracyjnych przepisów ustawowych od tzw. drobnej przestępczości (np. wykroczenia przeciwko mieniu, które ze względu na znamię liczbowe nie są przestępstwami), dalej trzeba rozróżnić wykroczenia bardzo poważne (np. dostarczanie ludziom wody niespełniającej wymagań higienicznych) od błahych. Regulacja prawna nakazująca stosowanie wszystkich materialnoprawnych i procesowych instytucji do wszystkich wykroczeń bez ich wewnętrznej dyferencjacji jest sporna. W toku przygotowywania nowej regulacji była rozważana propozycja trójpodziału wykroczeń na szczególnie poważne, poważne i pozo-

stałe. Ostatecznie nie została ona przyjęta i w efekcie instytucje, które były pomyślane tylko dla najpoważniejszych wykroczeń, stały się instytucjami powszechnymi, co wywołuje wątpliwości w zakresie respektowania zasady subsydiarności represji karnej i możliwości ich bezproblemowego stosowania³¹.

IX. Spojrzenie na prawo polskie z perspektywy rozwiązań czeskich

Może pojawić się pytanie: właściwie po co na łamach polskiego periodyku prawniczego przedstawiać aż tak szeroko (a przecież bardzo daleko od wyczerpania problematyki) rozwiązania przyjęte w Republice Czeskiej w odniesieniu do odpowiedzialności za wykroczenia? Myślę, że nie tylko z powodów poznawczych, które zresztą same usprawiedliwiałyby prezentację niezwykle interesującej ustawy. Chodzi o coś więcej. Ustawodawca czeski zmagał się z takimi samymi problemami, jakie stoją przed ustawodawcą polskim. Uchwalony blisko pół wieku temu polski Kodeks wykroczeń z 1971 r. okazuje się coraz mniej przydatny do zwalczania bezprawnych czynów, zagrażających istotnym interesom społecznym, które nie są przestępstwami. Aby stosować do nich Kodeks wykroczeń muszą być one wyraźnie za wykroczenia uznane bądź nazwą „wykroczenie”, bądź przez odpowiednie określenie sankcji wykluczającej uznanie ich za przestępstwa, bądź wreszcie przez poddanie ich procedurze przewidzianej Kodeksem postępowania w sprawach o wykroczenia. Gorset nałożony na prawo wykroczeń blisko pół wieku temu był zapewne dopasowany w 1971 r., ale po upływie kilku dziesięcioleci i zmianach ustrojowych okazał się zdecydowanie za ciasny. Są dwie podstawowe bariery ograniczające skuteczność posługiwania się Kodeksem wykroczeń: pierwszą jest stanowczo za niskie maksimum grzywny, które w połowie lat 90. ubiegłego stulecia ustabilizowało się na poziomie 5000 zł i przez następną ćwierć wieku pozostaje niezmienione, drugą jest ograniczenie odpowiedzialności za wykroczenia do osób fizycznych.

Ustawodawca ma świadomość tych barier i różnymi metodami próbuje je przekroczyć. Pierwszą taką metodą jest podwyższanie maksimum grzywny za wykroczenia przewidziane w ustawach szczególnych. Wystarczy sięgnąć do ustawy o przewozie materiałów niebezpiecznych, ustawy o odpadach wydobywczych czy najnowszej ustawy o ograniczeniu handlu w niedziele, aby przekonać się, że są wykroczenia (a stosują

³¹ H. P r á š k o v á, *Nové přestupkové právo*, Praha 2017, s. 417–422.

się do nich wszelkie materialnoprawne i procesowe regulacje prawa wykroczeń) zagrożone karą grzywny do 100 000 zł. Tak oto na naszych oczach pojawiły się dwa maksima grzywny: kodeksowe – 5000 zł i pozakodeksowe – 100 000 zł, dwudziestokrotnie wyższe. Drugą taką metodą pozwalającą „uciec” od rygorów nie tylko Kodeksu wykroczeń, ale czasem nawet Kodeksu karnego jest coraz częstsze sięganie do typizacji czynów zabronionych pod groźbą kary pieniężnej, które nie są ani przestępstwami, ani wykroczeniami. Są to tzw. delikty administracyjne, przy czym warto zauważyć, że tym pojęciem nie posługuje się żaden akt prawny, jest ono używane w nauce prawa i orzecznictwie sądowym. Administracyjne kary pieniężne grożące za takie delikty sięgają niekiedy milionów złotych, a tak pomyślana odpowiedzialność okazuje się nader użyteczna, pozwala bowiem ukarać także osobę prawną lub inny podmiot kolektywny i to bez konieczności wykazywania jakkolwiek rozumianej winy, skoro taka odpowiedzialność określana mianem administracyjnej (a nie karnej) jest co do zasady traktowana jako odpowiedzialność obiektywna. Warto przy tym zauważyć, że to przejście od odpowiedzialności karnej do odpowiedzialności administracyjnej następuje w dwóch wariantach: pierwszym, kiedy dotychczasowe wykroczenia, a czasem nawet przestępstwa, zostają w nowszych regulacjach uznane już tylko za delikty administracyjne, i drugim, kiedy ustawodawca widząc konieczność zwalczania określonych czynów sankcjami penalnymi sięga od razu do deliktów administracyjnych, rezygnując z góry z penalizacji w ramach prawa karnego *sensu stricto* lub prawa wykroczeń.

Ten niezwykły, obserwowany od połowy lat 90. XX wieku, ale nasilający się w dwóch pierwszych dekadach XXI wieku, rozrost liczbowy i jakościowy deliktów administracyjnych stanowi poważne wyzwanie dla ustawodawcy, który powinien dostrzec, że podmiot, któremu grozi wielomilionowa kara pieniężna, jest pozbawiony gwarancji prawnych przysługujących choćby temu, kto w miejscu publicznym używa słów nieprzyzwoitych. Bez obawy popełnienia większego błędu można powiedzieć, że uregulowanie odpowiedzialności za delikty administracyjne jest jednym z najpoważniejszych problemów polskiego prawa represyjnego.

Do niedawna taka odpowiedzialność nie podlegała żadnym regułom ogólnym. Sytuacja zmieniła się 1 czerwca 2017 r., kiedy weszła w życie ustawa nowelizująca polski Kodeks postępowania administracyjnego, która wprowadziła do niego dział IVa „Administracyjne kary pieniężne”. Trudno jednak traktować to rozwiązanie jako docelowe, gdyż ustawodawca pozostawił zbyt wiele wyjątków od tych regulacji. Przygotowanie odrębnej ustawy o odpowiedzialności za delikty administracyjne jest mo-

im zdaniem niezbędne, a pomocą mogą służyć rozwiązania przyjęte w Republice Czeskiej.

Kilka miesięcy temu publikując na tych łamach artykuł o charakterze komparatystycznym³² wyraziłem daleko idący sceptycyzm co do możliwości przyjęcia w Polsce modelu czeskiego. Dziś jednak jestem bogatszy intelektualnie po przebrnięciu przez 3009 stron czeskich tekstów (monografia Heleny Práškovéj + dwa opasłe komentarze + tekst z objaśnieniami + przewodnik) i skłonny jestem zmienić zdanie. Tylko pozornie między systemem prawnym polskim i czeskim jest przepaść; owszem, w Polsce za niektóre wykroczenia grozi kara aresztu, co w prawie czeskim jest nie do pomyślenia, w Polsce sprawy o wykroczenia rozpoznają sądy powszechne, w Czechach organy administracji z możliwością uruchomienia kontroli sądów administracyjnych, ale punktów stycznych jest więcej niż mogłoby się na pierwszy rzut oka wydawać. Bogate orzecznictwo sądów administracyjnych w Czechach dotyczące wykroczeń (wprawdzie z istoty rzeczy na „starym” stanie prawnym), ale także sądów powszechnych dotyczące przestępstw odnoszone na zasadzie analogii do wykroczeń, a także akcentowane nie tylko w monografii Heleny Práškovéj, lecz także w komentarzach znaczenie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wyraźnie wspiera tezę, że karanie jest jedno, bez względu na to, czy organem karzącym jest sąd, czy organ administracji. Dlatego nie postulując jakiegoś mechanicznego przeniesienia koncepcji czeskich na grunt polski, co byłoby dużą przesadą, byłbym zdania, że nad konstrukcjami prawnymi przyjętymi przez ustawodawcę czeskiego należy się poważnie zastanowić i spróbować wypracować także w prawie polskim model jednolitej odpowiedzialności za wykroczenia i delikty administracyjne z zachowaniem odrębności dotyczących podmiotów ponoszących odpowiedzialność: osób prawnych i osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą z jednej strony a „zwykłych” osób fizycznych z drugiej. Wypracowanie takiego modelu w prawie polskim nie jest sprawą prostą, być może trzeba byłoby odstąpić od pewnych pryncypiów dotyczących prawa wykroczeń, ale warto się nad tym zastanowić, a przyjęty przez ustawodawcę czeskiego kierunek połączenia odpowiedzialności za wykroczenia z odpowiedzialnością za delikty administracyjne, z zachowaniem pewnych odrębności, zasługuje na baczność uwagę.

³² W. Radecki, *Odpowiedzialność za przestępstwa, wykroczenia i delikty administracyjne w prawie polskim, czeskim i słowackim*, Prokuratura i Prawo 2017, nr 10, s. 18–44.

New Czech concept of liability for petty offences, described based on the monograph by Helena Prášková

Abstract

This paper presents solutions adopted in the Czech Republic between 2016 and 2017 as part of the extensive reform of petty offence law. The reform has brought the liability for regular petty offences and the liability for other administrative torts together under the joint term “liability for petty offences”. The primary Czech legal act governing the liability for petty offences, i.e. Act of 12 July 2016 on the liability for petty offences and proceedings on the same, which Act comprises both general and procedural sections, is outlined. Attention is also drawn to several weighty theoretical issues, with the work of Helena Prášková on new Czech petty offence law serving as a primary reference.

Marcin Borodziuk¹

Zakres kryminalizacji przestępstwa niealimentacji po nowelizacji w 2017 r.

Streszczenie

W niniejszej pracy omówiono nowelizację art. 209 k.k., dokonaną na mocy ustawy z dnia 23 marca 2017 r. (Dz. U. poz. 952) o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów. Autor omówił wpływ przeobrażenia ustawowych znamion przestępstwa niealimentacji na zakres kryminalizacji. Mimo widocznej tendencji do objęcia hipotezą art. 209 k.k. szerszej grupy zachowań, w pewnych przypadkach doszło do dekryminalizacji czynów, które dotychczas wyczerpywały znamiona tego przepisu. Zwrócono także uwagę na praktyczne aspekty omawianej nowelizacji, w tym przede wszystkim potencjalne problemy, jakich może nastręczać wykładnia art. 209 k.k. w obecnej postaci.

Wstęp

Spór o potrzebę utrzymania karalności czynu polegającego na niespełnianiu obowiązku alimentacyjnego jest prowadzony w doktrynie prawa karnego od wielu lat. W tym zakresie przedstawia się konstruktywne argumenty zarówno za, jak i przeciwko kryminalizacji niealimentacji z art. 209 k.k.² Dotychczas nie osiągnięto także kompromisu co do adekwatnej kary za tak określone przestępstwo³, która godziłaby w samego sprawcę, nie wyrządzając dodatkowej szkody pokrzywdzonemu.

Abstrahując od rozważań *de lege ferenda*, autor niniejszego artykułu postawił sobie za cel precyzyjne określenie zakresu kryminalizacji czynu z art. 209 k.k. Należało mieć przy tym na uwadze przeobrażenia, jakie

¹ Asesor sądowy w Sądzie Rejonowym w Szczytnie.

² S. Hypś, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki, Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221. Tom I, wyd. 4, Warszawa 2017, art. 209, tezy 3–4, dostęp: Legalis.

³ Por. D. J. Sosnowska, Alimenty a prawo karne. Praktyka wymiaru sprawiedliwości, Warszawa 2012, s. 96–97.

dokonały się z dniem 31 maja 2017 r., na mocy art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 23 marca 2017 r. (Dz. U. z 2017 r., poz. 952) o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy o pomocy osobom uprawnionym do alimentów, które objęły niemal wszystkie znamiona przestępstwa niealimentacji.

Analiza obecnej normy sankcjonowanej art. 209 k.k. prowadzi do wniosku, że pomimo wyraźnych tendencji ustawodawcy do rozszerzenia zakresu kryminalizacji omawianego przepisu, doszło także do zdepenalizowania pewnej sfery zachowań.

Wyeliminowanie ustawy jako źródła obowiązku alimentacyjnego

Przestępstwo niealimentacji należy do przestępstw indywidualnych właściwych, co oznacza, że tylko osoba posiadająca określoną cechę podmiotową może być jego sprawcą. Jak dotąd cechą tą było istnienie obowiązku alimentacyjnego sprawcy względem oznaczonej osoby.

Przed 31 maja 2017 r. art. 209 k.k. przewidywał ustawę jako podstawowe źródło obowiązku, stanowiące znamię dookreślające podmiot przestępstwa niealimentacji. Dotyczyło to przede wszystkim obowiązku alimentacyjnego w rozumieniu art. 128 i n. k.r.o., a więc zobowiązania do dostarczania środków utrzymania krewnym. W najbardziej typowym przypadku – obowiązku między rodzicami a małoletnimi dziećmi – sprawcą przestępstwa niealimentacji może być jedynie ten rodzic, którego ojcostwo lub macierzyństwo zostało ustalone w sposób przewidziany w przepisach prawa rodzinnego. Brak ustalenia pochodzenia dziecka zarówno w poprzednim, jak i obecnie obowiązującym stanie prawnym wyklucza pociągnięcie do odpowiedzialności za czyn z art. 209 k.k.⁴

Z obecnej treści art. 209 § 1 k.k., w którym posłużono się zwrotem „określonego co do wysokości” wynika, że przedmiotowy dla odpowiedzialności karnej stał się obowiązek alimentacyjny sprecyzowany co do jego zakresu. Wobec wyeliminowania z tego przepisu zwrotu w postaci „z mocy ustawy” *de facto* doszło do dekryminalizacji pewnej części zachowań, które dotychczas wyczerpywały znamiona przestępstwa. W uzasadnieniu projektu ustawy stwierdzono, że w tym zakresie była to norma pusta i w rzeczywistości nie zdarzały się przypadki, w których jedyną i wyłączną podstawą ustaleń organów w toku postępowania karne-

⁴ Zob. K. Stefaniuk, Czy możliwe jest ustalenie ojcostwa przez sąd karny?, PiP 1969, nr 4–5, s. 839–843.

go w zakresie istnienia obowiązku alimentacyjnego, jego formy oraz wysokości byłaby ustawa⁵.

Powyższe stwierdzenie zasługuje na aprobatę jedynie w części. Należy zwrócić uwagę na to, że funkcjonowanie Funduszu Alimentacyjnego spowodowało, że uprawnieni do alimentacji faktycznie zdecydowanie częściej dysponują tytułem wykonawczym określającym wysokość rozszczenia. Jednakże w większości przypadków tytuł ten dotyczy zobowiązanych w pierwszej, a nie w dalszej kolejności. W tym kontekście zauważyć należy, że odpowiedzialność karna zobowiązanego do alimentowania w dalszej kolejności na podstawie prawomocnego lub podlegającego wykonaniu orzeczenia sądu cywilnego nie zależy od tego, czy tę odpowiedzialność poniosła już osoba, na której obowiązek alimentacyjny ciąży w bliższej kolejności, oraz od wykorzystania przez uprawnionego do alimentowania możliwości dochodzenia należności w drodze egzekucji skierowanej przeciwko tej osobie⁶.

Tym samym poza zakresem kryminalizacji art. 209 k.k. niejednokrotnie znajdują się zachowania np. dziadków, którzy nie realizują obowiązku alimentacyjnego ciążyącego na nich wobec wnuka, w związku z nierealizowaniem takiego obowiązku przez ich dziecko, a rodzica uprawnionego.

Niekiedy podnosi się, że konsekwencją wyeliminowania ze znamion art. 209 k.k. zwrotu „z mocy ustawy” jest konieczność zwolnienia z zakładów karnych nie tylko osób, których wyłączną podstawą obowiązku alimentacyjnego była ustawa. Powoływanie się w opisie czynu na orzeczenie sądowe określające wysokość alimentów dotychczas mogło być uznawane jako zbędne w sytuacji, gdy obowiązek alimentacyjny względem krewnych i tak wynikał z ustawy. W tych sytuacjach, w których opis czynu zawarty w wyroku skazującym nie wskazywał orzeczenia sądowego konkretyzującego wysokość obowiązku alimentacyjnego, mimo istnienia takiego orzeczenia, można zastanawiać się, czy doszło do zatarcia skazania, mając na uwadze że czyn objęty takim wyrokiem nie jest już zabroniony pod groźbą kary (art. 4 § 4 k.k.)⁷.

Problem ten został dostrzeżony w jednym z pism urzędowych Ministerstwa Sprawiedliwości, w którym wskazano, że badając kwestię ewentualnej depenalizacji sąd nie może poprzestać jedynie na sprawdzeniu, czy opis czynu przypisanego sprawcy w wyroku ograniczał się do stwier-

⁵ Uzasadnienie projektu ustawy, dostęp <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1193>, dostęp w dniu 11 grudnia 2017 r.

⁶ Uchwała SN z dnia 7 stycznia 1967 r., sygn. VI KZP 46/66, OSNKW 1967, nr 5, poz. 41.

⁷ Takie wątpliwości były podnoszone w ramach debaty publicznej, zob. <http://subiudice.blogspot.com/2017/06/dekryminalimentacja.html>, dostęp w dniu 11 grudnia 2017 r.

dzenia, że obowiązek alimentacyjny wynikał z ustawy, ale musi ustalić w toku tego posiedzenia, także na podstawie badania akt głównych sprawy, czy ten obowiązek był również określony co do wysokości. W razie pozytywnego przesądzenia tej kwestii nie jest możliwe przyjęcie, że według nowej ustawy czyn objęty wyrokiem nie jest już zabroniony pod groźbą kary i nastąpiło zatarcie skazania z mocy prawa (art. 4 § 4 k.k.)⁸.

Należy zwrócić uwagę na przytoczoną w powyższym piśmie argumentację, przedstawioną przez prof. dr hab. Łukasza Pohla. Jego zdaniem ustalenie, czy w konkretnym przypadku doszło do depenalizacji „nie może ograniczać się do znajdującej się w treści wyroku charakterystyki tego zachowania. Ta bowiem – z natury rzeczy – jest w dużym stopniu zdeteminowana językiem prawnym (słownictwem) przepisu będącego podstawą skazania. Tym samym nie jest ona miarodajna w sytuacji zmiany tego języka. Oznacza to – koniec końców – że warunkiem zastosowania art. 4 § 4 k.k. jest dokonanie przez sąd oceny całościowej rozważanego zachowania, a więc oceny bazującej m.in. na konieczności ponownego zbadania akt sprawy”⁹.

Powyższa argumentacja w pełni zasługuje na podzielenie. W sytuacji wprowadzenia przez ustawodawcę jednego ze znamion na miejsce drugiego (tu: usunięcia jednego z członów alternatywy łącznej „lub”) nie sposób oczekiwać, aby nowy kształt normatywny miał znajdować odzwierciedlenie w opisie czynu sformułowanym w poprzednim stanie prawnym. Tym samym stosując art. 4 § 4 k.k. Sąd powinien na nowo dokonać pełnej oceny prawnej zachowania, którego sprawstwo zostało przypisane skazanemu w wyroku podlegającym badaniu. Z pewnością nie może jednak w tym celu prowadzić postępowania dowodowego, pozyskując dokumenty którymi nie dysponował sąd, który wydał wyrok skazujący.

Wskazany pogląd nie eliminuje jednak wszystkich trudności interpretacyjnych związanych z usunięciem znamienia „z mocy ustawy”. Niejednokrotnie może się bowiem okazać, że doszło do skazania za czyn z art. 209 k.k., którego czas popełnienia jedynie w niewielkiej części przypadła po uzyskaniu przez pokrzywdzonego orzeczenia sądu (ugody albo innej umowy) stwierdzającego wysokość obowiązku. Choć jego czyn częściowo pozostanie przestępstwem, wymierzona kara będzie nadmiernie surowa i nie będzie odzwierciedlała zawartości kryminalnej czynu na grun-

⁸ Pismo urzędowe nr 13793 z dnia 2 sierpnia 2017 r., sygn. VIII/13793/2017, dostęp: Legalis.

⁹ Tamże.

cie nowej ustawy. Brak jakichkolwiek środków, które w takiej sytuacji umożliwiałyby ingerencję w orzeczoną karę.

Aktualne podstawy określenia wysokości obowiązku alimentacyjnego wprowadzone do znamion czynu z art. 209 k.k.

W obecnym stanie prawnym orzeczenie sądowe stało się podstawowym źródłem obowiązku alimentacyjnego z perspektywy ustawowych znamion czynu zabronionego z art. 209 k.k. W tym miejscu należy przypomnieć, że w przeciwieństwie do ustawowego obowiązku krewnych określonego w art. 128 i n. k.r.o., orzeczenia sądowe mogą być źródłem obowiązku alimentacyjnego niewynikającego z norm prawa rodzinnego. Tytułem przykładu można wskazać prawomocny wyrok zasądający rentę stałą jako odszkodowanie za uszkodzenie ciała, bądź rentę dożywotnią w zamian za uprawnienia wynikające z umowy dożywocia, a nawet orzeczenie sądu o zabezpieczeniu roszczeń alimentacyjnych¹⁰.

Z uwagi na pierwszoplanowy charakter orzeczenia sądowego jako znamienia wyznaczającego podmiot przestępstwa niealimentacji, należy zwrócić uwagę na zagadnienie aktualności wyroku skazującego za czyn z art. 209 k.k., w sytuacji utraty mocy orzeczenia konkretyzującego wysokość obowiązku alimentacyjnego. Kwestia ta była przedmiotem rozważań już w minionym ustroju. Ówczesny Sąd Najwyższy stwierdził, że w takiej sytuacji „w czynie oskarżonego, popełnionym tak przed, jak i po uchyleniu tego wyroku, nie ma cech przestępstwa niealimentacji. Fakt ten daje też podstawę – w razie prawomocnego skazania – do wznowienia postępowania na korzyść oskarżonego”¹¹.

Powyższy pogląd w całości zasługuje na podzielenie. W pierwszej kolejności wskazać należy, że sąd karny nie ma w tym zakresie samodzielności jurysdykcyjnej, co wynika z wyjątku wyraźnie przewidzianego w art. 8 § 2 k.p.k. Należy jedynie doprecyzować, że dotyczy to wydania takiego orzeczenia, które kwestionuje istnienie obowiązku alimentacyjnego od samego początku. Ewentualne uchylene obowiązku alimentacyjnego między rodzicami a dziećmi przez sąd rodzinny, z uwagi na uzyskanie przez uprawnionego zdolności do samodzielnego utrzymania się, jest rozstrzygnięciem ze skutkiem *ex nunc*, wobec czego może mieć wpływ co najwyżej na określenie daty końcowej czasu popełnienia czynu.

¹⁰ S. Hypś, *op. cit.*, teza 25.

¹¹ Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 18 czerwca 1966 r., sygn. VI KZP 10/66, OSNKW 1966, nr 8, poz. 80.

Przeciwko tezie o aktualności skazania pomimo nieistnienia obowiązku alimentacyjnego przemawia przede wszystkim przedmiot ochrony art. 209 k.k., którym jest rodzina i opieka, nie zaś dobro wymiaru sprawiedliwości. Wynika to chociażby z treści art. 244 k.k., który wśród orzeczeń, których nierespektowanie powoduje odpowiedzialność karną, nie wymienia wyroku zasądającego alimenty. W orzecznictwie nie spotyka się przy tym, aby przywołane czyny zabronione były uznawane za przestępstwa podobne w rozumieniu art. 115 § 3 k.k. Za uchwaleniem obu tych przepisów przemawiały bowiem odmienne racje aksjologiczne.

Niczego w tej kwestii nie zmienia wyeliminowanie z ustawowych znamion art. 209 k.k. zwrotu „z mocy ustawy”. Orzeczenie sądowe zostało wskazane jako dokument określający wysokość obowiązku, ale obok ugody przed sądem lub innym organem i innej umowy. Gdyby uznać, że przedmiotem ochrony zostały objęte interes wymiaru sprawiedliwości i powaga orzeczeń sądowych, równie dobrze można by podnosić, że omawiany przepis chroni rzetelność kontrahenta w obrocie cywilnoprawnym.

Na uwzględnienie zasługuje także argument, że uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego stwierdzonego prawomocnym lub podlegającym wykonaniu orzeczeniem jest niebezpieczne społecznie tylko wtedy, gdy zostało popełnione na szkodę osoby, której rzeczywiście przysługiwało prawo do alimentacji. Stwierdzenie to bywa niekiedy krytykowane ze wskazaniem, że przed uchyceniem orzeczenie nakładające obowiązek alimentacyjny było źródłem chronionych również prawem karnym praw alimentacyjnych drugiej osoby¹². Jednakże należy podkreślić, że nierealizowanie takiego orzeczenia przez osobę, której obowiązek nie znajdował podstawy prawnej, nie uzasadnia sięgania do sankcji kryminalnych, które ze swej istoty powinny dotyczyć osób faktycznie zobowiązanych, a nie tylko niesłusznie „uwikłanych” orzeczeniem sądowym w realizowanie obowiązków alimentacyjnych.

Trafnie skonstatował zatem Sąd Najwyższy, że w omawianym wypadku mamy do czynienia z nierespektowaniem przez oskarżonego orzeczenia alimentacyjnego sądu usprawiedliwionym błędnością tego orzeczenia¹³, co samo w sobie nie zasługuje na ujemną ocenę z punktu widzenia norm prawa karnego. W aspekcie jurydycznym należy się tutaj odwołać do poglądu z orzecznictwa, zgodnie z którym czyn zabroniony może nie odznaczać się karygodnością nawet w stopniu subminimalnym.

¹² Zob. M. Szewczyk, (w:) A. Zoł (red.) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II, Kraków 2006, Część szczególna, s. 735–737.

¹³ Uzasadnienie cytowanej uchwały o sygn. VI KZP 10/66.

Tego rodzaju wypadek należy potraktować analogicznie jak wystąpienie okoliczności określonej w art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., to jest „sprawca nie popełnia przestępstwa”¹⁴.

Nie można nie odnieść się do zaprezentowanego w doktrynie twierdzenia, że podzielenie poglądu o „nieaktualności” skazania musiałoby prowadzić do wniosku, że zapierający się swojego ojcostwa oskarżony mógłby się powoływać na swój błąd co do tego ojcostwa, a więc co do istoty czynu, czyli błąd wykluczający przestępność czynu¹⁵. Argument ten jest chybiony, bowiem jak wskazano na wstępie niniejszego opracowania, sąd karny nie dysponuje samodzielnością jurysdykcyjną w zakresie ustalania pochodzenia uprawnionego do alimentacji.

Ewentualną nieświadomość sprawcy co do faktycznego pokrewieństwa z uprawnionym do alimentacji należy uznać za błąd irrelevantny z punktu widzenia art. 209 k.k., w sytuacji gdy sprawca jest świadomy sporządzenia i treści aktu urodzenia. Taki dokument, z uwagi na treść art. 3 ustawy Prawo o aktach stanu cywilnego, jest bowiem wyłącznym dowodem pochodzenia uprawnionego. Argument ten zyskuje na sile w obecnym stanie prawnym, w którym podmiotem przestępstwa jest jedynie sprawca, co do którego zapadło orzeczenie określające wysokość alimentów, bądź też zawarł w tym przedmiocie ugodę przed sądem lub innym organem albo inną umowę. Śmiało więc można założyć, że świadomość takiej osoby co do pochodzenia od niego uprawnionego do alimentów nie będzie budziła wątpliwości.

Ze znowelizowanej treści art. 209 § 1 k.k. wynika, że podmiotem przestępstwa niealimentacji jest sprawca, w stosunku do którego wysokość obowiązku alimentacyjnego została określona także ugodą zawartą przed sądem albo innym organem albo inną umową.

Wprowadzenie do znamion art. 209 k.k. ugody zawartej przed sądem albo innym organem nie powinno budzić większych trudności interpretacyjnych i jest w pełni zrozumiałe, wobec przesunięcia ciężaru z istnienia obowiązku na określenie jego wysokości. Taka uгода pełni dokładnie te same funkcje, co orzeczenie właściwego sądu.

Interesująco rysuje się za to kwestia znamienia w postaci „innej umowy”, o której mowa w powołanym przepisie. W myśl reguły *lege non distinguente* należy uznać, że nie chodzi tu tylko o umowę zawartą w formie pisemnej.

¹⁴ Zob. postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. III KK 265/15, OSNKW 2016, nr 8, poz. 54.

¹⁵ H. R a j z m a n, Przegląd orzecznictwa SN, NP 1964, nr 5, s. 515.

Choć z treści przepisu wprost nie wynika, aby tak określony co do wysokości obowiązek alimentacyjny musiał ponadto wynikać z ustawy, zwraca uwagę, że „ugoda” lub „inna umowa”, o których mowa w art. 209 k.k., jedynie „określają co do wysokości” „obowiązek alimentacyjny”. Skoro nie zostały one wskazane jako samoistne źródło obowiązku dostarczania określonych środków pieniężnych, obowiązek ten powinien znajdować podstawę w przepisach ustawy.

Można argumentować w sposób przeciwny, podnosząc że skoro ustawodawca w pełni zrezygnował z ustawy jako znamienia czynu zabronionego, wystarczające jest odwołanie się do treści wiążącej strony ugody lub umowy. Przyjęcie takiej skrajnie literalnej wykładni powodowałoby jednak, że pochośnie wyrażane zapewnienia o gotowości do przyczyniania się do utrzymania osoby formalnie obcej, która zapewnienia te akceptuje, mogłyby stać się źródłem późniejszej odpowiedzialności karnej w razie braku ich realizacji, nawet gdyby nie zachodziła jakakolwiek ustawowa podstawa do alimentacji.

Należy odwołać się w tym miejscu do przykładu porzucenia działalności o charakterze charytatywnym, by wspomnieć tylko popularne akcje pomocy osieroconym i ubogim dzieciom z Afryki. Zaprzestanie udziału w działalności charytatywnej nie zasługuje na ujemną ocenę z punktu widzenia norm prawa karnego, ani nawet na ujemną ocenę moralną. Gdyby nowe brzmienie art. 209 k.k. odczytywać skrajnie literalnie, doszłoby do zastąpienia ochrony stosunków prawnych mających umocowanie w ustawie, ochroną stosunków czysto umownych, co jest jaskrawo sprzeczne z celami obowiązywania tego przepisu i z tego względu nie zasługuje na podzielenie.

Rezygnacja ze znamienia „uporczywości” i wprowadzenie „sztywnego” określenia wysokości zaległości alimentacyjnej jako przesłanki odpowiedzialności karnej

Czynnością czasownikową czynu zabronionego z art. 209 k.k. pozostaje „uchylanie się” od realizowania obowiązku alimentacyjnego. Znamię to wciąż będzie więc rozumiane jako „negatywny stosunek psychiczny osoby zobowiązanej do świadczenia, sprawiający, że nie dopełnia ona nałożonego na nią obowiązku, mimo że ma obiektywną możliwość jego wykonania”¹⁶.

¹⁶ Zob. postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 1996 r., sygn. II KRN 204/96, Prok. i Pr. 1996, nr 11, poz. 4.

W doktrynie trafnie podkreśla się, że sam fakt niewykonywania obowiązku, o którym traktuje art. 209 k.k., nie jest równoznaczny z uchylaniem się od niego. Jeżeli istnieje podejrzenie popełnienia przestępstwa z art. 209 k.k., należy zawsze zbadać przede wszystkim przyczyny niewywiązywania się z obowiązku alimentacyjnego przez domniemanego sprawcę, które niekiedy zdarza się z powodów obiektywnych¹⁷. Można w tym miejscu wskazać problem związany z częściową alimentacją dziecka w sytuacji, gdy osoba zobowiązana pomniejsza należną kwotę z uwagi na konieczność utrzymania nie tylko siebie, ale także dzieci z kolejnego związku¹⁸. Wynika z tego, że nie zawsze określenie, czy dane zachowanie stanowi uchylanie się od obowiązku alimentacyjnego należy do najłatwiejszych zadań.

Pomocne w tym zakresie było znamię dookreślające czynność czasownikową w postaci „uporczywości” uchylania się od wykonywania obowiązku alimentacyjnego. Obecnie ustawodawca zrezygnował z tego zwrotu. Nowelizacja w tym zakresie ma o tyle zasadniczy charakter, że w miejsce dotychczasowego kryterium o charakterze subiektywno-obiektywnym wprowadzono czysto obiektywne znamię w postaci „łącznej wysokości powstałych wskutek tego zaległości”, która „stanowi równowartość co najmniej 3 świadczeń okresowych” albo „jeżeli opóźnienie zaległego świadczenia innego niż okresowe wynosi co najmniej 3 miesiące”.

Przez „świadczenia inne niż okresowe” rozumie się m.in. świadczenia alimentacyjne wypłacane jednorazowo, na przyszłość i ustalone na mocy orzeczenia sądowego, umowy lub ugody między uprawnionym i zobowiązanym lub świadczenia alimentacyjne skapitalizowane i zasądzone jednorazowo (w szczególności, gdy znana jest chwila wygaśnięcia obowiązku alimentacyjnego)¹⁹.

W poprzednim stanie prawnym znamię uchylania się dotyczyło „łożenia na utrzymanie” uprawnionego, co wykluczało możliwość przyjęcia, że obejmowało zachowania polegające na nierealizowaniu obowiązku w formie niematerialnej, tj. pielęgnacji i opieki²⁰. Powołany zwrot został pominięty w obecnej treści przepisu. Na pierwszy rzut oka mogłoby się

¹⁷ Zob. J. Jodłowski, (w:) A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II, Komentarz do art. 117–211a, Warszawa 2017, s. 915.

¹⁸ Por. wyrok SN z dnia 22 sierpnia 1968 r., sygn. V KRN 444/68, OSP 1972, nr 2, poz. 35, wyrok SA w Katowicach z dnia 13 stycznia 2005 r., sygn. II AKa 455/04, KZS 2005, nr 8, poz. 118.

¹⁹ Uzasadnienie projektu ustawy, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1193>, dostęp w dniu 11 grudnia 2017 r.

²⁰ Wyrok SN z dnia 29 maja 2012 r., sygn. II KK 106/12, OSNKW 2012, nr 10, poz. 107.

wydawać, że doszło do rozszerzenia zakresu kryminalizacji na niematerialną sferę zachowań polegających na uchylaniu się od obowiązku alimentacyjnego. Jednakże skoro obowiązek ten ma być określony „co do wysokości”, należy przyjąć, że w tym zakresie nie zaszła jakakolwiek zmiana normatywna.

Dotychczasowa „uporczywość” w sferze strony przedmiotowej była rozumiana jako długotrwałość, wielokrotność i powtarzalność zaniechania realizowania obowiązku alimentacyjnego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjęto, że okres wstrzymywania się od płacenia rat lub płacenia ich nieregularnie bądź w ratach znacznie niższych niż należne nie może być krótszy niż 3 miesiące²¹. Stąd ustawodawca wskazał właśnie taki okres jako progowy dla przyjęcia odpowiedzialności karnej, przy czym w większym stopniu uzależnił ją od wysokości zaległości alimentacyjnej (za taki właśnie okres), niż długości okresu nierealizowania obowiązku.

Powyższa zmiana skutkuje rozszerzeniem zakresu kryminalizacji określonego art. 209 k.k. Sprawca, który nie realizuje obowiązku alimentacyjnego przez dwa miesiące, a następnie z własnej woli spłaca należność za jeden miesiąc, po czym nie realizuje obowiązku przez kolejne 2 miesiące, nie mógłby wyczerpać znamienia „uporczywego” uchylania się od obowiązku alimentacyjnego z uwagi na przejaw dobrowolnego realizowania obowiązku i zbyt krótki okres jego lekceważenia. Faktyczna niemożność realizowania obowiązku lub jego zrealizowanie powodują bowiem zakończenie czasu popełnienia „uporczywej” niealimentacji. Tymczasem w aktualnym stanie prawnym znamiona art. 209 § 1 k.k. mogłyby zostać wyczerpane, bowiem zaległość alimentacyjna przekroczyłaby wysokość trzymiesięcznego okresowego świadczenia.

Z drugiej strony, trafnie podniesiono w doktrynie, że mogą mieć miejsce przypadki, w których zachowanie dotychczas uznawane za uporczywe uchylanie się od łożenia na utrzymanie uprawnionego będzie bezkarne na gruncie obecnie obowiązującej ustawy. Powołano przykład, w którym sprawca zamiast świadczyć okresowo kwotę 500 zł określoną orzeczeniem sądu, będzie wypłacać co miesiąc jedynie 100 zł – po trzykrotnym zaniechaniu wypełnienia obowiązku nie wyczerpie jeszcze znamion art. 209 k.k., gdyż łączna wartość zaległych należności wyniesie jedynie 1200 zł.

Trafnie wywiedziono, że pod rządami nowych przepisów zachowanie to nie będzie realizowało znamion czynu zabronionego, podczas gdy

²¹ Wyrok SN z dnia 8 grudnia 2008 r., sygn. VKK 277/08, OSNSK 2008, poz. 2524.

w poprzednim stanie prawnym mogłoby ono zostać potraktowane jako przejaw uporczywej niealimentacji²². Nawet gdyby w omawianym przypadku doszło do narażenia uprawnionego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych (§ 1a), sprawca nie poniesie odpowiedzialności karnej, albowiem znamiona typu podstawowego (§ 1) nie zostaną zrealizowane²³.

Tym samym czas popełnienia czynu z art. 209 k.k. rozpoczyna się z momentem, w którym wysokość zaległości przekroczy kwotę stanowiącą sumę świadczeń za trzy okresy. Z kolei obniżenie się kwoty zaległości poniżej tego pułapu skutkować będzie dekompletacją znamion omawianego czynu zabronionego. Przyjęcie odmiennego założenia, zgodnie z którym przestępstwo miałoby być popełnione już w momencie nieuiszczenia pierwszej lub drugiej raty alimentacyjnej lub ich części (choćby w formie usiłowania), uniemożliwiłoby sprecyzowanie zakresu kryminalizacji przestępstwa niealimentacji.

Można zastanawiać się, czy w sytuacji gdy zaległość alimentacyjna istniała przed wejściem w życie ustawy nowelizującej, a uchylanie się od alimentacji nie miało charakteru uporczywego, czas popełnienia przestępstwa rozpoczyna się 1) w dniu wejścia w życie ustawy w nowym brzmieniu, czy też 2) rozpoczyna się dopiero w sytuacji, gdy po wejściu ustawy w życie zaległość przekroczy wskazaną wysokość, bądź 3) dopiero od wejścia ustawy w życie należy liczyć narastanie zaległości alimentacyjnej, a zatem pierwsze takie czyny byłyby popełnione po upływie 3 miesięcy.

Dla rozstrzygnięcia powyższego dylematu istotne znaczenie ma fakt, że przestępstwo z art. 209 § 1 k.k. jest przestępstwem trwałym, tj. polega ono na wywołaniu i utrzymywaniu określonego skutku przestępczego. Stan ten utrzymuje sprawca swoim zaniechaniem, choć usunąć go może przez wykonywanie ciężącego na nim obowiązku alimentacyjnego²⁴. Nie sposób więc przyjąć, że istnieją podstawy do różnicowania sytuacji prawnej sprawcy, który w dniu wejścia w życie ustawy zalega z płatnością alimentów za okres 3 miesięcy, oraz sprawcy, który dopiero następnego dnia przekracza wskazany próg. Treść przepisu przejściowego, który stanowi, że ustawa wchodzi w życie po 14 dniach od jej ogłoszenia,

²² M. Małeck i, *Przestępstwo niealimentacji w perspektywie zmian (uwagi do rządowego projektu nowelizacji art. 209 k.k. z dnia 28 października 2016 r.)*, CZPKiNP 2016, nr 4, s. 42–43.

²³ J. Kosonoga, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2017, art. 209, teza 3, dostęp: Legalis.

²⁴ J. Jodłowski, *op. cit.*, s. 923–924.

nie daje także podstaw do przyjęcia, że zaległości alimentacyjne powstałe przed tą datą nie mogą być brane pod uwagę. Penalizowane jest więc nie tylko doprowadzenie do takiego stanu zaległości, ale i jego utrzymywanie, choćby w dniu wejścia w życie ustawy.

Założenie odmienne powodowałoby, że w każdej sprawie o czyn z art. 209 k.k. należałoby wyodrębnić część zaległości, która powstała po wejściu w życie ustawy. Byłoby to o tyle kłopotliwe, że mogłyby powstać spory dotyczące prawidłowego zarachowania kwot uiszczonych na poczet świadczeń wymagalnych przed lub po wejściu w życie ustawy.

Ubocznie należy odwołać się do poglądu z orzecznictwa wyrażonego m.in. na gruncie art. 242 § 3 k.k., zgodnie z którym okoliczność, że przestępstwo ma charakter trwały oznacza, że sprawca popełnia określony nim czyn przez cały okres jego trwania²⁵. Sąd Najwyższy przyjął wówczas, że kryminalizacja zachowania polegającego na zaniechaniu powrotu do jednostki penitencjarnej po okresie udzielonej przerwy i dalszych 3 dni dotyczy także osób, które nie powróciły do zakładu karnego przed dniem wejścia w życie ustawy i tym samym utrzymują bezprawny stan, polegający na nieuprawnionym przebywaniu na wolności. Pogląd ten bez przeszkód może stanowić wskazówkę interpretacyjną w odniesieniu do czynu z art. 209 k.k.

Poszerzenie kryminalizacji przez rezygnację ze skutkowego charakteru czynu w typie podstawowym i wprowadzenie umyślnego typu kwalifikowanego z uwagi na skutek

W dotychczasowym stanie prawnym przestępstwo określone w art. 209 § 1 k.k. należało do przestępstw materialnych. Niezbędnym warunkiem jego dokonania było, aby uchylenie się od obowiązku alimentacyjnego spowodowało skutek w postaci narażenia pokrzywdzonego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych²⁶. W ramach omawianej nowelizacji ustawodawca zrezygnował z wymienionego znamienia jako przesłanki przestępności czynu, czyniąc z niego znamię typu kwalifikowanego z § 1a.

W § 1 ustawodawca wprowadził całkowicie nowy typ czynu zabronionego, co prawda zagrożony niższą karą (grzywna, ograniczenie wolności lub pozbawienie wolności do roku), jednakże obejmujący zachowania

²⁵ Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 7 września 2000 r., sygn. I KZP 22/00, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 79.

²⁶ Wyrok SN z dnia 29 maja 2012 r., sygn. II KK 106/12, OSNKW 2012, nr 10, poz. 107.

dotychczas nie wyczerpujące znamion przestępstwa. Tym samym doszło do rozszerzenia zakresu kryminalizacji czynu z art. 209 k.k. na zachowania, które nie niosą za sobą jeszcze zagrożenia dla zapewnienia uprawnionemu zaspokojenia jego podstawowych potrzeb.

Rozwiązanie to budzi najdalej idące kontrowersje w doktrynie i jest krytykowane z punktu widzenia zasady *ultima ratio* prawa karnego²⁷. Podnosi się też, że jest to forma karania za niewywiązywanie się ze zobowiązań cywilnoprawnych, niezależnie od kondycji finansowej uprawnionego²⁸. Z drugiej strony wyrażano też stanowisko, że ustawodawca dotychczas niejako zwalniał niektórych sprawców z odpowiedzialności karnej za nierealizowanie obowiązku alimentacyjnego, np. gdy ciężar utrzymania osoby uprawnionej spoczywał na jeszcze innej osobie (np. drugim rodzicu dziecka) i był realizowany przez nią w sposób wystarczający do zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych²⁹.

Poglądom krytycznym nie można jednoznacznie odmówić racji, a stojące za nimi obawy nie są błahе. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że przestępstwem wciąż pozostaje czyn społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy (art. 1 § 2 k.k.). Sama wysokość zaległości alimentacyjnej jest tylko jednym z wielu czynników determinujących stopień społecznej szkodliwości w rozumieniu art. 115 § 2 k.k.

Jeżeli zachowanie sprawcy nie tylko nie naraża uprawnionego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, ale wręcz nie mogłoby go narazić na jakiegokolwiek inne ujemne konsekwencje (np. z uwagi na wyraźną różnicę w statusie materialnym uprawnionego i obowiązowanego) albo motywy uchylania się od obowiązku alimentacyjnego nie są szczególnie naganne (przykładowo: zaspokajanie potrzeb innych uprawnionych, z którymi obowiązany zamieszkuje, lub próby zatajania źródła dochodów przez uprawnionego), stopień społecznej szkodliwości może zostać uznany za znikomy.

Z drugiej strony, społecznie szkodliwe w wyższym stopniu będą zachowania wyraźnie nacechowane złą wolą i lekceważącym stosunkiem do obowiązku opieki, w wyniku których zajdzie uszczerbek w usprawiedliwionych potrzebach uprawnionego, innych niż podstawowe.

W tym kontekście nie sposób pominąć także charakteru relacji między uprawnionym a zobowiązanym do alimentacji. Społeczna szkodliwość czynu będzie na ogół wyższa w przypadkach nierealizowania obowiązku

²⁷ Krytykę tego rozwiązania, z przytoczeniem licznych argumentów przedstawił M. Małeckki, *op. cit.*, s. 35–61.

²⁸ S. Hypś, *op. cit.*, teza 3.

²⁹ Tamże, teza 34.

alimentacyjnego przez rodziców wobec małoletnich dzieci, niż np. między rodzeństwem. Jednakże należy przywołać pogląd z orzecznictwa, w którym słusznie podniesiono, że „z samego faktu, iż pokrzywdzonymi są dzieci, ustawodawca nie nakazał wyprowadzenia wniosku, iż czyn w konkretnych warunkach nie może być oceniany jako społecznie szkodliwy w stopniu znikomym. Fakt pokrzywdzenia dzieci oceniany jest łącznie z pozostałymi elementami wyznaczającymi społeczną szkodliwość zachowania sprawcy i sam w sobie nie może uchodzić za przesłankę wyłączającą taką ocenę”. Pogląd ten tylko potwierdza, że ocena społecznej szkodliwości czynu powinna być zawsze dokonywana w sposób kompleksowy. Jeżeli w danych okolicznościach sprawy zachodzą przesłanki zarówno podmiotowe, jak i przedmiotowe, świadczące o znikomym stopniu społecznej szkodliwości czynu, to postępowanie karne należy umorzyć na podstawie art. 17 § 1 pkt 3 k.p.k.

Należy zauważyć że wprowadzenie przestępstwa formalnego z art. 209 § 1 k.k. powoduje istotne konsekwencje praktyczne, które wymagają w tym miejscu omówienia.

Jak wynika 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. Fikcja, zgodnie z którą czyn jest popełniony w kilku miejscach jednocześnie, dotyczy wyłącznie przestępstw znamionowanych skutkiem. Jeżeli zaś chodzi o przestępstwa formalne, mogą one zostać popełnione wyłącznie w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany.

Nie jest jednak jasne, czy przestępstwo niealimentacji, będące typowym przestępstwem z zaniechania, zostaje popełnione w miejscu, w którym sprawca przebywa w momencie zaniechania, czy też w miejscu realizacji obowiązku ciążącego na sprawcy, od którego realizacji się uchylił³⁰.

W związku z upowszechnieniem się obrotu pieniężnego bezgotówkowego, związanego z łatwością dostępu do bankowości elektronicznej, na gruncie art. 209 § 1 k.k. sprawca na ogół ma możliwość zrealizowania swojego obowiązku w każdym miejscu, w którym przebywa. Należy jednak zauważyć, że powiązanie miejsca popełnienia czynu w formie zaniechania z miejscem pobytu sprawcy wielokrotnie uniemożliwiłoby pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności z tego tylko powodu, że miejsce to byłoby nieustalone. Wydaje się zatem, że miejsce popełnienia czynu na-

³⁰ Tamże, teza 45.

leży w tym przypadku wiązać z miejscem pobytu pokrzywdzonego, tym bardziej, że orzeczenia określające wysokość obowiązku alimentacyjnego na ogół operują zwrotem „płatnych do rąk” uprawnionego.

Powyższy dylemat nabiera szczególnie doniosłego znaczenia w sytuacji, gdy sprawca nie naraża uprawnionego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb, ten zaś przebywa poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej. Wówczas aktualizuje się zagadnienie odpowiedzialności za czyny popełniane poza granicami państwa. Taki dylemat zachodzi również w wypadku podzielenia zapatrywania, że sprawca dopuszcza się czynu z art. 209 § 1 k.k. wyłącznie w miejscu, w którym przebywa.

Zagadnienie to jest o tyle istotne, że kwestia ścigalności alimentów od osób przebywających w innym państwie, niż pokrzywdzony, budzi poważne trudności w praktyce wymiaru sprawiedliwości³¹. Zgodnie z art. 111 § 1 k.k. warunkiem odpowiedzialności za czyn popełniony za granicą jest uznanie takiego czynu za przestępstwo również przez ustawę obowiązującą w miejscu jego popełnienia.

Niepłacenie alimentów podlega penalizacji w takich państwach europejskich, jak Hiszpania, Francja, Albania, Łotwa, Szwajcaria, Słowenia, Chorwacja, Niemcy, Węgry. Z kolei bułgarski kodeks karny z 1968 roku w art. 182 penalizuje czyn polegający na tym, że rodzic nie wypełnia lub w jakikolwiek sposób narusza decyzję sądu dotyczącą wykonywania obowiązków rodzicielskich³².

Niealimentacja nie jest czynem zabronionym w krajach skandynawskich (Dania, Finlandia, Szwecja, Norwegia, Islandia) i w niektórych państwach południowej Europy, jak na przykład w Portugalii³³. Dopiero gdyby sprawca naraził uprawnionego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, z uwagi na skutek występujący na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności na mocy przepisów polskiej ustawy karnej.

Dodatkowo w odniesieniu do cudzoziemców popełniających przestępstwo za granicą, jak to wynika z art. 110 § 1 k.k., polska ustawa karna znajduje zastosowanie w razie popełnienia czynu skierowanego przeciwko interesom obywatela polskiego. Nie budzi zatem wątpliwości, że cu-

³¹ Por. M. Rzewuska, Skuteczność egzekwowania świadczeń alimentacyjnych należnych małoletnim od dłużników ukrywających się za granicą, *Palestra* 2011, nr 11–12, poz. 76–82.

³² A. Chelstowska, Alimenty na dzieci – diagnoza polskiego systemu i przegląd praktyk zagranicznych, s. 51–56; dostęp: https://pl.boell.org/sites/default/files/alimenty_agata_chelstowska.pdf, na dzień 11 grudnia 2017 r.

³³ Tamże.

dzoziemiec, co do którego wysokość zaległości alimentacyjnej przekracza sumę 3 okresów świadczeń, nie popełnia przestępstwa z art. 209 § 1 k.k. w stosunku do uprawnionego, który nie jest obywatelem polskim, jeżeli nie naraża go na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych.

Jeżeli zaś chodzi o typ kwalifikowany wprowadzony w art. 209 § 1a k.k., wskazać należy, że nie jest tu wymagany element bezpośrednio niebezpieczeństwa niemożności zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, bowiem jeśli ustawodawca tego wymaga, wyraźnie zaznacza to w treści normy sankcjonowanej (np. art. 160 k.k.)³⁴. Chodzi więc o wszelkie zagrożenie dla zaspokojenia tych potrzeb uprawnionego.

Strona podmiotowa przewidziana w art. 209 § 1a k.k. nie odpowiada konstrukcji tzw. winy kombinowanej z art. 9 § 3 k.k. Ustawodawca nie wskazał bowiem na skutek jako „następstwo”, lecz opisał go w formie czasownikowej. Tym samym dla wyczerpania znamion typu kwalifikowanego konieczne jest, by stronę podmiotową zachowania sprawcy cechowała umyślność. Słusznie podniesiono, że możliwa jest także sytuacja, w której sprawca zarówno zrealizowanie znamion typu podstawowego, jak i realizację znamienia kwalifikującego obejmuje zamiarem ewentualnym³⁵.

Wprowadzenie klauzul niepodlegania karze i odstąpienia od jej wymierzenia z uwagi na uiszczenie całości należności

Istotnym *novum* legislacyjnym jest dodanie w art. 209 k.k. obligatoryjnej klauzuli „nie podlega karze” w przypadku sprawcy przestępstwa z art. 209 § 1 k.k., który nie później niż przed upływem 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego uiścił w całości zaległe alimenty (§ 4). Wprowadzono też podobną klauzulę, polegającą na odstąpieniu od wymierzenia kary przez sąd wobec sprawcy czynu z art. 209 § 1a k.k. Co jednak istotne, zastosowanie tej drugiej klauzuli uzależniono od tego, czy wina i społeczna szkodliwość czynu nie przemawiają przeciwko takiemu rozstrzygnięciu (§ 5).

Przepisy te w swoim założeniu mają na celu poprawienie ściągalności alimentów. Stanowią w istocie o zaniechaniu pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej pomimo tego, że przestępstwo zostało już do-

³⁴ A. Wąsek, (w:) A. Wąsek (red.) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom I, Warszawa 2004, s. 1024.

³⁵ J. Kosonoga, *op. cit.*, teza 16.

konane. W pierwszym wypadku dochodzi bowiem do umorzenia postępowania, zaś w drugim do skazania bez wymierzenia kary.

Wyłączną przesłanką „niepodlegania karze”, która ma czysto obiektywny charakter i nie poddaje się ocennemu wartościowaniu, jest uiszczenie w całości zaległych alimentów oraz zachowanie terminu 30 dni od dnia pierwszego przesłuchania w charakterze podejrzanego. W doktrynie zasadnie podniesiono wątpliwości co do tego, czy chodzi o uiszczenie całej zaległości alimentacyjnej ujętej w opisie czynu postanowienia o przedstawieniu zarzutów, czy też całej zaległości w znaczeniu faktycznym. Nie zawsze zachowanie aktualności zarzutu jest bowiem możliwe. Do pomyślenia są przecież sytuacje, gdy do przesłuchania nie doszło w momencie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, z uwagi na ukrywanie się podejrzanego lub jego nieobecność w kraju³⁶. Może się też zdarzyć, że pomimo przesłuchania w dacie wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów, przed upływem 30-dniowego terminu na uiszczenie zaległości kolejna rata alimentacyjna stanie się wymagalna.

Rozstrzygając ten dylemat należy odwołać się do słownikowego znaczenia słowa „całość” jako „wszystkich części czegoś”. Tym samym w art. 209 § 4 i 5 k.k. mowa jest o wszystkich elementach zobowiązania z tytułu alimentów³⁷. Takiemu rozumieniu przepisu nie stoją na przeszkodzie względy wykładni funkcjonalnej. Podstawową funkcją § 4 o 5 jest zwiększenie ściągalności alimentów. Ten cel nie zostałby osiągnięty w sytuacji, gdyby obowiązany do alimentacji mógł za każdym razem wpłacić zaległość za trzy okresy płatności po przesłuchaniu go w charakterze podejrzanego, odraczając w ten sposób termin płatności. Wraz z narastaniem zaległości alimentacyjnej uniknięcie odpowiedzialności karnej powinno być dla takiego sprawcy trudniejsze, czemu sprzyja literalna wykładnia art. 209 § 4 i 5 k.k.

Określenie ustawy względniejszej – podsumowanie

Przy tak radykalnej przebudowie konstrukcji normatywnej czynu z art. 209 k.k. problematyczne staje się określenie, która ustawa będzie *in concreto* względniejsza dla sprawcy. Należy od razu zaznaczyć, że w wielu sytuacjach do takich dylematów w ogóle nie dojdzie. Obowiązkiem sądu jest zbadanie, czy utrzymuje się stan przestępny wychodzący

³⁶ Tamże, teza 20.

³⁷ Tamże, teza 22.

poza granice czasu wskazane w akcie oskarżenia³⁸. Na gruncie tego poglądu ukształtowała się praktyka ustalania, że czyn z art. 209 k.k., trwający nadal w toku postępowania karnego, popełniony został w okresie do dnia wydania nieprawomocnego wyroku.

Choć czasem popełnienia przestępstwa trwałego jest okres od rozpoczęcia do zakończenia okresu utrzymywania bezprawnego stanu faktycznego, skutki prawne popełnienia czynu określa się na datę zakończenia tego okresu. Pogląd ten znajduje potwierdzenie w najnowszej judykaturze, w której przyjmuje się, że reguła, zgodnie z którą zmiana ustawodawstwa karnego nie może działać na niekorzyść sprawcy (art. 4 § 1 k.k.) nie dotyczy zmiany ustawy w trakcie popełnienia przestępstwa trwałego, którego czas popełnienia określa ostatnie zachowanie lub moment przerwania stanu bezprawnego³⁹.

W ramach podsumowania należy wymienić sytuacje, w których zajdzie konieczność zastosowania art. 4 k.k., a więc gdy okres niealimentacji ustał przed dniem 31 maja 2017 r. Nowa ustawa, w brzmieniu od 31 maja 2017 r., jest względniejsza dla oskarżonego, który:

- nie realizował obowiązku alimentacyjnego mającego źródło jedynie w ustawie – w tym przypadku doszło bowiem do dekryminalizacji i zatarcia skazania z mocy art. 4 § 4 k.k.;
- co prawda postępował uporczywie, a nawet narażał uprawnionego na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, ale wysokość zaległości alimentacyjnej nie przekroczyła sumy świadczeń za trzy okresy płatności.

Scope of criminalisation for failure to pay maintenance, following the amendment made in 2017

Abstract

This paper discusses the amendment to Article 209 of the Penal Code, made by the Act of 23 March 2017 (Journal of Laws, item 952) amending the Act – Penal Code, and by the Act on the assistance to

³⁸ Por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 27 lutego 2002 r., sygn. II KKN 17/00, OSNKW 2002, nr 7–8, poz. 55.

³⁹ Postanowienie SN z dnia 18 grudnia 2015 r., sygn. III KK 300/15, LEX nr 1943848.

maintenance creditors. The impact of the amended criteria for an offence of failure to pay maintenance on the scope of criminalization is examined. Despite a visible trend to extend the applicability of Article 209 of the Penal Code to include a broader range of behaviours, there are instances where acts, which used to satisfy the criteria of the said provision, have been decriminalised now. Attention is also paid to practical aspects of the amendment, including specifically potential problems with interpretation of Article 209 as amended.

Michał Głuchowski

Prowadzenie roweru po spożyciu alkoholu w prawie polskim i niemieckim¹

Streszczenie

Polski ustawodawca w 2013 r. dokonał kontrawencjonalizacji prowadzenia pojazdu innego niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości. Tymczasem w Niemczech podnoszone są postulaty zaostrzenia obowiązującego prawa w kierunku zbliżonym do dawnej polskiej regulacji. Obecnie niemieckie unormowanie rezygnuje z liczbowej granicy stężenia alkoholu we krwi na rzecz kryterium „zdolności do prowadzenia pojazdu”. Porównanie regulacji i doświadczeń obu państw oraz najnowszych niemieckich badań z dziedziny medycyny ruchu drogowego pozwala wyciągnąć wniosek, że polska reforma była słuszna, a ponadto warte rozważenia byłoby złagodzenie obecnego progu dopuszczalnego stężenia alkoholu we krwi. Niemiecka reforma nie wydaje się konieczna, jednak jej wprowadzenie nie niesłoby ze sobą tak negatywnych skutków jak dawna polska regulacja.

W ostatnim czasie w Polsce i w Niemczech wyraźnie wzrosło zainteresowanie problematyką kierowania rowerem po spożyciu alkoholu. Tendencje w obu państwach zmierzają jednak w przeciwnych kierunkach. W Polsce złagodzono reakcję prawnokarną, usuwając z Kodeksu karnego² z dniem 9 listopada 2013 r.³ przestępstwo bezskutkowego prowadzenia w stanie nietrzeźwości pojazdu innego niż mechaniczny – czyn ten jest obecnie karany wyłącznie jako wykroczenie. Z kolei w Niemczech nasilają się postulaty zaostrzenia obowiązującego prawa.

¹ Poniższy artykuł jest znacznie rozszerzoną i zaktualizowaną wersją artykułu opublikowanego w języku niemieckim: Die Trunkenheit mit einem Fahrrad im deutschen und im polnischen Recht. Neue Tendenzen an der Grenze zwischen Straftat und Ordnungswidrigkeit, Blutalkohol vol. 53 (2016), nr 4, suplement II s. 45–53.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2204).

³ § 2 art. 178 k.k. został skreślony przez art. 12 pkt 3 ustawy z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

Aktualnie czyn ten karany jest jedynie w poważniejszych przypadkach jako przestępstwo, ale proponuje się uzupełnienie domniemanej luki karalności przez wprowadzenie wykroczenia obejmującego łagodniejsze przypadki prowadzenia pojazdu niemechanicznego pod wpływem alkoholu. Proponowany w Niemczech system reakcji, obejmujący karanie łagodniejszych przewinień jako wykroczeń i cięższych jako przestępstw, przypomina w dużym uproszczeniu model, z którego Polska niedawno zrezygnowała. Tym samym warto porównać unormowania dotyczące pijanych rowerzystów w obu państwach, które będą stanowić punkt wyjścia dla ogólnych rozważań o reakcji prawnokarnej na to zjawisko.

I. Polskie unormowanie

1. Dawne regulacje

Polska regulacja prowadzenia pojazdów innych niż mechaniczne po spożyciu alkoholu⁴ była na przestrzeni lat dość chwiejna⁵. Odpowiedzialność karną za ten czyn wprowadziła ustawa z dnia 10 grudnia 1959 r. o zwalczaniu alkoholizmu⁶, która wyraźnie zaostrzała represyjność szeroko zakrojonej polityki antyalkoholowej⁷. Ustawa ta przewidywała karanie jako przestępstwa zarówno prowadzenia pojazdu mechanicznego w stanie nietrzeźwości (art. 28 § 1), jak i prowadzenia w tym stanie innego pojazdu na drodze publicznej (art. 28 § 2). „Stan nietrzeźwości” nie został zdefiniowany w ustawie, ale w praktyce przyjęto jego spełnienie przy stężeniu alkoholu we krwi przekraczającym 0,5‰⁸.

⁴ Przegląd uchwalonych regulacji oraz projektów ustaw dotyczących prowadzenia pojazdów mechanicznych i innych pojazdów prezentuje R. A. Stefański, *Zasadność kontrawencjonalizacji prowadzenia w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego pojazdu niemechanicznego*, Prok. i Pr. 2014, nr 4, s. 49–58.

⁵ Krytycznie wobec braku spójnej koncepcji ustawodawcy w odniesieniu do wszelkich pojazdów J. Jakubowska-Hara, *Z problematyki bezwypadkowego prowadzenia pojazdu pod wpływem alkoholu lub podobnie działającego środka*, (w:) J. Piórkowska-Flieger, I. Nowikowski, A. Michalska-Warias (red.), *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, Lublin 2011, s. 375–376.

⁶ Dz. U. Nr 69, poz. 434.

⁷ Szerzej i krytycznie wobec czysto represyjnych metod reakcji zawartych w ustawie M. Łysko, *Orzecznictwo karno-administracyjne w walce z alkoholizmem w okresie gomułkowskim*, *Z dziejów Prawa*, t. 4 (12), Katowice 2011, s. 258–279.

⁸ Wytoczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach przestępstw drogowych z dnia 22 czerwca 1963 r., teza 7 (M.P. z 1963 r., Nr 70, poz. 348).

Prowadzenie pojazdu mechanicznego w tym stanie było zagrożone karą aresztu do lat 2, karą grzywny do 5000 zł albo obiema karami łącznie⁹. Prowadzenie pojazdu niemechanicznego było natomiast karane nieco łagodniej – za ten czyn groziła kara aresztu do roku lub kara grzywny do 5000 zł.

Po kilku latach funkcjonowania tych przepisów zauważono, że w praktyce orzekane są kary bliższe dolnej granicy widełek zagrożenia ustawowego, możliwe do orzekania również za wykroczenia¹⁰. W związku z tym ustawodawca zdecydował się na kontrawencjonalizację prowadzenia obu rodzajów pojazdów po spożyciu alkoholu. Powyższe przepisy karne zostały uchylone¹¹ wraz z wejściem w życie Kodeksu wykroczeń¹² dnia 1 stycznia 1972 r., a nowa regulacja została zawarta w jego art. 87. O ile widełki zagrożenia ustawowego zostały złagodzone, to przesłanka „stan nietrzeźwości” została zastąpiona terminem „stan wskazujący na użycie alkoholu”, który przyjmowano przy stężeniu alkoholu we krwi przekraczającym już 0,2‰¹³ (a od 1 października 1991 r. osiągającym lub przekraczającym tę wartość¹⁴). Tym samym osoby prowadzące pojazd przy tak niskim stężeniu alkoholu we krwi oraz osoby prowadzące go przy wyso-

⁹ Ponadto sąd obligatoryjnie orzekał karę dodatkową utraty prawa prowadzenia pojazdów mechanicznych na okres od 6 miesięcy do 10 lat (art. 31 § 1), a jeśli sprawca nie posiadał takich uprawnień, sąd orzekał zakaz nadania mu takiego uprawnienia (art. 31 § 6).

¹⁰ Z tego względu autorzy nowego Kodeksu karnego z dnia 19 kwietnia 1969 r. (Dz. U. Nr 13, poz. 94) nie umieścili w nim tego przestępstwa – Projekt kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających kodeks karny, Warszawa 1968, s. 136.

¹¹ Art. VI pkt 10 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. – Przepisy wprowadzające kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 12, poz. 115).

¹² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 1094).

¹³ Wytoczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach przestępstw drogowych z dnia 22 czerwca 1963 r., teza 7 (M.P. 1963 r., Nr 70, poz. 348). Przyjęte w praktyce definicje stanu po użyciu alkoholu i stanu nietrzeźwości zostały usankcjonowane ustawowo w art. 46 ust. 2 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 487) według jego pierwotnego brzmienia (Dz. U. z 1982 r., Nr 35, poz. 230). Zarówno polskie, jak i niemieckie ustawy przy definiowaniu progów intoksykacji posługują się alternatywnie stężeniem alkoholu we krwi i obecnością alkoholu w wydychanym powietrzu, ale dla zachowania zwięzłości w niniejszym artykule podawane są tylko te pierwsze wartości (stężenie 0,1‰ alkoholu we krwi odpowiada obecności 0,05 mg alkoholu w 1 dm³ w wydychanym powietrzu).

¹⁴ Art. 46 ust. 2 ustawy o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi w brzmieniu nadanym przez art. 5 ustawy z dnia 27 lipca 1991 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. Nr 73, poz. 321).

kim stężeniu alkoholu były traktowane na poziomie przepisów w sposób bardzo zbliżony¹⁵.

2. Reforma z 2000 r.

Zasadniczy zwrot nastąpił w 2000 r., kiedy to ustawodawca, utrzymując uregulowane w art. 87 k.w. wykroczenie prowadzenia pojazdu przy stężeniu alkoholu wynoszącym co najmniej 0,2‰, wprowadził¹⁶ do Kodeksu karnego w art. 178a przestępstwo prowadzenia pojazdu mechanicznego (§ 1) lub innego niż mechaniczny (§ 2) w stanie nietrzeźwości, czyli przy przekroczeniu progu 0,5‰ alkoholu we krwi (art. 115 § 16 k.k.). W pierwszym przypadku sprawcy groziła kara grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2; w razie prowadzenia pojazdu niemechanicznego górna granica zagrożenia była obniżona do jednego roku pozbawienia wolności.

Ustawodawca uzasadniał zaostrenie regulacji koniecznością skuteczniejszego „zwalczania plagi społecznej, jaką jest prowadzenie pojazdów mechanicznych (wyróż. Autora) przez nietrzeźwych kierowców, kończące się bardzo często wypadkami komunikacyjnymi, w których tracą życie i zdrowie tysiące osób”, a na poparcie tej tezy przytoczył dane statystyczne z dwóch poprzednich lat¹⁷. Również przy lekturze całości uzasadnienia trudno oprzeć się wrażeniu, że ustawodawca miał przed oczami jedynie kierowców pojazdów mechanicznych, a nie wskazał, czy zaostrenie represji jest wskazane wobec prowadzących inne pojazdy¹⁸. Odpowiedzi na to pytanie udzielają dane statystyczne, w szczególności raport GDDKiA¹⁹ obejmujący lata 2008–2011.

¹⁵ Jedyna zasadnicza różnica polegała na tym, że orzeczenie zakazu prowadzenia pojazdów mechanicznych było fakultatywne przy stężeniu od 0,2‰ do 0,5‰, a powyżej niego obligatoryjne (art. 87 § k.w.). Przepis ten dotyczył jednak tylko osób dopuszczających się prowadzenia pojazdów mechanicznych wg § 1, więc był on bez znaczenia z perspektywy rowerzystów.

¹⁶ Art. 1 pkt 7 ustawy z dnia 14 czerwca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz. U. Nr 48, poz. 548).

¹⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 10 marca 1999 r. (Druk Sejmowy nr 1019), *in principio*.

¹⁸ D. Zając, Dysproporcja społecznej szkodliwości czynów opisanych w art. 178a Kodeksu karnego. Analiza statystyk Komendy Głównej Policji, PnD 2013, nr 5, s. 40–41; A. Krzyżewska, Kontrowersje związane z reakcją prawnokarną na prowadzenie pojazdu innego niż mechaniczny w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego w aspekcie bezpieczeństwa ruchu drogowego, Logistyka 2014, nr 3, s. 3419.

¹⁹ Zdarzenia drogowe z udziałem rowerzystów w latach 2008–2011, https://www.gddkia.gov.pl/userfiles/articles/i/infrastruktura-rowerowa_3000/zdarzenia_rowerowe_2008_2011.pdf. Na ten raport powołuje się ustawodawca w uzasadnieniu projektu ustawy skreślającej art. 178a § 2 k.k. z dnia 8 listopada 2012 r. (druk sejmowy nr 870), s. 135–316.

Zgodnie z raportem w tych latach co czternasty rowerzysta uczestniczący w zdarzeniu drogowym był po spożyciu alkoholu. Jeśli odejmiemy rowerzystów, którzy nie ponoszą winy za zdarzenie, to odsetek ten spada – pijane osoby na rowerach spowodowały około 5% tych zdarzeń. W liczbach absolutnych rowerzyści po spożyciu alkoholu powodowali średnio niespełna 595 zdarzeń rocznie²⁰.

Spośród wszystkich ofiar śmiertelnych wypadków spowodowanych przez nietrzeźwych kierowców jedynie 2–3% straciło życie w wypadku spowodowanym przez pijanego rowerzystę. Szczególnego podkreślenia wymaga, że w wypadkach powodowanych przez nietrzeźwych rowerzystów ofiarami śmiertelnymi są prawie wyłącznie oni sami. Na przestrzeni 6 lat (2006–2011) w wypadkach spowodowanych przez nich zginęła tylko jedna osoba inna niż sam rowerzysta. Z kolei spośród rowerzystów, którzy stracili życie w wypadku drogowym, ok. 5–6% znajdowało się po spożyciu alkoholu (średnio 21 osób rocznie), a po pominięciu rowerzystów, którzy nie przyczynili się do wypadku, odsetek wynosi 3–4% (średnio 15,5 osoby rocznie)²¹.

Można więc stwierdzić, że rozmiary zagrożenia stwarzanego przez pijanych rowerzystów – zarówno dla otoczenia, jak i dla siebie samych – są nieporównywalnie mniejsze niż w przypadku pijanych kierowców pojazdów mechanicznych. Niestety zaostrzenie represji wobec rowerzystów nie spowodowało, by to zagrożenie jeszcze zmalało – podczas niespełna 13-letniego okresu obowiązywania tych przepisów nie zaobserwowano wyraźnego oddziaływania odstraszającego rowerzystów od jazdy po spożyciu alkoholu²².

Choć wpływ na bezpieczeństwo na drogach był nikły, to wprowadzenie art. 178a § 2 k.k. miało znaczące skutki społeczne i ekonomiczne. Pomijając pierwszy rok funkcjonowania przepisu, na jego podstawie skazywano co roku od ponad 50 tys. do prawie 80 tys. osób²³. Liczba ta

²⁰ GDDKiA, Zdarzenia drogowe z udziałem rowerzystów w latach 2008–2011, s. 36.

²¹ *Ibidem*.

²² W. Kotowski, Nietrzeźwość rowerzysty ponownie wykroczeniem, WPP 2013, nr 4, s. 113; M. Jankowski, Prowadzenie pojazdu w stanie nietrzeźwości lub pod wpływem środka odurzającego (art. 178a k.k.) – wyniki badania aktowego, (w:) A. Siemaszko (red.), Prawo w działaniu, t. 8: Sprawy karne, Warszawa 2010, s. 45; R. A. Stefański, Kryminalizacja zachowań w ruchu drogowym, (w:) S. Pikułski, M. Romańczuk-Grącka (red.), Granice kryminalizacji i penalizacji, Olsztyn 2013, s. 205; por. też uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Druk sejmowy nr 870), s. 136.

²³ Szczegółowe dane na lata 2001–2012 podaje R. A. Stefański, Kryminalizacja..., *op. cit.*, s. 204; nieco odmienne, choć zbliżone liczby na podstawie danych Wydziału

niewiele ustępowała, a w latach 2004²⁴–2006 wręcz przewyższała liczbę osób skazanych za prowadzenie pojazdu mechanicznego²⁵. Również rodzaj sankcji orzeczonych na podstawie art. 178a § 2 k.k. nie odbiegał tak dalece od tych orzeczonych wobec nietrzeźwych kierowców pojazdów mechanicznych, jak mogłaby to sugerować dysproporcja stwarzanego przez nich zagrożenia. Karę pozbawienia wolności orzeczono w ponad 30% skazań z § 2. Wprawdzie wykonanie ponad 95% tych kar było warunkowo zawieszane, ale przy tak dużej sumie skazań również liczba bezwzględnych kar pozbawienia wolności nie była pomijalnie mała. Decydujące znaczenie miały jednak dwa inne czynniki: po pierwsze, liczne zawieszane kary pozbawienia wolności były następnie odwieszane²⁶; po drugie, orzeczono dużą liczbę zastępczych kar pozbawienia wolności. Zakłady karne zaczęły gwałtownie wypełniać się osobami skazanymi na podstawie art. 178a § 2 k.k. O ile w więzieniach z tego powodu znajdowało się pod koniec 2006 r. 352 osadzonych, a w 2007 r. 1750 osób, to już w roku 2008 r. ich liczba skoczyła do 10 928, by potem nadal rosnąć, ale już w spokojniejszym tempie – w 2011 r. przebywały w zakładach karnych 12 794 osoby skazane na podstawie tego paragrafu²⁷. Również na tle całej populacji więziennej liczby te są uderzająco wysokie – pod koniec roku 2011 w zakładach karnych odbywało karę 72 692 skazanych²⁸, więc 17,6% z nich stanowiły osoby skazane za prowadzenie pojazdów niemechanicznych w stanie nietrzeźwości. Od początku czerwca 2008 r. do 10 czerwca 2013 r. karę pozbawienia wolności orzeczoną na podstawie art. 178a § 2 k.k. odbyły lub odbywały 54 623 osoby (22 385 skazanych odbywało kary

Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości za lata 2001–2010 podaje S. Leleńtał, Społeczne i ekonomiczne skutki kryminalizacji bezwypadkowego prowadzenia w stanie nietrzeźwości pojazdu innego niż mechaniczny – art. 178a § 2 k.k., (w:) S. Piłkułski, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Granice kryminalizacji i penalizacji*, Olsztyn 2013, s. 291.

²⁴ Według danych przytaczanych przez S. Leleńtała również w 2003 roku – *Społeczne...*, *op. cit.*, s. 290–291.

²⁵ R. A. Stefański, *Kryminalizacja...*, *op. cit.*, s. 204.

²⁶ Odmienne jednak D. Zając, *Krytycznie o metodzie dekryminalizacji prowadzenia w stanie nietrzeźwości pojazdu innego niż mechaniczny*, *CzPKiNP* 2013, nr 1, s. 31–33, który bagatelizuje dolegliwość orzeczonych kar pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania i liczbę kar faktycznie wykonanych. Pogląd ten trafnie krytykuje R. A. Stefański, *Zasadność...*, *op. cit.*, s. 59–61.

²⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Druk sejmowy nr 870), s. 135.

²⁸ GUS, *Rocznik statystyczny Rzeczypospolitej Polskiej 2012*, Warszawa 2012, s. 178.

zasadnicze, w tym kary odwieszane, a 32 238 kary zastępcze)²⁹. Na tej podstawie S. Leleńtal szacuje, że podczas całego, niespełna 13-letniego okresu obowiązywania tego przepisu karę pozbawienia wolności za prowadzenie roweru w stanie nietrzeźwości odbywać mogło ponad 100 tys. skazanych³⁰.

Ponoszenie kosztów utrzymywania³¹ tak znacznej liczby osób przebywających w zakładach karnych zostało uznane przez ustawodawcę za nieproporcjonalnie duże obciążenie dla budżetu³². Dodać trzeba, że utrzymywanie w więzieniach rzeszy sprawców czynu o stosunkowo niskim ciężarze gatunkowym było szczególnie rażące na tle faktu, że Polska zmaga się z wysokim współczynnikiem prizonizacji (pod koniec 2011 r. – niecałe 189 osadzonych odbywających karę pozbawienia wolności na 100 tys. mieszkańców³³) oraz długą kolejką osób oczekujących na odbycie kary, więc zajmowali oni miejsca czekającym na osadzenie osobom skazanym za znacznie poważniejsze czyny³⁴.

Najważniejsze ujemne skutki represji dotyczyły jednak nie interesów państwa, ale samych skazanych. Negatywne następstwa kar izolacyjnych są powszechnie znane, a trzeba podkreślić, że skazani za jazdę rowerem w stanie nietrzeźwości umieszczani byli zazwyczaj w zakładach typu zamkniętego³⁵. Pomijając samą jazdę po spożyciu alkoholu, osoby skazane na podstawie art. 178a § 2 k.k. najczęściej nie popadały w poważny konflikt z prawem i nie popełniały innych przestępstw, a bagatelizowanie czy lekceważenie kary orzeczonej z zawieszeniem jej wykonania przez ponowne wsiadanie na rower po spożyciu alkoholu nie stanowi jeszcze tak poważnego argumentu, by uzasadnić faktyczne pozbawienie wolności tych osób³⁶.

Ustawodawca – choć ze sporym opóźnieniem – dostrzegł w końcu irracjonalność swojej represyjnej polityki i ustawą nowelizacyjną z dnia

²⁹ S. Leleńtal, *Společne...*, *op. cit.*, s. 297–298.

³⁰ *Ibidem*, s. 298 na podstawie danych uzyskanych z Centralnej Bazy Osób Pozbawionych Wolności Neo.NET.

³¹ Obszernie na ten temat *ibidem*, s. 293–299.

³² Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw (Druk sejmowy nr 870), s. 136.

³³ Por. GUS, *Rocznik...*, *op. cit.*, s. 178, 188. Uwzględniono jedynie osoby skazane, a pominięto osoby tymczasowo aresztowane i ukarane.

³⁴ Tak też A. Skowron, Jak karać pijanych rowerzystów? Uwagi do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. P 7/08, w sprawie zgodności z konstytucją art. 178 § 2 Kodeksu karnego, PnD 2009, nr 7, s. 28.

³⁵ S. Leleńtal, *Společne...*, *op. cit.*, s. 297.

³⁶ A. Skowron, *Jak karać...*, *op. cit.*, s. 28.

27 września 2013 r.³⁷ uchylił § 2 w artykule 178a k.k. Odpowiedzialność za ten czyn przesunięto do Kodeksu wykroczeń, wprowadzając do art. 87 nowy paragraf (1a). Tym samym prowadzenie pojazdu niemechanicznego w stanie nietrzeźwości (przy stężeniu powyżej 0,5‰) karane jest już tylko jako wykroczenie. Widełki zagrożenia karnego są oczywiście podwyższone w stosunku do uregulowanego w art. 87 § 2 k.w. wykroczenia prowadzenia tego rodzaju pojazdu w stanie po użyciu alkoholu (0,2‰–0,5‰) – czyn z § 1a podlega karze aresztu albo grzywny nie niższej niż 50 złotych, a z § 2 karze aresztu do 14 dni albo karze grzywny.

II. Niemieckie unormowanie

Niemieckie unormowania dotyczące pijanych rowerzystów diametralnie różnią się od polskich. Istnieje wprawdzie przepis przypominający swoją budową art. 87 § 1 k.w. Mowa o § 24a ust. 1 niemieckiej ustawy o ruchu drogowym (*Straßenverkehrsgesetz – StVG*), zgodnie z którym prowadzenie pojazdu mechanicznego w ruchu drogowym przy stężeniu wynoszącym lub prowadzącym do osiągnięcia progu 0,5‰ stanowi wykroczenie. Przepis ten dotyczy jednak wyłącznie pojazdów mechanicznych, a nie ma on swojego odpowiednika dla innych pojazdów, w tym rowerów. Jedyne właściwe unormowanie znajduje się w niemieckim kodeksie karnym (*Strafgesetzbuch – StGB*). Zgodnie z jego § 316 ust. 1: „Kto prowadzi w ruchu (§ 315 do § 315 d) pojazd, choć wskutek spożycia napojów alkoholowych lub innych środków odurzających nie jest w stanie prowadzić go w sposób pewny, podlega karze pozbawienia wolności do roku lub karze grzywny, jeśli czyn nie podlega karze zgodnie z § 315a albo § 315c”. Ustęp 2 wskazuje natomiast, że czyn może być popełniony również w sposób nieumyślny. § 316 StGB nie rozróżnia w swoim brzmieniu między osobami kierującymi pojazdami mechanicznymi a prowadzącymi inny pojazd. Jest to przestępstwo abstrakcyjnego narażenia, a końcowa część ustępu 1 wskazuje na jego subsydiarność wobec przestępstw narażenia konkretnego.

Cechą odróżniającą § 316 StGB od wszystkich polskich przepisów oraz § 24a ust. 1 StVG jest odrzucenie kryterium czysto ilościowego przy ustalaniu progu niedopuszczalnego stężenia na rzecz kryterium jakościowego. Progiem tym jest według tradycyjnej terminologii „niezdolność

³⁷ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1247).

do prowadzenia pojazdu” (*Fahruntüchtigkeit*) czy też – bardziej precyzyjnie – „niezdolność do pewnego prowadzenia pojazdu” (*Fahrunsicherheit*)³⁸, definiowana powszechnie jako sytuacja, w której „ogólna sprawność sprawcy zostanie tak dalece obniżona wskutek utraty zahamowań oraz deficytów natury psychicznej lub fizycznej, że nie jest on w stanie prowadzić pojazdu na dłuższym odcinku w sposób pewny, również przy nagłym pojawieniu się trudnej sytuacji na drodze”³⁹.

Przytoczona definicja nie ma zbyt dużej wartości informacyjnej i wymaga dalszej konkretyzacji, która uczyni zadość zasadzie określoności. Przy ustalaniu spełnienia omawianej przesłanki judykatura wyróżnia „bezwzględną” i „względną niezdolność prowadzenia pojazdu”, czyli *absolute* oraz *relative Fahruntüchtigkeit* (*Fahrunsicherheit*). Przyjęte nazewnictwo jest nieco mylące – choć intuicyjnie można by rozumieć pod tymi terminami dwa różne stopnie utraty zdolności prowadzenia pojazdu (osoba „bezwzględnie” niezdolna miałaby panować nad pojazdem w stopniu jeszcze mniejszym niż przy „względnej” niezdolności), to byłaby to błędna interpretacja. Przyjmuje się istnienie tylko jednego rodzaju niezdolności do prowadzenia pojazdu – sprawca jest albo zdolny do (pewnego) prowadzenia pojazdu, albo nie jest. Rozróżnienie między „bezwzględną” i „względną” niezdolnością opiera się jedynie na sposobie, w jaki udowodniane jest zaistnienie tego stanu⁴⁰.

³⁸ Utarty termin „niezdolność do prowadzenia pojazdu” (*Fahruntüchtigkeit*) sugeruje, że sprawca nie powinien być w ogóle w stanie przemieszczać się z pomocą pojazdu. Przy dosłownym rozumieniu tych słów spełnienie przesłanek § 316 StGB byłoby trudne do wyobrażenia. Krytycznie wobec tego sformułowania P. König, (w:) H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, t. 11, Berlin 2008, § 315c nb. 44; A. Ernemann, (w:) H. Satzger, W. Schluckebier, G. Widmaier (red.), *StGB. Strafgesetzbuch. Kommentar*, Köln 2017, § 316 nb. 7; bardziej precyzyjna terminologia pojawia się też w nowym orzecznictwie Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof* – BGH) – wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. 4 StR 639/07, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2008, nr 10, s. 528.

³⁹ Wyrok BGH z dnia 20 marca 1959 r., sygn. 4 StR 306/58, BGHSt 13, 83, s. 90; postanowienie BGH z dnia 3 listopada 1998 r., sygn. 4 StR 395/98, BGHSt 44, 219, s. 229; Ch. Pegel, (w:) W. Joecks, K. Miebach (red.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. 5, München 2014, § 316 nb. 26 z dalszymi źródłami.

⁴⁰ Wyrok BGH z dnia 22 kwietnia 1982 r., sygn. 4 StR 43/82, BGHSt 31, 42, s. 44; U. Scheffler, *Neue Promillegrenzen für Fahrradfahrer? Oder: „Mir san mit'n Radl da!“?*, *Blutalkohol* vol. 52 (2015), nr 2, s. 83 przypis 13; Th. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2017, § 316 nb. 12.

1. Bezwzględna niezdolność do prowadzenia pojazdu

„Bezwzględna” niezdolność jest przyjmowana wtedy, gdy stężenie alkoholu osiąga wartość, która zgodnie z badaniami empirycznymi u każdego człowieka musi doprowadzić do utraty możliwości pewnego prowadzenia danego pojazdu. W ramach procesu dowodowego wystarczy więc stwierdzić przekroczenie danego progu ilościowego, a niezdolność do prowadzenia pojazdu może zostać przyjęta bez względu na to, czy u danego kierowcy daje się zaobserwować deficyty sprawności. W przypadku rowerzystów orzecznictwo kieruje się obecnie wynikami eksperymentów przeprowadzonych w latach 80. przez zespół pod kierownictwem G. Schewe w Zakładzie Medycyny Sądowej Uniwersytetu w Gießen. Na ich podstawie ustalono, że deficyty sprawności występują u każdego rowerzysty przy stężeniu alkoholu we krwi osiągającym 1,5‰⁴¹. Jest to wyraźnie łagodniejszy próg niż w przypadku osób prowadzących pojazdy mechaniczne, dla których przyjęto granicę 1,0‰⁴². Przy obu tych wynikach należy uwzględnić możliwą niedokładność pomiaru i doliczyć „narzut bezpieczeństwa” (*Sicherheitszuschlag*), który według obecnego stanu techniki wynosi 0,1‰⁴³. Tym samym wynik pomiaru, przy którym

⁴¹ G. Schewe, H.-P. Knöss, O. Ludwig, A. Schäufile, R. Schuster, Experimentelle Untersuchungen zur Frage des Grenzwertes der alkoholbedingten absoluten Fahruntüchtigkeit bei Fahrradfahrern, *Blutalkohol* vol. 21 (1984), nr 2, s. 108. Na podstawie tych danych BGH wyznaczył próg bezwzględnej niezdolności do prowadzenia roweru w fundamentalnym postanowieniu z dnia 17 lipca 1986 r., sygn. 4 StR 543/85, BGHSt 34, 133, s. 135–136, przy czym do wartości bazowej 1,5‰ dodano 0,2‰ w celu zniwelowania nieprecyzyjności urządzeń pomiarowych (s. 136–137). Przed publikacją omawianych badań BGH przyjmował, że ówczesny stan medycyny nie pozwala na ustalenie tego progu – postanowienie z dnia 7 sierpnia 1963 r., sygn. 4 StR 270/63, BGHSt 19, 82, s. 83–85.

⁴² Postanowienie BGH z dnia 28 czerwca 1990 r., sygn. 4 StR 297/90, BGHSt 37, 89, s. 95.

⁴³ Został on obniżony z 0,2‰ do 0,1‰ przez BGH w postanowieniu z dnia 28 czerwca 1990 r., sygn. 4 StR 297/90, BGHSt 37, 89, s. 97–99 na podstawie zleconej przez niego ekspertyzy Federalnego Urzędu Zdrowia – G. Schoknecht, Gutachten des Bundesgesundheitsamtes zum Sicherheitszuschlag auf die Blutalkoholbestimmung, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 1990, nr 3, s. 104–109. Omawiane orzeczenie odnosiło się wprost jedynie do prowadzących pojazdy mechaniczne (s. 99), a BGH nie orzekł od tego czasu wprost o tym, czy również wobec rowerzystów stosuje się obniżony narzut. Mimo to zwiększenie dokładności pomiaru dotyczy w równym stopniu wszystkich uczestników ruchu, więc w orzecznictwie wyższych sądów krajowych i doktrynie zgodnie przyjmuje się, że i rowerzystów musi obowiązywać próg 0,1‰: np. postanowienie Bawarskiego Najwyższego Sądu Krajowego (*Bayerisches Oberstes Landesgericht*) z dnia 28 lutego 1992 r., sygn. 1 St RR 30/92; P. König, (w:) H. W.

przyjmuje się absolutną niezdolność prowadzenia pojazdu, wynosi dla rowerzystów 1,6‰, a dla prowadzących pojazdy mechaniczne 1,1‰.

2. Względna niezdolność do prowadzenia pojazdu

W sposób znacznie bardziej skomplikowany przedstawia się stwierdzenie „względnej” niezdolności do prowadzenia pojazdu. Warto przypomnieć, że pod tym terminem rozumie się ten sam stopień utraty zdolności co w przypadku „bezwzględnej” niezdolności. Przy względnej niezdolności prowadzący znajduje się pod wpływem alkoholu, ale stopień intoksykacji nie osiąga omawianej granicy bezwzględnej niezdolności (dla roweru 1,6‰ alkoholu we krwi). Dla przyjęcia niezdolności do prowadzenia pojazdu konieczne jest więc w tym przypadku stwierdzenie dodatkowych poszlak⁴⁴. Są nimi:

- czynniki leżące w osobie sprawcy (*innere Umstände*), np. zmęczenie lub choroba;
- czynniki zewnętrzne (*äußere Umstände*), np. warunki na drodze lub warunki pogodowe;
- widoczne deficyty sprawności prowadzącego pojazd (*Ausfallerscheinungen*), których przyczyną lub jedną z przyczyn jest konsumpcja alkoholu lub innych środków odurzających⁴⁵.

Omawiane przesłanki mają różną wagę. Dwa pierwsze czynniki nie muszą zostać stwierdzone, by można było przyjąć względną niezdolność do prowadzenia pojazdu; z kolei zaobserwowanie choćby nieznacznych deficytów sprawności jest warunkiem *sine qua non* udowodnienia tego stanu⁴⁶. Deficyty te mogą dotyczyć zarówno rzucającego się w oczy, nietypowego sposobu jazdy (np. jazda „wężykiem”, naprzemienne przyspieszanie i zwalnianie)⁴⁷, jak i innego zachowania sprawcy (np. problemy z zachowaniem równowagi, bełkotliwa mowa)⁴⁸.

Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *op. cit.*, § 316 nb. 71 z wieloma dalszymi odniesieniami.

⁴⁴ Wyrok BGH z dnia 22 kwietnia 1982 r., sygn. 4 StR 43/82, BGHSt 31, 42, s. 44; Ch. Pegel, (w:) W. Joecks, K. Miebach (red.), *op. cit.*, § 316 nb. 53.

⁴⁵ Wyrok BGH z dnia 22 kwietnia 1982 r., sygn. 4 StR 43/82, BGHSt 31, 42, s. 44–45.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 45; P. König, (w:) H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *op. cit.*, § 316 nb. 90a.

⁴⁷ Zob. te i dalsze przykłady w: Ch. Pegel, (w:) W. Joecks, K. Miebach (red.), *op. cit.*, § 316 nb. 61–63; obszerny katalog zachowań prezentuje P. König, (w:) H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *op. cit.*, § 316 nb. 97–113.

⁴⁸ Tak np. F. Zieschang, (w:) U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (red.), *Strafgesetzbuch*, t. 3, Baden-Baden 2017, § 316 nb. 35 z przytoczeniem orzeczeń.

III. Porównanie polskiej i niemieckiej regulacji

Za najbardziej widoczną różnicę między omawianymi polskimi i niemieckimi unormowaniami nietrudno uznać fakt, że w Polsce obowiązują progi ilościowe (0,2‰ i 0,5‰), a w Niemczech wobec rowerzystów stosuje się jedynie kryterium jakościowe niezdolności do pewnego prowadzenia pojazdu. Wybór kryterium jakościowego niesie ze sobą zarówno zalety, jak i wady. Z czysto dogmatycznego punktu widzenia można je uznawać za bardziej przekonujące niż próg ilościowy. Penalizowane abstrakcyjne zagrożenie wynika z obniżonych zdolności do pewnego prowadzenia pojazdu. Te z kolei są pochodną obecności alkoholu we krwi, lecz każda osoba ma nieco inną tolerancję na alkohol, a to samo stężenie może w różnym stopniu wpływać na zdolność prowadzenia pojazdu konkretnych osób. Ustalona przez ustawodawcę granica ilościowa nie odzwierciedla dokładnie stopnia stwarzanego zagrożenia przez daną osobę, a odnosi się jedynie do typowych przypadków. Możliwe jest, że osoba przekraczająca dany próg ilościowy nadal dość pewnie panuje nad pojazdem; z kolei inna osoba może całkowicie utracić zdolność bezpiecznego prowadzenia przy stężeniu nieprzekraczającym ustawowej granicy. Bezpośrednie nawiązanie do zdolności pewnego prowadzenia pojazdu, a nie do sztywnej liczby promili eliminuje różnice wpływu alkoholu na poszczególne osoby i pozwala na przyjęcie, że stwierdzone obniżenie zdolności motorycznych odpowiada stopniowi stwarzanego zagrożenia dla ogółu. Kryterium to lepiej odpowiada więc zasadzie winy.

Na niekorzyść kryterium jakościowego przemawiają natomiast jego nieporęczność i trudności dowodowe. Przy progu ilościowym wykazanie, że prowadzący pojazd przekroczył ustawową granicę, sprowadza się jedynie do pomiaru alkomatem lub badania krwi. Z kolei wykazanie spełnienia kryterium jakościowego wymaga większego wysiłku⁴⁹. „Automatyczne” przyjęcie wypełnienia znamion czynu zabronionego możliwe jest w Niemczech dopiero przy stężeniu 1,6‰ alkoholu we krwi, co przy polskich progach 0,2‰ i 0,5‰ wydaje się bardzo wysoką liczbą. W zakresie poniżej 1,6‰ konieczne jest udowodnienie (względnej) niezdolności do prowadzenia

nictwa; szeroko na ten temat P. König, (w:) H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (red.), *op. cit.*, § 316 nb. 114–127.

⁴⁹ Stąd też krytyczne nastawienie polskiego Sądu Najwyższego do uwzględniania rzeczywistego wpływu alkoholu na organizm konkretnej osoby – Wytoczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej w sprawach o przestępstwa drogowe, uchwała SN z dnia 28 lutego 1975 r., sygn. V KZP 2/74, OSNKW 1975, nr 3–4, poz. 33.

pojazdu przez dodatkowe poszlaki – w praktyce rowerzysta musi rzucać się w oczy przez kłopoty z prawidłową jazdą lub inne anormalne zachowanie, przy czym nie wystarczy jakikolwiek błąd podczas jazdy – musi to być błąd typowy⁵⁰ dla osoby nietrzeźwej⁵¹. W przypadku pojazdów mechanicznych trudności te (dla progu absolutnej niezdolności wynoszącego 1,1‰) są łagodzone dzięki istnieniu wykroczenia § 24a ust. 1 StVG o prostym progu ilościowym 0,5‰ alkoholu we krwi. Podobny „dowodowy bufor bezpieczeństwa” nie istnieje jednak w przypadku rowerzystów. Nie budzi więc zaskoczenia twierdzenie, że pociąganie do odpowiedzialności rowerzystów jest bardzo trudne, jeśli stężenie alkoholu we krwi nie osiąga progu 1,6‰⁵². Choć wśród rowerzystów uczestniczących⁵³ w wypadkach ze szkodą na osobie odsetek osób pod wpływem alkoholu jest zbliżony do polskiego (w roku 2014 było to 4,1%⁵⁴), to podkreśla się, że większość spośród rowerzystów pod wpływem alkoholu wykazywała bardzo wysoki stopień intoksykacji⁵⁵. W latach 2004–2013 w wypadkach ze szkodą na osobie, w których (głównymi) sprawcami byli rowerzyści będący pod wpływem alkoholu, jedynie 14% rowerzystów wykazywało stężenie alkoholu we krwi do 1,1‰; z kolei odsetek rowerzystów w przedziale powyżej 1,1‰ do 1,6‰ alkoholu wynosi aż 19%⁵⁶. W związku z tym w Niemczech głośno stają się propozycje załatania „luki” kryminalizacyjnej przez zwiększoną represję wobec osób nieosiągających progu 1,6‰⁵⁷.

⁵⁰ Zestawienie błędów „typowych” dla osoby nietrzeźwej prezentują P. Hentschel, C. Krumm, Fahrerlaubnis | Alkohol | Drogen im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, Baden-Baden 2015, nb. 200.

⁵¹ R. Huhn, Die 1,1 Promille-Grenze für Radfahrer: Ein Gesetzesvorschlag des ADFC, Straßenverkehrsrecht 2015, nr 9, s. 328.

⁵² *Ibidem*; podobnie stanowisko Deutscher Verkehrssicherheitsrat (Niemieckiej Rady Bezpieczeństwa Komunikacyjnego), Deutscher Verkehrssicherheitsrat für Verbesserung der verkehrsmedizinischen Ausbildung und OWi-tatbestand für alkoholisierte Radfahrer, Blutalkohol vol. 52 (2015), nr 1, s. 26.

⁵³ Statystyka ta obejmuje nie tylko (głównych) sprawców wypadków, ale wszystkich rowerzystów uczestniczących w wypadku ze szkodą na osobie.

⁵⁴ W liczbach absolutnych było to 3532 spośród 85 199 rowerzystów uczestniczących w wypadkach ze szkodą na osobie – Statistisches Bundesamt, Zweiradunfälle im Straßenverkehr 2014, s. 19, 20. Odsetek ten ma od 10 lat tendencję spadkową, a w latach 1994–2009 wyraźnie przekraczał 5% – zob. R. Huhn, Die 1,1 Promille-Grenze für Radfahrer: Ein Gesetzesvorschlag..., *op. cit.*, s. 329.

⁵⁵ B. Wandtner, C. Evers, M. Albrecht, Wissenschaftliche Befundlage zur Promillegrenze für Radfahrer, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht 2015, nr 1, s. 20.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 20, 22.

⁵⁷ Zwięzły przegląd dyskusji od jej ożywienia w 2012 r. prezentują K. R. Maatz, Absenkung der Alkoholgrenzwerte für Radfahrer (?), Blutalkohol vol. 51 (2014), nr 4, supplement s. 3; oraz U. Scheffler, Neue..., *op. cit.*, s. 72.

IV. Propozycje reformy w Niemczech

1. Zmiana definicji w orzecznictwie

Stosunkowo najprostszą, niewymagającą interwencji ustawodawcy metodą wypełnienia luki byłoby obniżenie granicy bezwzględnej niezdolności do prowadzenia pojazdu. Propozycja ta spotkała się początkowo z zainteresowaniem na szczeblu ministrów transportu i ministrów spraw wewnętrznych krajów związkowych⁵⁸. W systemie opartym na kryterium jakościowym przesunięcie tego progu nie jest jednak tak łatwe jak przy progu ilościowym. Granica bezwzględnej niezdolności do prowadzenia roweru została wyznaczona przez orzecznictwo w oparciu o badania ekspertów medycyny. Skoro podstawą wyznaczenia progu 1,6‰ alkoholu we krwi są naturalne, biologiczne uwarunkowania człowieka, to jego przesunięcie bez zmiany obowiązujących przepisów lub definicji bezwzględnej niezdolności do prowadzenia pojazdu wymagałoby rewizji wyników badań zespołu G. Schewe. Rzeczywiście można spotkać krytykę metodologii tych eksperymentów. Przykładowo zarzucano, że tor był dobrze znany rowerzystom i nie musieli oni się mierzyć z nagłymi, niespodziewanymi zdarzeniami na drodze⁵⁹. W związku z tym Stowarzyszenie Niemieckich Towarzystw Ubezpieczeniowych (*Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft*) zleciło zespołowi Instytutu Medycyny Sądowej Kliniki Uniwersyteckiej w Düsseldorfie przeprowadzenie nowych badań, które uwzględniałyby prezentowane zarzuty⁶⁰. Choć zwolennicy zaostrenia prawa mogli mieć cichą nadzieję, że dzięki surowszej metodologii badań i dokładniejszym metodom pomiaru (użyto kamer sporto-

⁵⁸ W uchwale Konferencji Ministrów Transportu, która odbyła się 6–7 listopada 2013 r., odniesiono się do raportu dotyczącego pijanych rowerzystów w ruchu drogowym, zleconego przez Stałą Konferencję Ministrów i Senatorów Spraw Wewnętrznych Krajów Związkowych. W uchwale zgodzono się ze stanowiskiem ministrów spraw wewnętrznych, że konieczne jest rozważenie reformy uregulowań dotyczących rowerzystów. Uznano, że znaczna liczba wypadków z ich udziałem wymusza zbadanie, czy ustalona w latach 80. granica bezwzględnej niezdolności do prowadzenia roweru (1,6‰) może zostać podważona – *Blutalkohol* vol. 51 (2014), nr 1, s. 23. Uchwała ta została podjęta przed publikacją wyników eksperymentów zespołów z Düsseldorfu i Moguncji.

⁵⁹ Np. D. O. B ö n k e, Im Promillebereich: Alkoholgrenzwerte für Radfahrer, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, nr 1, s. 18; listę zarzutów podaje S. B r o c k m a n n, Probandenversuche mit alkoholisierten Radfahrern, *Blutalkohol* vol. 51 (2014), nr 4, suplement s. 20.

⁶⁰ Wyniki badań zostały opublikowane, (w:) B. H a r t u n g, N. M i n d i a s h v i l i, R. M a a t z *et al.*, Regarding the fitness to ride a bicycle under the acute influence of alcohol, *Int. J. Legal Med.* vol. 129 (2015), nr 3, s. 471–480.

wych⁶¹) naukowcy z Düsseldorfu uzyskają wyniki uzasadniające obniżenie granicy 1,6‰ alkoholu we krwi⁶², to opublikowane rezultaty okazały się dla nich rozczarowujące. Pierwsze deficyty ogólnej sprawności (ustalanej na podstawie jazdy testowej oraz badań medycznych) można było zaobserwować już przy stężeniu alkoholu poniżej 0,2‰; przy stężeniu 1,0‰ żaden uczestnik nie był w stanie poprawić, a przy stężeniu 1,4‰ utrzymać wyników osiągniętych przez siebie na trzeźwo⁶³. Mimo to § 316 StGB określa „niezdolność do prowadzenia pojazdu” nie jako obniżenie indywidualnych zdolności kierującego pojazdem w porównaniu do stanu trzeźwego, lecz ustala ją w sposób zobiektywizowany⁶⁴. Podczas jazd testowych liczba poważnych, potencjalnie niebezpiecznych błędów w prowadzeniu roweru znacząco nasiliła się powyżej stężenia 0,8‰⁶⁵, a badania medyczne wskazują na wykładniczy wzrost zaobserwowanych objawów intoksykacji powyżej stężenia 1,0‰ alkoholu we krwi⁶⁶. Mimo to nawet przy stężeniu 1,6‰ pojedyncze osoby były w stanie prowadzić rower lepiej niż przeciętny uczestnik badań „na trzeźwo”⁶⁷.

Zbliżone wyniki uzyskano w niedawnym eksperymencie przeprowadzonym przez Instytut Medycyny Sądowej Uniwersytetu w Moguncji we współpracy z Instytutem Kryminalistyki Uniwersytetu Technologicznego MARA w Kuala Lumpur – autorzy stwierdzili skokowy wzrost liczby błędów w prowadzeniu roweru od stężenia ok. 1,0‰ alkoholu we krwi⁶⁸, ale również ich obserwacje nie potwierdziły, by po osiągnięciu stężenia 1,6‰ żaden rowerzysta nie był w stanie prowadzić roweru w sposób pewny⁶⁹.

Skoro granica „bezwzględnej niezdolności do prowadzenia roweru” definiowana jest jako stężenie, przy którym żaden rowerzysta nie jest w stanie panować nad rowerem, to badania w Düsseldorfie i Moguncji nie tylko nie pozwalają na obniżenie obecnego progu bezwzględnej nie-

⁶¹ *Ibidem*, s. 474.

⁶² Por. U. Scheffler, *Neue...*, *op. cit.*, s. 73, który jest jednak przeciwnikiem obniżenia omawianej granicy.

⁶³ B. Hartung, N. Mindiashvili, R. Maatz *et al.*, *Regarding...*, *op. cit.*, s. 478.

⁶⁴ Co podkreślono w: *ibidem*, s. 479.

⁶⁵ *Ibidem*, s. 475, 478.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 475.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 478–479.

⁶⁸ E. Ezlan, K. Luchmann, D. Hatz, R. Urban, *Experimentelle Untersuchungen zur Leistungsfähigkeit und zu Leistungsdefiziten alkoholisiertes Fahrradfahrer*, *Blutalkohol* vol. 52 (2015), nr 6, s. 371.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 372.

zdolności, ale i każą rozważyć, czy nie powinien on zostać podwyższony⁷⁰. Tym samym nie można liczyć na to, że zaostrzenie tej granicy nastąpi w drodze przyjęcia przez orzecznictwo niższego progu intoksykacji dla rowerzystów⁷¹.

2. Nowelizacja § 316 StGB

Ewentualne obniżenie tego progu wymagałoby więc interwencji ustawodawcy – zastąpienia przesłanki „niezdolności do (pewnego) prowadzenia roweru” innym znamieniem. Teoretycznie byłoby to możliwe albo przez wprowadzenie dla rowerzystów surowszego kryterium jakościowego, albo przez wprowadzenie progu ilościowego. Pierwsze rozwiązanie budzi zdecydowany sprzeciw, gdyż wobec rowerzystów byłyby stosowane jawnie surowsze kryteria niż wobec kierowców innych pojazdów, w szczególności pojazdów mechanicznych, mimo że pijany kierowca samochodu stwarza dla otoczenia znacznie większe zagrożenie niż pijany rowerzysta. Wprowadzenie próg tolerancji byłby teoretycznie nadal niższy dla kierowców pojazdów mechanicznych ze względu na granicę 0,5‰ według § 24a ust. 1 StVG, ale jego przekroczenie stanowiłoby zaledwie wykroczenie, a nie można zrównywać tej łagodnej sankcji z karą kryminalną.

Również zastąpienie kryterium jakościowego sztywnym progiem ilościowym nie przekonuje. Wprowadzenie tej granicy tylko dla rowerzystów stanowiłoby olbrzymi wyłom w systematyce zakorzenionych już niemieckich uregulowań karnoprawnych – od dziesięcioleci stosuje się kryterium jakościowe „zdolności do prowadzenia pojazdu” wobec kierowców wszelkiego rodzaju pojazdów⁷². Zachowanie spójności systemowej wymagałoby rezygnacji z kryterium jakościowego na rzecz progu ilościowego przy wszystkich rodzajach pojazdów – wprowadzenie tego kryterium choćby jedynie dla wszelkich pojazdów niemechanicznych byłoby niezbyt satysfakcjonującym kompromisem. Świadom tych zarzutów jest krytyczny wobec obecnego progu K. R. Maatz, który wyraża pogląd, że bieżąca dyskusja na temat słabości kryterium jakościowego w przypadku rowerzystów mogłaby stanowić punkt wyjścia dla rozważenia dogłębnej reformy § 316 StGB – całkowitego odejścia od przesłanki „zdolności do

⁷⁰ W oparciu o dane z Düsseldorfu postuluje to D. Kettler, *Neue Promillegrenzen für Radfahrer*, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2015, nr 1, s. 8; por. też K. R. Maatz, *Absenkung...*, *op. cit.*, suplement s. 8.

⁷¹ U. Scheffler, *Neue...*, *op. cit.*, s. 73; K. R. Maatz, *Absenkung...*, *op. cit.*, suplement s. 6.

⁷² U. Scheffler, *Neue...*, *op. cit.*, s. 74–75.

pewnego prowadzenia pojazdu” na rzecz sztywnych progów liczbowych⁷³. Wprowadzenie tej reformy wydaje się jednak – przynajmniej w najbliższej przyszłości – mało prawdopodobne.

3. Nowe wykroczenie

Rozwiązaniem spójnym systemowo i jednocześnie niezastrającym represji w tak dużym stopniu byłoby natomiast uzupełnienie obowiązujących unormowań o przepis wzorowany na § 24a ust. 1 StVG, czyli wprowadzenie wykroczenia prowadzenia pojazdu niemechanicznego ze sztywnym progiem ilościowym. Rozwiązanie to jako najbardziej pragmatyczne spotkało się w dyskusji z wieloma głosami aprobującymi⁷⁴. W oparciu o dane statystyczne oraz przeprowadzone badania jako nowy próg ilościowy zdecydowanie najczęściej proponuje się stężenie 1,1‰⁷⁵.

Nietrudno zauważyć, że propozycja ta (mimo znacznych różnic) zmierza w kierunku przypominającym regulację, z której Polska niedawno zrezygnowała – w poważniejszych przypadkach rowerzysta odpowiadałby na zasadach prawa karnego, a w mniej poważnych popełniałby wykroczenie. Warto więc rozważyć, czy proponowana reforma znajduje swoje uzasadnienie w stopniu stwarzanego przez pijanych rowerzystów zagrożenia oraz czy nie doprowadzi ona do negatywnych skutków społecznych.

⁷³ K. R. Maatz, Absenkung..., *op. cit.*, suplement s. 7; krytycznie U. Scheffler, Neue..., *op. cit.*, s. 75.

⁷⁴ Przykładowo opowiedziała się za nim większość uczestników konferencji w Goslar: 53. Verkehrsgerichtstag – Mehrheit für B.A.D.S.–Forderung nach OWi–Tatbestand für alkoholisierte Radfahrer, *Blutalkohol* vol. 52 (2015), nr 2, s. 144.

⁷⁵ Tak organizacje promujące bezpieczeństwo w ruchu drogowym: Bund gegen Alkohol und Drogen im Straßenverkehr (Związek przeciwko Alkoholowi i Narkotykom w Ruchu Drogowym), <http://www.bads.de/pressemeldungen/promille-wert-fuer-radfahrer/>; Deutsche Verkehrswacht (Niemiecka Straż Komunikacyjna), http://www.deutsche-verkehrswacht.de/fileadmin/user_upload/positionen/Beschluesse_2015/DVW-Beschluss_2015_Promillegrenze_Radfahrer.pdf, s. 2; Deutscher Verkehrssicherheitsrat (Niemiecka Rada Bezpieczeństwa Komunikacyjnego), Deutscher Verkehrssicherheitsrat für Verbesserung der verkehrsmedizinischen Ausbildung und OWi–tatbestand für alkoholisierte Fahrradfahrer, *Blutalkohol* vol. 52 (2015), nr 1, s. 26; tak również Allgemeiner Deutscher Fahrrad-Club (Powszechny Niemiecki Klub Rowerowy); Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (Stowarzyszenie Niemieckich Towarzystw Ubezpieczeniowych), <http://www.gdv.de/2015/01/ordnungswidrigkeitstatbestand-fuer-radfahrer-schaffen/>; R. Huhn, Die 1,1 Promille–Grenze für Radfahrer: Ein Gesetzesvorschlag..., *op. cit.*, s. 331.

a) Rozmiar niebezpieczeństwa

Uzasadnieniem rozmiarów reakcji prawnej wobec pijanych rowerzystów powinien być przede wszystkim stopień niebezpieczeństwa stwarzanego przez nich w ruchu drogowym. Ze względu na stosunkowo niewielką masę oraz zazwyczaj dość niską prędkość rowerzyści wyrządzają przy zderzeniu szkody nieporównywalnie mniejsze niż kierowcy pojazdów mechanicznych⁷⁶. Dlatego głównego źródła znacznego zagrożenia ze strony pijanych rowerzystów można dopatrywać się w fakcie, że przez problemy z utrzymaniem toru jazdy mogą oni go zmienić w sposób niedający się przewidzieć dla otoczenia. Nagłe zbieżenie z toru może doprowadzić do niebezpiecznej reakcji kierowców pojazdów mechanicznych, którzy próbowaliby uniknąć zderzenia z rowerzystą, np. zjeżdżając na przeciwległy pas ruchu, co niesie za sobą już poważne zagrożenie⁷⁷. Przeciwno temu argumentowi można wprawdzie podnosić, że utrata równowagi i wtargnięcie na jezdnię może przydarzyć się i pijanemu pieszememu⁷⁸, ale ryzyko to wydaje się mniejsze niż w przypadku pijanych rowerzystów⁷⁹.

b) Podobieństwo do pieszych

W dyskusji podnoszone są jednak głosy wskazujące na dalej idące podobieństwa rowerzystów do pieszych, które miałyby wskazywać na to, że pijani rowerzyści powinni być traktowani podobnie do pijanych pieszych. Zauważa się, że rowerzyści – podobnie jak piesi – poruszają się dzięki sile własnych mięśni⁸⁰, a ponadto do prowadzenia roweru nie są wymagane dodatkowe uprawnienia jak prawo jazdy⁸¹. Między innymi ze względu na te zbieżności Sąd Rejonowy we Wschowie powziął wątpli-

⁷⁶ Obszernie D. Zając, *Dysproporcja...*, *op. cit.*, s. 42–45; tak też SR we Wschowie w pytaniu prawnym do Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. P 7/08, pkt I.1.4.); W. Kotowski, *Nietrzeźwość...*, *op. cit.*, s. 111–112; por. Ch. Fahl, *Zur Festsetzung einer Promillegrenze für Radfahrer*, *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 1996, nr 8, s. 308; U. Scheffler, *Neue...*, *op. cit.*, s. 76–77.

⁷⁷ Tak np. wyrok TK z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. P 7/08, pkt III.3.6.; postanowienie BGH z dnia 17 lipca 1986 r., sygn. 4 StR 543/85, BGHSt 34, 133, s. 136.

⁷⁸ SR we Wschowie w pytaniu prawnym do Trybunału Konstytucyjnego (wyrok TK z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. P 7/08, pkt I.1.4.); Ch. Fahl, *Zur Festsetzung...*, *op. cit.*, s. 308; U. Scheffler, *Neue...*, *op. cit.*, s. 80.

⁷⁹ Tak TK w wyroku z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. P 7/08, pkt III.3.6.; krytycznie wobec apriorycznego przyjęcia tego założenia D. Zając, *Dysproporcja...*, *op. cit.*, s. 42–43 przypis 8.

⁸⁰ SR we Wschowie w pytaniu prawnym do TK (wyrok TK z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. P 7/08, pkt I.1.4.).

⁸¹ *Ibidem*; U. Scheffler, *Neue...*, *op. cit.*, s. 80.

wość co do zgodności art. 178a § 2 k.k. z Konstytucją. Sąd skierował pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego pod kątem możliwego naruszenia przez ten przepis zasady równości i w konsekwencji zasady sprawiedliwości społecznej oraz zasady proporcjonalności, ale Trybunał nie podzielił tych wątpliwości⁸². Rzeczywiście wydaje się, że istnienie tych podobieństw nie jest samo w sobie mocnym argumentem przeciwko sankcjom wobec rowerzystów⁸³, ale należy dostrzec, że pozostają one w ścisłym związku z kluczowym argumentem – rozmiarami niebezpieczeństwa stwarzanego przez rowerzystów. Surowsze traktowanie pijanych kierowców pojazdów mechanicznych w porównaniu do kierujących pozostałymi pojazdami wynika przede wszystkim z faktu, że pojazd silnikowy jest zazwyczaj w stanie osiągnąć znacznie wyższą prędkość niż pojazd napędzany siłą mięśni oraz ma od niego wyższą masę, co przekłada się na zwiększone niebezpieczeństwo⁸⁴. Podobnie istoty wymogu posiadania uprawnień do prowadzenia pojazdów mechanicznych można dopatrywać się po pierwsze w tym, że ich prowadzenie wymaga znacznie większych umiejętności technicznych niż w przypadku roweru, a po drugie kluczowe znaczenie ma fakt, że pojazdy mechaniczne generują większe niebezpieczeństwo dla innych uczestników ruchu.

c) Paternalizm prawny

Podsumowując, pijany rowerzysta stwarza zwiększone ryzyko wypadku drogowego. Statystyki wskazują jednak na to, że w zdecydowanej większości wypadków jedynie sami rowerzyści doznają uszczerbku⁸⁵. Rzadkością są sytuacje, gdy ucierpi inna osoba. Faktem jest, że nietrzeźwość rowerzysty nie tylko znacznie zwiększa ryzyko kolizji czy wypadku, ale i ich skutki są poważniejsze niż w przypadku trzeźwych rowerzystów – w szczególności osoby pijane znacznie częściej doznają urazów głowy niż trzeźwe⁸⁶. Skłania to do pytania, czy zakaz kierowania ro-

⁸² Wyrok TK z dnia 7 kwietnia 2009 r., sygn. P 7/08.

⁸³ Podobnie *ibidem*, pkt III.3.5.

⁸⁴ Por. *ibidem*.

⁸⁵ Podkreślają to np. A. Skowron, Jak karać..., *op. cit.*, s. 31–32; D. Zając, Dysproporcja..., *op. cit.*, s. 49; Ch. Fahl, Zur Festsetzung..., *op. cit.*, s. 308; U. Scheffler, Neue..., *op. cit.*, s. 77.

⁸⁶ Według danych Allgemeiner Deutscher Fahrrad-Club wśród rowerzystów prowadzących pod wpływem alkoholu trzykrotnie częstsze są urazy twarzy – R. Huhn, Die 1,1–Promille–Grenze für Radfahrer – ein Vorschlag des ADFC, Blutalkohol, vol. 52 (2015), nr 2, s. 134.

werem po spożyciu alkoholu nie stanowi w przeważającej mierze próby ochrony rowerzystów przed nimi samymi⁸⁷.

Można wprawdzie przywołać orzecznictwo polskiego Trybunału Konstytucyjnego i niemieckiego Federalnego Sądu Konstytucyjnego, gdzie podniesiono, że uczestnicy ruchu drogowego narażający siebie samych na zwiększone ryzyko poważnego urazu szkodzą nie tylko sobie, ale i ogółowi. Osoba ta po urazie powoduje znaczne obciążenie dla społeczeństwa – państwo ponosi koszty rehabilitacji, pobytu w szpitalu, renty inwalidzkiej⁸⁸. Polski Trybunał podkreślił też negatywne skutki dla rodziny poszkodowanego⁸⁹. Wydaje się jednak wątpliwe, czy ochrona interesu państwa przed nadmiernymi wydatkami socjalnymi powinna być realizowana w formie najsurowszej możliwej ingerencji, czyli nakazów⁹⁰ połączonych z sankcją na gruncie prawa karnego czy prawa wykroczeń. Argument o kosztach leczenia ponoszonych przez społeczeństwo może być zresztą odnoszony do wielu innych zachowań, które generują większe obciążenie dla społeczeństwa, ale próba ich zakazania spotkałaby się z dużym oporem jako nadmierna ingerencja w wolność jednostki⁹¹. Przykładowo znaczne ryzyko poważnego urazu generuje uprawianie sportu ekstremalnego bez odpowiedniego przygotowania. Z kolei wielokrotnie większe wydatki służby zdrowia niż pijani rowerzyści generuje chociażby plaga otyłości wskutek złego odżywiania.

Skoro odwołanie do interesu ogółu nie wydaje się nazbyt mocnym argumentem za surowym karaniem pijanych rowerzystów, pozostaje rozważyć, czy zagrożenie zdrowia samego rowerzysty może uzasadniać stosowanie wobec niego zakazów opatrzonej sankcją. Należy przy tym zastanowić się, czy i do jakiego stopnia prawo – w szczególności prawo

⁸⁷ Ch. Fahl, Zur Festsetzung..., *op. cit.*, s. 308; U. Scheffler, Neue..., *op. cit.*, s. 77.

⁸⁸ Wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK Seria A 2009, nr 7, poz. 108, pkt III.4.3. (w odniesieniu do obowiązku zapinania pasów przez kierowców i pasażerów); postanowienie Federalnego Sądu Konstytucyjnego (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) z dnia 26 stycznia 1982 r., sygn. 1 BvR 1295/80 i in., BVerfGE 59, 275, s. 279 (w odniesieniu do obowiązku noszenia kasku przez motocyklistę pod rygorem grzywny za wykroczenie).

⁸⁹ Wyrok TK z dnia 9 lipca 2009 r., sygn. SK 48/05, OTK Seria A 2009, nr 7, poz. 108, pkt III.4.3.

⁹⁰ Samą formę nakazu za niekonstytucyjną uważają Ch. Hillgruber, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, München 1992, s. 101–102; H. Liskén, *Freispruch für Gurtmuffel* – ein Polizeiproblem?, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, nr 51, s. 3055.

⁹¹ Por. U. Scheffler, Neue..., *op. cit.*, s. 77; Ch. Fahl, Zur Festsetzung..., *op. cit.*, s. 309; zob. też J. Herring, *Criminal law. Text, cases, and materials*, Oxford 2014, s. 404–405.

karne – powinno chronić dorosłych ludzi przed skutkami własnych decyzji, a więc odnieść się do zjawiska paternalizmu prawnego. Nie próbując w tym miejscu wytyczyć dokładnej granicy między dopuszczalną ingerencją państwa a naruszeniem autonomii jednostki, można odrzucić przynajmniej radykalną odmianę paternalizmu. W państwie, dla którego jednym z naczelných dóbr jest wolność jednostki, twardy paternalizm w postaci statuowania nakazów i zakazów wobec osób dojrzałych i świadomych zagrożeń dla nich samych musi budzić zastrzeżenia. Z pewnością zakazy te nie mogą być zaś egzekwowane przez prawo karne⁹². Szczególnie paradoksalna i rażąca byłaby sytuacja, w której wobec osób zagrażających samym sobie stosowane byłyby dla ich dobra poważne sankcje karne, jak w przypadku rowerzystów skazywanych na karę pozbawienia wolności. Jednak również w przypadku łagodniejszych sankcji, chociażby karania czynu jako wykroczenia, uwaga ta zachowuje aktualność⁹³.

Wynika stąd wniosek, że podstawą wprowadzenia sankcji dla rowerzysty za jazdę po spożyciu alkoholu może być jedynie zagrożenie stwarzane dla otoczenia, a nie dla samego sprawcy. Zagrożenie to wprawdzie istnieje, ale jest już niezbyt duże.

d) Przepelnienie więzień

Główną przyczyną rezygnacji w Polsce z karania jako przestępstwa kierowania pojazdem niemechanicznym w stanie nietrzeźwości było niepożądane zjawisko w postaci przepelnionych więzień. Nasuwa to pytanie, czy utrzymująca się kryminalizacja podobnego czynu w § 316 StGB jako przestępstwa nie powoduje w Niemczech zbliżonych skutków. Bólączką polskiej regulacji i przyczyną jej upadku było orzekanie za ten czyn kar pozbawienia wolności (w tym kar z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, które potem były odwieszane) oraz zastępczych kar pozbawienia wolności. Jest to zresztą zjawisko symptomatyczne dla polskiej kultury prawa karnego, w której czołową rolę odgrywa właśnie kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania⁹⁴,

⁹² C. Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2006, § 2 nb. 32; I. Gkountis, *Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus*, Berlin 2011, s. 207–209; tak też bezpośrednio w kontekście pijanych rowerzystów U. Scheffler, *Neue...*, *op. cit.*, s. 77.

⁹³ U. Scheffler, *Neue...*, *op. cit.*, s. 77; odmiennie jednak A. von Hirsch, *Direct paternalism: Criminalizing self-injurious conduct*, *Crim. Just. Ethics* vol. 27 (2008), nr 1, s. 31.

⁹⁴ Wielka reforma prawa karnego materialnego, która weszła w życie 1 lipca 2015 r., ma jednak za główny cel osłabienie pozycji kary pozbawienia wolności z warunkowym za-

orzeczona w 2015 r. w ponad 51%⁹⁵ przypadków skazań; z kolei Niemcy oparli swoją politykę karną w zdecydowanej mierze na karze grzywny⁹⁶, orzeczonej w 2016 r. jako kara główna w ponad 84% wyroków skazujących⁹⁷. Nie inaczej jest w przypadku § 316 StGB, i to nie tylko w stosunku do rowerzystów, ale i do prowadzących pojazdy mechaniczne. W 2016 r. kara grzywny jako kara główna została orzeczona w ponad 95% przypadków skazań na podstawie § 316 StGB (49 828 spośród 52 357 skazań)⁹⁸. Orzeczenie kary pozbawienia wolności za ten czyn stanowi wyjątek zarezerwowany w praktyce dla recydywistów (choć trzeba zaznaczyć, że nawet w przypadku multirecydywisty nie powinna ona być stosowana automatycznie)⁹⁹. W 2016 r. sprawców czynu z § 316 StGB skazano w 2529 przypadkach na karę pozbawienia wolności, a jej wykonanie zostało warunkowo zawieszane w 2011, czyli prawie 80% przypadków¹⁰⁰. W zestawieniu z danymi z Polski¹⁰¹ kontrast jest uderzający – Niemcy są bardzo powściągliwi w skazywaniu kierowców wszelkich pojazdów na karę pozbawienia wolności za jazdę pod wpływem alkoholu, która nie stworzyła konkretnego zagrożenia na drodze. Jeśli do tego uwzględni się, że w ramach niemieckich danych skazania kierowców pojazdów niemechanicznych na kary pozbawienia wolności stanowią rzadkość, to oczywiście staje się, dlaczego problem rowerzystów wypełniających zakłady karne w Niemczech nie istnieje. Zaostrzenie niemieckiego prawa przez wprowadzenie niższego progu intoksykacji dla rowerzystów nie zmieniłoby tego stanu – kara pozbawienia wolności pozostawałaby zjawiskiem marginesowym.

wieszeniem jej wykonania na rzecz kar wolnościowych – zob. na ten temat R. Zawłocki, *Reforma prawa karnego materialnego od 1.7.2015 r. Uwagi ogólne dotyczące najważniejszych zmian w Kodeksie karnym*, MoP 2015, nr 11, s. 569–572.

⁹⁵ Dane dotyczące dorosłych – GUS, *Mały Rocznik Statystyczny 2017*, Warszawa 2017, s. 90–91.

⁹⁶ Fundamentalne porównanie obu kultur prawnych w tym zakresie prezentuje M. Małolepszy, *Geldstrafe und bedingte Freiheitsstrafe nach deutschem und polnischem Recht. Rechtshistorische Entwicklung und gegenwärtige Rechtslage im Vergleich*, Berlin 2007.

⁹⁷ Oficjalne dane statystyczne Federalnego Urzędu Statystycznego: *Strafverfolgung*. Fachserie 10 Reihe 3 – 2016, s. 92.

⁹⁸ *Strafverfolgung*. Fachserie 10 Reihe 3 – 2016, s. 116. Podane liczby pomijają sprawców skazanych na podstawie prawa karnego dla nieletnich (*Jugendstrafrecht*).

⁹⁹ P. König, (w:) P. Hentschel, C. Krumm, *op. cit.*, § 316 nb. 248, 359.

¹⁰⁰ *Strafverfolgung*. Fachserie 10 Reihe 3 – 2016, s. 116–117.

¹⁰¹ Zob. dane Ministerstwa Sprawiedliwości: *Skazania – przestępstwa komunikacyjne (nietrzeźwi kierowcy) w latach 2001–2014*, <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,46.html>.

e) Próg dopuszczalnego stężenia alkoholu

Przy analizie, jakie stężenie alkoholu powinno być wybrane jako pomocniczy próg w Niemczech, decydujące znaczenie powinny mieć wskazane w najnowszych eksperymentach progi znacznego obniżenia sprawności rowerzystów. W szczególności konieczne jest uwzględnienie wskazanego przez badaczy z Düsseldorfu progu nasilenia poważnych błędów w prowadzeniu roweru (ok. 0,8‰), jak również wykładniczego wzrostu objawów intoksykacji powyżej stężenia 1,0‰. Z kolei autorzy mogących badań wprost identyfikują granicę niebezpiecznej intoksykacji na poziomie 0,9–1,1‰¹⁰². Niemiecka statystyka wypadków sugeruje, że kluczowe znaczenie ma górny obszar tego zakresu. Stąd też proponowany próg 1,1‰ uznać można za przekonujący i nie nazbyt surowy – jest on wręcz dość liberalny, gdyż plasuje się w górnej granicy kluczowego dla bezpieczeństwa przedziału. Ustalenie progu na wyraźnie niższym poziomie, np. zrównanie go z obowiązującym kierowców pojazdów mechanicznych progiem 0,5‰, wydaje się zbędne. Przemawia za tym nie tylko argument, że organy ścigania powinny przeznaczać swoje zasoby na ściganie wyraźnie upojonych kierowców, a nie drobnych przypadków¹⁰³. Nie potwierdzono empirycznie założenia, jakoby obniżony próg działał jak „żółte światło” dla prowadzących pojazdy, zmniejszając częstotliwość występowania upojeń alkoholowych wyraźnie przekraczających obniżoną granicę¹⁰⁴ – przykładowo obniżenie dopuszczalnego stężenia z 0,8‰ do 0,5‰ nie sprawia, że zmniejsza się w ruchu liczba kierowców o stężeniu rzędu jednego promila i wyższego. Nawet gdyby udało się wykazać istnienie omawianego związku, to takie uzasadnienie karania osób o niewielkiej zawartości alkoholu we krwi budziłoby poważne wątpliwości natury konstytucyjnej – osoby prowadzące pojazd przy niższym stężeniu nie byłyby karane za stwarzane przez siebie abstrakcyjne zagrożenie, lecz byłyby wykorzystywane w sposób instrumentalny do wysłania „sygnału ostrzegawczego” wobec kierowców czy rowerzystów o wyraźnie wyższym stężeniu alkoholu we krwi¹⁰⁵. Ukarany sprawca posłużyłby tym samym aparatowi państwa jako narzędzie w osiągnięciu celu pozytywnej

¹⁰² E. Ezlan, K. Luchmann, D. Hatz, R. Urban, Experimentelle..., *op. cit.*, s. 372.

¹⁰³ R. Huhn, Die 1,1 Promille-Grenze für Radfahrer: Ein Gesetzesvorschlag..., *op. cit.*, s. 331

¹⁰⁴ D. O. Bönke, Promillegrenze im Straßenverkehrsrecht – weniger ist mehr?, Blutalkohol vol. 49 (2012), nr 4, suplement s. 13; podobnie w odniesieniu do wprowadzenia progu 0,5‰ w § 24a StVG U. Scheffler, Viel hilft viel? Bemerkungen zur Gesetzgebung am Beispiel von § 24a StVG, Blutalkohol vol. 39 (2002), nr 3, s. 177.

¹⁰⁵ W odniesieniu do prowadzących pojazdy mechaniczne U. Scheffler, Viel..., *op. cit.*, s. 177–178.

prewencji generalnej – wymierzona mu kara nie byłaby już proporcjonalna do jego indywidualnej winy, lecz miałaby na celu jedynie wywołanie określonego efektu w społeczeństwie. Przedmiotowe traktowanie sprawcy stanowi natomiast naruszenie przysługującej mu godności człowieka zarówno w świetle art. 30 polskiej Konstytucji¹⁰⁶, jak i art. 1 niemieckiej Ustawy zasadniczej (*Grundgesetz*)¹⁰⁷.

Na tym tle obowiązujący obecnie w Polsce próg 0,2‰ wydaje się zbyt niski. Wprawdzie również przy tak niskim stężeniu alkohol nie pozostaje bez wpływu na kondycję psychomotoryczną człowieka, ale zazwyczaj nie obniża on sprawności w tak dużym stopniu, by wyraźnie zwiększyć zagrożenie poważnymi błędami w prowadzeniu roweru. Przyjęcie jednolitej granicy dopuszczalnego stężenia dla wszelkiego rodzaju pojazdów, jak ma to miejsce w Polsce, sprawia, że norma ta jest przejrzysta i łatwa do zapamiętania, ale nie można zapominać, że panowanie nad rowerem jest łatwiejsze niż nad samochodem¹⁰⁸. Przy tym samym stężeniu alkoholu we krwi prowadzący rower jest w stanie w większym stopniu kontrolować ten pojazd (nie wspominając już o tym, że rowerzysta zazwyczaj nie wyrządza szkód tych rozmiarów co pijany kierowca pojazdu mechanicznego)¹⁰⁹. Jako że jednolita dolna granica intoksykacji z natury rzeczy będzie dopasowana do wymagań trudniejszego do opanowania i bardziej niebezpiecznego rodzaju pojazdu, to granica ta będzie ustalona wobec rowerzystów „na wyrost”.

Również na tle innych państw europejskich polska granica 0,2‰ wydaje się zbyt surowa. Oprócz sześciu państw¹¹⁰, w których rowerzystów obowiązuje zerowy próg stężenia alkoholu we krwi, polska granica jest najbardziej restrykcyjna na kontynencie¹¹¹. Warto byłoby więc rozważyć podniesienie jej do progu uwzględniającego omawiane wyniki badań,

¹⁰⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483); P. Tułaja, Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy), Zakamycze 2003, s. 109.

¹⁰⁷ U. Scheffler, *Viel...*, *op. cit.*, s. 177–178; tak stałe orzecznictwo BVerfG, np. postanowienie z dnia 9 czerwca 1970 r., sygn. 1 BvL 24/69, BVerfGE 28, 386, s. 391; ostatnio wyrok z dnia 19 marca 2013 r., sygn. 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168, s. 198; oraz niemiecka doktryna, np. P. Bađura, *Generalprävention und Würde des Menschen*, *JuristenZeitung* 1964, nr 11–12, s. 343–344.

¹⁰⁸ Por. R. Huhn, *Die 1,1 Promille–Grenze für Radfahrer: Ein Gesetzesvorschlag...*, *op. cit.*, s. 329–330.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 330.

¹¹⁰ Czech, Estonii, Rosji, Słowacji, Rumunii i Węgier.

¹¹¹ Zob. zestawienie europejskich progów, (w:) A. Łączek, *Europa wobec nietrzeźwych rowerzystów*, <http://ibikekrakow.com/2012/06/06/europa-wobec-nietrzezwych-rowerzystow/> (stan na dzień 22 czerwca 2012 r.).

a jednocześnie akceptowalnego dla społeczeństwa. Za punkt wyjścia dyskusji można przyjąć stężenie 0,5–0,8‰ alkoholu we krwi, niższe niż w Niemczech, gdyż w Polsce przepisy z progiem ilościowym są jedynymi unormowaniami tej materii i nie są uzupełniane przez przepisy karne z progiem jakościowym.

V. Podsumowanie

Prawodawca polski słusznie dokonał kontrawencjonalizacji kierowania pojazdem niemechanicznym po spożyciu alkoholu. W systemie karnym opartym na karze pozbawienia wolności nie ma bowiem miejsca na penalizację czynu o stosunkowo niskiej szkodliwości społecznej i dokonywanego często przez osoby niedopuszczające się poza tym poważniejszych przewinień. Warto byłoby ponadto rozważyć dalsze złagodzenie prawa przez podwyższenie akceptowalnego stężenia alkoholu we krwi.

Niemiecką reformę można natomiast oceniać ambiwalentnie. Jej wprowadzenie nie wywołałoby poważnych negatywnych skutków, jakich doświadczyła Polska. Ponadto proponowany próg dopuszczalnego stężenia alkoholu został ustalony w przemyślany sposób. Mimo to trzeba pamiętać, że załatana „luka” penalizacyjna obejmowałaby jedynie rowerzystów (i kierujących innymi pojazdami niemechanicznymi):

- którzy nie spowodowali konkretnego niebezpieczeństwa dla zdrowia, życia lub mienia znaczących rozmiarów (ci sprawcy odpowiadają bowiem za przestępstwo z § 315c StGB¹¹², zagrożone karą pozbawienia wolności do lat pięciu lub karą grzywny)¹¹³,
- prowadzących pojazd w sposób nierzucający się w oczy, czyli przynajmniej w trakcie ich obserwacji przez policję niewykazujących widocznych deficytów sprawności (co umożliwiłoby przyjęcie względnej niezdolności do prowadzenia pojazdu wg § 316 StGB¹¹⁴).

¹¹² W przypadku sprawców będących po spożyciu alkoholu właściwy jest ust. 1 pkt 1 lit. a alt. 2.

¹¹³ Co podkreśla U. Scheffler, Neue..., *op. cit.*, s. 76–77.

¹¹⁴ Po publikacji wyników düsseldorfskich badań ministrowie sprawiedliwości krajów związkowych uznali, że interwencja ustawodawcza nie jest konieczna, skoro § 316 StGB umożliwia karanie rowerzystów z niższym stężeniem alkoholu we krwi w ramach względnej niezdolności do prowadzenia pojazdu – zob. uchwałę 85. Konferencji Ministrów Sprawiedliwości, która odbyła się 25–26 czerwca 2014 r., opublikowaną w: *Blutalkohol* vol. 52 (2015), nr 1, s. 23.

Biorąc pod uwagę, że reforma dotknęłaby najmniej niebezpieczną grupę nietrzeźwych rowerzystów, a statystyki dotyczące wypadków z udziałem nietrzeźwych rowerzystów wskazują na tendencję spadkową¹¹⁵, wydaje się, że reforma niemieckiego prawa nie jest niezbędna¹¹⁶.

Drink-cycling legislation of Poland and Germany

Abstract

In 2013, the Polish legislation was amended to partially decriminalize driving of vehicles other than motor vehicles while impaired by alcohol. In Germany, however, there are voices calling for stricter laws that would come closer to the old Polish legislation. Currently, the German laws use the criterion of “capability of having proper control of a vehicle” instead of any special blood alcohol concentration limit for those cycling. When compared, Polish and German legislations and experience, as well as most recent results of research undertaken by German traffic medicine scholars show that the amendment to the Polish legislation was a step in the right direction and an increase of the legal blood alcohol concentration limit should be considered. No amendment is needed to the German laws; however, even if they are amended, such amendment will never have such an adverse impact as the old Polish legislation used to have.

¹¹⁵K. R. Maatz, Absenkung..., *op. cit.*, suplement s. 9–10.

¹¹⁶*Ibidem*; por. też uchwałę 85. Konferencji Ministrów Sprawiedliwości, Blutalkohol vol. 52 (2015), nr 1, s. 23; krytycznie wobec reformy U. Scheffler, Neue..., *op. cit.*, s. 81.

Rafał Rejmانيak

Pojęcie broni palnej

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest analiza definicji legalnej broni palnej zawartej w art. 7 ust. 1 ustawy o broni i amunicji. Opracowanie niniejsze stanowi polemikę do tez wysuniętych przez P. Grzegorzcyka i Z. Wardaka w artykule „Pojęcie broni palnej w prawie karnym”, które ukazało się w 10 numerze „Prokuratury i Prawa” z 2017 r. Autorzy przytoczonego opracowania, stawiają tezę, że ze względu na istotne zmiany w treści definicji legalnej broni palnej, wykorzystywanie jej do budowy norm prawnych na gruncie prawa karnego prowadziłoby do absurdu i proponują w tym zakresie wykorzystanie kryminalistycznej definicji broni palnej. Autor niniejszego opracowania poddaje analizie poszczególne elementy legalnej definicji broni palnej wskazujące konstytutywne cechy takiej broni, co prowadzi do wniosków, że w istocie definicja ta w dużym stopniu zbieżna jest rozumieniem „broni palnej” przyjmowanym w nauce kryminalistyki. Samo zaś wykorzystanie definicji legalnej „broni palnej” na gruncie kodeksu karnego jest dopuszczalne i nie prowadzi do skutków niedających się zaakceptować z perspektywy założenia racjonalności prawodawcy.

W opracowaniu „Pojęcie broni palnej w prawie karnym” opublikowanym w październikowym numerze „Prokuratury i Prawa” z 2017 r.¹ Autorzy zawarli tezy, że obecnie funkcjonująca w ustawie o broni i amunicji² definicja broni palnej jest odmienna niż rozumienie tego pojęcia przyjęte na gruncie kryminalistyki. Ze względu na radykalne rozbieżności tych definicji, Autorzy stwierdzają, że uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03³ zdezaktualizowała się po

¹ P. Grzegorzcyk, Z. Wardak, Pojęcie broni palnej w prawie karnym, Prokuratura i Prawo 2017, nr 10, s. 85–99.

² Ustawa z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji, tekst jedn. Dz. U. 2017 r., poz. 1839 – dalej: u.b.a.

³ Uchwała 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 września 2004 r., sygn. I KZP 39/03, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Izba Wojskowa 2004, nr 2, poz. 13.

zmianie treści definicji ustawowej w 2011 r.⁴ Swoje rozważania Autorzy konkludują stwierdzeniem, iż *de lege lata* nie należy wykorzystywać definicji legalnej broni palnej w konstruowaniu norm prawa karnego, a oprzeć się należy na definicji kryminalistycznej. Celem niniejszego opracowania jest podjęcie polemiki z częścią tez zaprezentowanych w przytoczonym opracowaniu.

Na wstępie rozważań poczynić należy uwagę, że do wejścia w życie ustawy z 21 maja 1999 r. o broni i amunicji w prawie polskim brak było definicji treściowej pojęcia „broń palna”. Ze względu na zainteresowania badawcze kryminalistyki, to właśnie ta nauka stała się naturalnym środowiskiem, gdzie kształtowało się pojęcie broni palnej wystarczająco precyzyjne na potrzeby prawa karnego. We wspomnianej ustawie po raz pierwszy wprowadzono definicję legalną broni palnej, określając cechy konstytutywne umożliwiające zakwalifikowanie danego przedmiotu jako desygnatu nazwy „broń palna”. Zgodnie z pierwotnym brzmieniem art. 7 u.b.a., bronią palną było „niebezpieczne dla życia lub zdrowia urządzenie, które w wyniku działania sprężonych gazów, powstających na skutek spalania materiału miotającego, jest zdolne do wystrzelenia pocisku lub substancji z lufy albo z elementu zastępującego lufę, a przez to do rażenia celów na odległość”. Definicja ta była w znacznej mierze zbieżna z poglądami głoszonymi w nauce kryminalistyki. Istotną różnicę zaś stanowiło objęcie zakresem definicji broni palnej również broni gazowej, zarówno poprzez określenie „wystrzelenia substancji” w definicji treściowej, jak i wskazanie broni gazowej jako broni palnej w niepełnej definicji zakresowej w art. 4 ust. 1 pkt 1 u.b.a.⁵

Ze względu na fakt, że definicja treściowa „broni palnej” znalazła się w ustawie o broni i amunicji, zaś w kodeksie karnym⁶ stypizowane zostały przestępstwa, w których broń palna stanowi znamię przedmiotowe,

⁴ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, Dz. U. Nr 36 poz. 195.

⁵ Rozwiązanie spotkało się z krytyką ze strony przedstawicieli kryminalistyki. Zob. B. Kurzępa, Ustawa o broni i amunicji. Komentarz, Warszawa 2010, s. 74; M. Nowożen-ny, Przegląd definicji pojęcia „broń palna” z punktu widzenia prawa karnego i kryminalistyki, (w:) L. Bogunia (red.), Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. VII, Wrocław 2001, s. 233; L. Stępką, Ustawa o broni i amunicji – uwagi krytyczne *de lege lata* i *de lege ferenda*, (w:) V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), Kryminalistyka dla prawa, prawo dla kryminalistyki, Toruń 2010, s. 222; M. Kulicki, Dowodowa problematyka współczesnej broni strzeleckiej, Kraków 2001, s. 31–37.

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn. Dz. U. 2017 r., poz. 2204 ze zm. – dalej: k.k.

pojawił się problem ustalenia relacji ustawowej definicji legalnej do broni palnej jako znamienia czynu zabronionego. Problem ten komplikowało ponadto występowanie w kodeksie karnym pojęcia „broń palna” w dwóch rolach: jako przedmiotu czynności wykonawczej przestępstwa (art. 263 k.k.) oraz jako narzędzia przestępstwa (art. 159 k.k., art. 223 § 1 k.k., art. 280 § 2 k.k.). W literaturze pojawiły się trzy możliwe rozwiązania tej kwestii, które zostaną syntetycznie przedstawione poniżej.

Pierwszy pogląd zakładał odrębność ustawy o broni i amunicji od kodeksu karnego. Akty te, zdaniem przedstawicieli tego stanowiska, są od siebie niezależne i nie należy automatycznie przekładać definicji z jednego aktu prawnego do drugiego. Mają one bowiem inne cele do osiągnięcia. Ustawa o broni i amunicji określa administracyjnoprawne warunki uzyskania pozwolenia na broń, zaś kodeks karny określa typy czynów zabronionych jako przestępstwa. O ograniczeniu legalnej broni palnej jedynie do obszaru ustawy o broni i amunicji, ostatecznie rozstrzygać miałyby użycie zwrotu „w rozumieniu ustawy” w definicji z art. 7 ust. 1 u.b.a.⁷

Drugie z proponowanych stanowisk zakłada, że wykorzystanie definicji legalnej broni palnej z ustawy o broni i amunicji jest konieczne aby skonstruować normy sankcjonowane związane z art. 263 k.k. Zdaniem przedstawicieli tego poglądu, zawarta w art. 263 § 2 k.k. klauzula normatywna „bez zezwolenia” nakazuje odniesienie się do aktu prawnego, który określa owe zezwolenia. Innymi słowy, by odróżnić, czy posiadanie określonej broni palnej stanowi czyn zabroniony, czy nie, konieczne jest sięgnięcie do aktu normatywnego, który określa warunki zgodnego z prawem posiadania takiego przedmiotu⁸. Co więcej, zgodnie z dyrektywami wykładni językowej, jeżeli dany akt normatywny nie definiuje pojęcia, które zostało w nim użyte, należy w pierwszej kolejności sięgnąć do aktu normatywnego podstawowego dla danej dziedziny regulacji⁹. W tym przypadku podstawowym aktem prawnym jest ustawa o broni i amunicji. Przedstawiciele tego poglądu dostrzegając jednak podwójną rolę broni palnej w różnych typach przestępstw, twierdzą, że wykorzystanie definicji ustawowej powinno zostać ograniczone jedynie do przestępstw, w których stanowi ona przedmiot czynności wykonawczej. W przypadkach zaś, gdzie broń palna występuje w roli narzędzia prze-

⁷ Zob. Z. Jeleń, Pojęcie broni palnej, *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 5, s. 67–68.

⁸ Zob. W. Wolter, Klauzule normatywne w przepisach karnych, *Krakowskie Studia Prawnicze* 1969, nr 3, s. 27.

⁹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2012, s. 212.

stępstwa należałoby przyjąć kryminalistyczną wersję definicji broni palnej¹⁰. Rozróżnienie to wynika z założenia, że w przypadku przestępstw, w których broń palna stanowi narzędzie, powinna ona być niebezpieczna *in concreto*, zaś w przypadku broni palnej jako przedmiotu czynności wykonawczej do poniesienia odpowiedzialności karnej wystarcza już, że broń taka jest niebezpieczna *in abstracto*. Stanowi to, zdaniem przedstawicieli tego poglądu, uzasadnienie wystarczające do odejścia od zakazu wykładni homonimicznej.

Trzecie stanowisko uzasadnia konieczność wykorzystania definicji ustawowej broni palnej do określania znamion przestępstwa z art. 263 § 2 k.k. w taki sam sposób jak drugi z zaprezentowanych poglądów. Przedstawiciele tej koncepcji uznają jednak, że podwójna rola broni palnej na gruncie kodeksu karnego nie jest argumentem pozwalającym odrzucić zakaz wykładni homonimicznej, co oznacza przyjęcie jednolitego rozumienia tego pojęcia na gruncie całego kodeksu karnego¹¹. Przedstawiciele tego stanowiska budują więc pewną kilkuelementową konstrukcję relacji pomiędzy ustawą o broni i amunicji a kodeksem karnym:

- w Kodeksie karnym brak jest definicji legalnej broni palnej,
- zgodnie z dyrektywami wykładni językowej, znaczenia pojęcia broni palnej należy poszukiwać na gruncie aktu normatywnego podstawowego dla danej problematyki, którym w tym przypadku będzie ustawa o broni i amunicji,
- w ustawie o broni i amunicji znajduje się definicja legalna broni palnej, Uwzględnienie wspomnianych powyżej dyrektyw wykładni wzmocnionych użytą w art. 263 § 2 k.k. klauzulą normatywną nakazuje przyjęcie, że definicja legalna broni palnej ma zastosowanie również na gruncie art. 263 § 2 k.k.

Zastosowanie kolejnej dyrektywy wykładni – zakazu wykładni homonimicznej – nakazuje uznać, że definicja legalna broni palnej ma zastosowanie również do budowania norm prawnych na gruncie pozostałych przepisów kodeksu karnego.

Przedstawiciele tego stanowiska podnoszą, że nadanie różnego znaczenia pojęciu „broń palna”, które występuje w roli przedmiotu czynności wykonawczej i w roli narzędzia przestępstwa, prowadzi do absurdu. Za-

¹⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2002 r., sygn. V KKN 376/01, Orzecnictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Izba Wojskowa 2003, nr 1–2, poz. 12; Wyrok Sadu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 5 grudnia 2001 r., sygn. II AKa 269/01, Krakowskie Zeszyty Sądowe 2002, nr 1, poz. 17.

¹¹ R. A. Stefański, Glosa do postanowienia z dnia 4 listopada 2002 r., sygn. V KKN 376/01, Państwo i Prawo 2003, nr 7, s. 126.

chowanie bowiem osoby, która posiada bez zezwolenia broń gazową i będzie posługiwać się nią podczas rozboju należałoby zakwalifikować jako posiadanie broni palnej bez zezwolenia (art. 263 § 2 k.k.), ale już nie jako rozbój w typie kwalifikowanym, a w typie podstawowym (art. 280 § 1 k.k.). Ten sam przedmiot więc na gruncie kodeksu karnego jednocześnie byłby i nie byłby bronią palną.

Problem relacji definicji legalnej broni palnej zawartej w ustawie o broni i amunicji Sąd Najwyższy rozstrzygnął w uchwale z dnia 29 stycznia 2004 r., sygn. I KZP 39/03, w której zajął trzecie z prezentowanych stanowisk¹².

Legalna definicja treściowa broni palnej zmieniona została dwukrotnie. Pierwszej zmiany dokonano ustawą nowelizującą z dnia 14 lutego 2003 r.¹³ Zmiana polegała na dodaniu definicji broni palnej alarmowej i sygnałowej. Dostrzeżono bowiem, że taka broń nie posiada wszystkich cech konstytutywnych wskazanych w definicji legalnej broni palnej¹⁴. Druga zmiana, o wiele istotniejsza z perspektywy niniejszego opracowania, spowodowana była nowelizacją ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. Od wejścia w życie tej nowelizacji, broń palna zdefiniowana została jako „każda przenośna broń lufowa, która miota, jest przeznaczona do miotania lub może być przystosowana do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego”, dodano również art. 7 ust. 1a u.b.a., w którym wyjaśniono, że przedmiotem dającym się przystosować do miotania jednego lub większej liczby pocisków lub substancji w wyniku działania materiału miotającego jest taki przedmiot, który ze względu na swoją budowę lub materiał, z którego jest wykonany, może być łatwo przerobiony w celu miotania.

Autorzy opracowania „Pojęcie broni palnej w prawie karnym” dostrzeżli przy tym, że nowelizacja z 2011 r. miała na celu implementację Dyrektywy Rady z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie kontroli nabywania i po-

¹² Stanowisko to Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach utrzymuje również po nowelizacji ustawy o broni i amunicji w 2011 r. – zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. IV KK 10/13, Lex nr 1504581. W zakresie zastosowania innych przepisów ustawy o broni i amunicji na gruncie kodeksu karnego zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. IV KK 343/14, Lex nr 1628956.

¹³ Ustawa z dnia 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz o zmianie ustawy o Biurze Ochrony Rządu, Dz. U. Nr 52, poz. 451.

¹⁴ Uzasadnienie Rządowego Projektu ustawy o zmianie ustawy o broni i amunicji z dnia 24 października 2002 r. (Druk nr 1048), oficjalna witryna internetowa Sejmu, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruk/1048/\\$file/1048.PDF](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruk/1048/$file/1048.PDF), s. 20 (dostęp w dniu 8 stycznia 2018 r.).

siadania broni¹⁵ zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 maja 2008 r.¹⁶, stwierdzili jednak, że mechaniczne przeniesienie treści dyrektywy do polskiego porządku prawnego nie jest rozwiązaniem prawidłowym, gdyby tak miało bowiem być, to prawodawca europejski wydałby bezpośrednio wiążące rozporządzenie, a nie dyrektywę¹⁷. Do tezy tej należy poczynić kilka uwag komentarza.

Dyrektywa jest swoistym źródłem prawa Unii Europejskiej, bowiem aby jej regulacje znalazły się w krajowym porządku prawnych konieczne jest jej implementowanie poprzez wydanie krajowych aktów prawnych. Ta cecha dyrektywy wynika z jej charakteru, jest ona bowiem instrumentem ujednolicania prawa w państwach Unii Europejskiej. Wiąże ona co do rezultatu, pozostawiając zaś decyzję o sposobie osiągnięcia wyznaczonego skutku prawodawcy krajowemu¹⁸. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby ustawodawca krajowy pewną część treści dyrektywy wykorzystał bezpośrednio w przepisach prawa krajowego. Nietrafnym wydaje się zaś oczekiwanie od prawodawcy krajowego, aby nie korzystał z treści dyrektywy podczas jej implementowania. Niekiedy wręcz, przez poziom szczegółowości dyrektywy, zakres swobody krajowego prawodawcy jest w dużym stopniu ograniczony¹⁹.

Nie można również tracić z pola widzenia faktu, że definicja broni palnej określona w dyrektywie nie została przeniesiona mechanicznie, a została zmodyfikowana poprzez objęcie nią również broni gazowej (dodanie zwrotu „lub substancji” do definicji ustawowej) oraz usunięcie wymogu, aby przedmiot dający się łatwo przystosować miał wcześniej kształt broni palnej. W związku z powyższym, zarzut, jakoby ustawodawca bezrefleksyjnie wprowadził definicję broni palnej zamieszczoną w dyrektywie do polskiego porządku prawnego, wydaje się chybiony.

Mimo krytyki sposobu implementacji dyrektywy, jak się wydaje, nie budzi wątpliwości Autorów opracowania twierdzenie, że definicja broni

¹⁵ Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1991 r. w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni, 91/477/EWG, Dz. Urz. UE L 256/51.

¹⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 maja 2008 r. zmieniająca dyrektywę Rady 91/477/EWG w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni, 2008/51/WE, Dz. Urz. UE L 179/5.

¹⁷ P. Grzegorzczak, Z. Wardak, *op. cit.*, s. 91.

¹⁸ Zob. np. A. Szachon-Przeny, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, (w:) A. Kuś (red.), *Prawo instytucjonalne Unii Europejskiej w zarysie*, Lublin 2012, s. 225–226; R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *Zarys prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2014, s. 138–139; J. Maliszewska-Nienartowicz, *System Instytucjonalny i prawny Unii Europejskiej*, Toruń 2010, s. 281.

¹⁹ R. Adam, M. Safjan, A. Tizzano, *op. cit.*, s. 138–139.

palnej ukształtowana nowelizacją z 2011 r. jest definicją wiążącą. Autorzy jednak ze względu na znaczne rozbieżności tej definicji z definicją kryminalistyczną ograniczają jej zastosowanie jedynie do ustawy o broni i amunicji.

To właśnie nowelizacja z 2011 r. stanowiła asumpt do wysunięcia przez Autorów opracowania „Pojęcie broni palnej w prawie karnym” tezy, że ze względu na zmianę normatywną uchwała Sądu Najwyższego została zdezaktualizowana. Definicji tej Autorzy zarzucili zignorowanie przyjętego w kryminalistyce rozumienia broni palnej poprzez:

- brak ujęcia, jako cechy konstytutywnej, broni palnej jako niebezpiecznego dla życia lub zdrowia człowieka urządzenia,
- brak ujęcia, jako cechy konstytutywnej, zdolności broni do wystrzelenia pocisku z lufy albo elementu ją zastępującego,
- brak ujęcia, jako cechy konstytutywnej, zdolności broni do rażenia na odległość,
- brak ujęcia, jako cechy konstytutywnej, zdolności do wystrzeliwania pocisku (wskutek spalania się materiału miotającego)²⁰.

Wypada przytoczone zarzuty poddać analizie i zbadać, czy rzeczywiście definicja legalna tak znacząco obiega od definicji kryminalistycznej, że nie jest możliwe jej wykorzystanie na potrzeby prawa karnego. W dalszej części niniejszego opracowania przyjęto właściwe dla derywacyjnej koncepcji wykładni założenie *omnia sunt interpretanda*²¹. Sam zaś proces poddania wykładni definicji legalnej jest dopuszczalny, gdyż definicja taka jest przepisem prawnym, a z definicji tej odtwarza się normę prawną nakazującą uwzględniać określone znaczenie danego zwrotu przy wykładni przepisów prawnych, w których zwrot taki występuje²².

Broń palna jako urządzenie niebezpieczne dla życia lub zdrowia człowieka

Pierwszy z przytoczonych zarzutów dotyczy braku wskazania niebezpieczności dla życia i zdrowia jako cechy definicyjnej broni palnej. Choć Autorzy opracowania wskazują, że „znamię niebezpieczeństwa imma-

²⁰ P. Grzegorzcyk, Z. Wardak, *op. cit.*, s. 90–91.

²¹ Derywacyjna koncepcja wykładni prawa odrzuca bowiem założenie *clara non sunt interpretanda*, pojmowane jako konieczność eliminacji interpretacji wyrazu lub wyrażenia, gdyby nie powodowało one u interpretatora żadnych wątpliwości – zob. M. Zieliński, *op. cit.*, s. 253.

²² *Ibidem*, s. 214–215.

nentnie wpisane jest w charakter tego urządzenia i jego przeznaczenia”²³, to zauważyć należy, że w literaturze kryminalistyki występowały poglądy, że element niebezpieczności nie jest cechą naturalną broni palnej i nie należy go wynosić do rangi cechy konstytutywnej²⁴. Kwestią problematyczną jest przy tym, jaki charakter powinno mieć niebezpieczeństwo, które stanowiłoby element definicji broni palnej. Jeżeli broń palna miałaby być niebezpieczna *in concreto*, to w prosty sposób można byłoby uniknąć odpowiedzialności za nielegalne jej posiadanie. Jeżeli zaś cechą broni palnej jest niebezpieczeństwo *in abstracto* (jak się wydaje, o ten rodzaj niebezpieczeństwa chodzi Autorom), to posługiwanie się bronią palną niezaladowaną podczas rozboju powodować będzie odpowiedzialność za typ kwalifikowany rozboju²⁵. W przypadku „innych urządzeń”, które nie są tak niebezpieczne *in abstracto* jak typowa broń palna, a również zostają na mocy definicji zaliczone do kategorii broni palnej sprawa ma się nieco inaczej.

Na gruncie definicji broni palnej, wskazującej niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia jako cechę konstytutywną (jak w pierwotnej treści art. 7 u.b.a.), przedmioty takie jak rewolwery strzelające gumowymi kulami, przystosowane i skonstruowane tylko do tego rodzaju amunicji, których użycie może spowodować zasinienia lub podbiegnięcia krwawe również mogły być potencjalnie kwalifikowane jako broń palna²⁶. Jak sami Auto-

²³ P. Grzegorzczak, Z. Wardak, *op. cit.*, s. 91.

²⁴ S. Adamczak, autor definicji broni palnej, która spotkała się z aprobatą przedstawicieli kryminalistyki, broń palną rozumiał jako „przyrząd (urządzenie), w którym sprężone gazy, powstałe podczas spalania się materiału miotającego, wyrzucają pocisk (pociski) z lufy lub elementu ją zastępującego” – zob. S. Adamczak, *Pojęcie broni palnej*, *Problemy Kryminalistyki* 1967, nr 66, s. 207. Co więcej, autor ten do próby wzbogacenia swojej definicji cechą zdolności rażenia człowieka przez B. Zajęca odniósł się krytycznie, stwierdzając, że kryterium to przesunęło definicję broni palnej na pocisk i zbędne jest wskazywanie przeznaczenia broni oraz ograniczenie zdolności rażenia tylko do człowieka – zob. S. Adamczak, *Retrospektywne spojrzenie na definicję broni palnej*, *Służba MO* 1974, nr 4–5, s. 709.

²⁵ Zob. np. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Komentarz do art. 280 k.k.*, (w:) *A. Zoł (red.), Kodeks Karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, Warszawa 2016, s. 135.

²⁶ Badanie zasadności bądź niezasadności kwalifikacji takich rewolwerów jako broni palnej przekracza ramy niniejszego opracowania. Wydaje się jednak, że problem ten nie wynika z ukształtowania aktualnej definicji legalnej broni palnej, a raczej z braku zgodności co do zasady działania przedmiotu badania. Polskie Towarzystwo Kryminalistyczne broń taką jak Zoraki K–10 i Keseru K–10 kwalifikuje jako broń palną alarmową już od 2008 r. – zob. *Opinie Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego z dnia 17 czerwca 2008 r. nr BE–596/08 i z dnia 20 października 2010 r. nr BE–684/10* (definicja broni palnej alarmowej nie została znowelizowana), zaś organy Policji i część dok-

rzy opracowania wskazują w przypisie 30²⁷, wyjątkowo i w niesprzyjających okolicznościach urządzenie takie może spowodować śmierć. Urządzenia takie więc mogą powodować niebezpieczeństwo zbliżone do powodowanego przez broń gazową, sygnałową czy alarmową, których normalne użycie nie powinno stanowić zagrożenia dla życia lub zdrowia, a *de lege lata* są one zaliczane do kategorii broni palnej²⁸.

Wydaje się, że zmiana definicji broni palnej wcale nie musi oznaczać rezygnacji z niebezpieczności jako cechy konstytutywnej broni palnej. Zauważyć bowiem należy, że broń palna zdefiniowana została jako „przenośna broń lufowa”. To właśnie użycie określenia „broń” sugeruje pewien minimalny stopień niebezpieczności *in abstracto*, którym powi-

tryny przyjmuje, że jest to broń palna określona w art. 7 ust. 1 u.b.a., gdyż miota pocisk w wyniku działania materiału miotającego. Przedmioty te były więc kwalifikowane już jako broń palna przed zmianą definicji legalnej. Osią sporu jest, czy można uznać przedmiot taki za broń palną alarmową o kalibrze 6 mm. Innymi słowy – czy na jej legalne posiadanie wymagane jest pozwolenie, czy nie. Na marginesie dodać należy, że niezasadne jest kwalifikowanie tych rewolwerów jako przedmiotów dających się przystosować do miotania poprzez wzmocnienie naboju naważką prochu. Takie działanie nie jest przerabianiem broni, a modyfikowaniem amunicji. Odnośnie kwalifikacji prawnej rewolwerów gumowych – zob. K. Ćwik, H. Juszczyk, Kwalifikacja ustawowa rewolwerów KESERU K-10 i ZORAKI K-10 pod kątem legalności ich posiadania na terenie Polski, *Problemy Kryminalistyki* 2013, nr 279, s. 54–56. Kolejną kwestią niezbędną do ustalenia charakteru prawnego tych przedmiotów jest rozstrzygnięcie, czy przedmioty te zdolne są do miotania pocisków lub substancji wskutek działania materiału miotającego, w znaczeniu nadanym pojęciu „materiał miotający” w języku specjalistycznym. Stwierdzenie takiej zdolności powodowałoby takie same skutki zarówno przy wykorzystaniu pierwotnej, jak i aktualnej definicji legalnej broni palnej. Zob.: M. Kulicki, L. Stępką, Prawne i kryminalistyczne pojęcie broni strzeleckiej w świetle zmian przepisów ustawy o broni i amunicji, (w:) A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. II, Toruń 2012, s. 443–446; Z. Bogusz, P. Grzegorzczak, W. Thiel, Z. Wardak, *Kryminalistyczna problematyka broni akustyczno-pneumatycznej*, (w:) M. Goc, E. Gruza, T. Tomaszewski, *Co nowego w kryminalistyce – przegląd zagadnień z zakresu zwalczania przestępczości*, Warszawa 2011, s. 35–36; P. Grzegorzczak, Z. Wardak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2016 r., sygn. II KK 47/16*, *Studia prawnoustrojowe* 2017, nr 36, s. 161–162; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2017 r., sygn. II KK 47/16, *Lex nr 2077541*; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 4 listopada 2015 r., sygn. III KK 122/15, *Lex nr 1941895*.

²⁷ P. Grzegorzczak, Z. Wardak, *op. cit.*, s. 90. Por. badania przeprowadzone, (w:) M. Kulicki, H. Juszczyk, Uszkodzenia spowodowane pociskami wystrzelowanymi z rewolwerów ZORAKI R1 mod. 10–K kal. 6 mm/10 mm, *Problemy Kryminalistyki* 2015, nr 290, s. 21–34.

²⁸ Zob. badania prowadzone w Instytucie Medycyny Sądowej Uniwersytetu w Kopenhadze przytaczane, (w:) J. Kasprzak, *Broń obywatelska*, Mińsk Mazowiecki 1991, s. 28–29.

nien charakteryzować się przedmiot, aby mógł zostać uznany za broń palną²⁹. „Broń” jest bowiem przez Słownik języka polskiego definiowana jako „narzędzie walki, przedmiot służący do obrony własnej lub do atakowania nieprzyjaciela, oręż”³⁰. Wydaje się więc, że w tym określeniu *implicite* zawarty jest wymóg minimalnego poziomu niebezpieczności dla życia lub zdrowia. Za takim rozumieniem broni przemawia również definicja zakresowa zawarta w art. 4 u.b.a.

Co więcej, cecha niebezpieczności broni palnej uwypuklana jest również na gruncie kodeksu karnego. W tych bowiem typach przestępstw, gdzie broń palna stanowi narzędzie przestępstwa, występuje zwrot „broń palna, nóż lub inny podobnie niebezpieczny przedmiot”. Również więc kodeks karny nakazuje uznanie za broń palną przedmiotu, który zawiera w sobie pewien ładunek niebezpieczeństwa. Co więcej, niebezpieczność broni palnej, obok noża, stanowi również kryterium oceny niebezpieczności innych przedmiotów, przy czym chodzi tu o niebezpieczność *in abstracto*³¹.

Oceny stopnia niebezpieczności broni palnej *in concreto* dokonywać będzie zaś sąd. Skutki tej oceny mogą objawiać się w sędziowskim wymiarze kary za popełnienie konkretnego czynu, a nawet w przyjęciu znikomej społecznej szkodliwości czynu.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że sam fakt niewyrażenia wprost w redakcji definicji broni palnej elementu jej niebezpieczności, nie oznacza, że ta cecha broni palnej przez ustawodawcę została pominięta.

Zdolność broni palnej do wystrzelenia pocisku z lufy albo elementu ją zastępującego

Kolejny zarzut prezentowany przez Autorów opracowania „Pojęcie broni palnej w prawie karnym” dotyczy zmiany definicji legalnej poprzez usunięcie jej fragmentu dotyczącego objęcia pojęciem broni palnej również broni, w których nie występuje lufa, a jakiś zastępujący ją element. Problem ten dostrzegany i podnoszony był już w literaturze. Jako przykład takiego przedmiotu podaje się granatnik przeciwpancerny RPG-7³²,

²⁹ R. Rejmank, Wyrabianie, handel i posiadanie broni palnej oraz amunicji w Polsce. Aspekty karnoprawne i kryminologiczne, Toruń 2017, s. 51.

³⁰ E. Sobol (red.), Mały słownik języka polskiego, Warszawa 2000, s. 66.

³¹ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 136–137.

³² Zob. A. Herzog, Ustawa o broni i amunicji po nowelizacji, Prokuratura i Prawo 2011, nr 10, s. 66–67.

przedmiotami takimi mogą być, jak się wydaje, również pewne rodzaje rewolwerów³³. Jest to niedomaganie definicji ustawowej, przez które uregulowaniom prawnym mogą wymykać się egzemplarze broni samodziłowej, konstrukcyjnie nieposiadające lufy. Również granatnik przeciwpancerny RPG–7 nie będzie kwalifikowany jako broń palna, niemniej jednak kwestię kwalifikacji prawnej posiadania amunicji do tej broni rozważać już należałoby w perspektywie art. 171 § 1 k.k. Amunicja ta zawiera bowiem materiał wybuchowy i zapalnik (przyrząd wybuchowy), a nie jest amunicją do broni palnej³⁴.

Autorzy opracowania, podnoszą również, że poza zakresem pojęcia broni palnej pozostaje także broń nieprzenośna – artyleryjska. Wydaje się, że rozwiązanie to było celowym zabiegiem ustawodawcy. Z jednej strony przyjął on rozumienie broni palnej jako przenośnej broni lufowej w ślad za dyrektywą. Z drugiej zaś, ustawodawca polski zdaje się odróżniać broń palną od broni artyleryjskiej jako dwa odrębne rodzaje broni. Świadczy o tym aktualne brzmienie art. 3 pkt 1 ustawy o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego³⁵, zgodnie z którym amunicja w tej ustawie rozumiana jest jako naboje wyposażone lub nie- wyposażone w materiały wybuchowe miotające pociski oraz ślepą amunicję, wykorzystywane w broni palnej i w broni artyleryjskiej przeznaczonej do użytku cywilnego.

Zdolność broni palnej do rażenia na odległość

Kolejną różnicą pomiędzy definicją legalną broni palnej a definicją kryminalistyczną jest rezygnacja ze wskazania zdolności do rażenia na odległość jako cechy konstytutywnej broni palnej. Kryterium odległości uznawane było w doktrynie kryminalistyki jako podstawa do wykluczenia

³³ Znane są konstrukcje rewolwerów, które nie są wyposażone w lufę. Zob. A. B. Żuk, *Rewolwery i pistolety*. Encyklopedia współczesnej krótkiej broni palnej, Warszawa 2014, s. 567–568.

³⁴ Zob. P. Petasz, *Komentarz do art. 171 k.k.*, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117–221*, Warszawa 2017, s. 421–422; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 marca 1997 r., sygn. II AKa 25/97, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 9, poz. 23.

³⁵ Ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego, tekst jedn. Dz. U. 2017 r., poz. 283. Zob. także uzasadnienie zmiany w: *Uzasadnienie Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o materiałach wybuchowych przeznaczonych do użytku cywilnego oraz niektórych innych ustaw* (Druk 275), oficjalna witryna internetowa Sejmu RP, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/F7571EF347C050B3C1257F640049A63A/%24File/275-c1.pdf>, s. 6–7.

z zakresu broni palnej takich urządzeń jak aparaty do uboju bydła czy osadzaki kołków metalowych.

Obecna definicja legalna za cechę konstytutywną broni palnej uznaje to, że broń taka „miotą, jest przeznaczona do miotania lub może być przystosowana do miotania”. Ustalenie znaczenia zwrotu „miotać” możliwe jest przy wykorzystaniu dyrektywy języka ogólnego. Sięgając do słownikowego brzmienia tego zwrotu, stwierdzić należy, że „miotać” oznacza „rzucać, ciskać czymś daleko z wielką siłą”³⁶. Cecha rażenia celów na odległość poprzez wystrzeliwanie pocisków lub substancji zastąpiona została miotaniem pocisków lub substancji. Dalej więc bronią palną nie będą ani aparaty do uboju bydła, ani osadzaki do kołków metalowych, nie miotają one bowiem pocisków lub substancji. W zakresie tej cechy więc nie nastąpiła zmiana normatywna, a jedynie zmiana redakcyjna przepisu³⁷.

Ważną zmianą jest natomiast objęcie definicją broni palnej broni, która miota, jest przeznaczona do miotania lub może być przystosowana do miotania. Rozszerzono więc zakres tej definicji w stosunku do brzmienia pierwotnego (zdolność do wystrzelenia pocisku lub substancji). Poza bronią, która faktycznie jest używana („miotą”), bądź w zamyśle twórcy przeznaczona jest do miotania, choćby nie oddano z niej jeszcze strzału („jest przeznaczona do miotania”), bronią palną jest broń, która może dopiero zostać przystosowana do miotania. Bronią taką w myśl art. 7 ust. 1a u.b.a. jest przedmiot, który ze względu na swoją budowę lub materiał, z którego jest wykonany, może być łatwo przerobiony w celu miotania.

Problemy interpretacyjne rodzi w szczególności trzecia grupa przedmiotów kwalifikowanych jako broń palna. Zestawienie bowiem treści art. 7 ust. 1 u.b.a. z art. 7 ust. 1a u.b.a. powoduje trudności z ustaleniem, czy przedmiot dający się przystosować musi być już przed przystosowaniem przenośną bronią lufową, czy też tego wymogu nie musi spełnić³⁸, co dostrzegają również Autorzy komentowanego opracowania³⁹. Co więcej, w takim ujęciu definicji broni palnej pojawia się paradoks, bowiem przedmiot niebędący bronią palną, który może zostać przystosowany do miotania, staje się bronią palną właśnie ze względu na możliwość jego przystosowania do miotania (potencjalną). Przedmiot taki więc jednocze-

³⁶ E. Sobol (red.), *op. cit.*, s. 463.

³⁷ O możliwości zmiany przepisu bez zmiany normatywnej zob. T. Grzybowski, *Wpływ zmian prawa na jego wykładnię*, Warszawa 2013, s. 40–41.

³⁸ A. Herzog, *op. cit.*, s. 67–68.

³⁹ P. Grzegorzczak, Z. Wardak, *op. cit.*, s. 92.

śnie jest i nie jest bronią palną – przyjęcie takiego rozumowania prowadziłoby więc do absurdu i zakwestionowania założenia o racjonalności prawodawcy.

Aby tę materię uporządkować należy ustalić, czy przedmiot dający się łatwo przystosować do miotania musi być przed przystosowaniem przenośną bronią lufową oraz jednoznacznie określić charakter takiego przedmiotu (czy jest bronią palną, czy nie).

Analizując ten problem w pierwszej kolejności sięgnąć należy do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/51/WE z dnia 21 maja 2008 r. zmieniającej dyrektywy Rady 91/477/EWG w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni, której implementacja spowodowała omawianą zmianę. Pozwala to na stwierdzenie, że definicja broni palnej w dyrektywie nie obejmuje broni gazowej. W preambule dyrektywy zmieniającej wskazano, że zmiana podyktowana jest m.in. koniecznością objęcia definicją broni palnej również broni, która daje się przerobić na broń palną. Celem więc objęcia definicją broni palnej w dyrektywie również przedmiotów dających się przystosować do miotania (pocisków, a nie substancji), było objęcie pojęciem broni palnej również broni gazowej. Taka interpretacja pozwala na stwierdzenie, że przedmiot dający się przystosować do miotania pocisków musi przed przystosowaniem do miotania mieć już charakter przenośnej broni lufowej. Tak również sugeruje redakcja definicji zawarta w dyrektywie: „do celów niniejszej dyrektywy »broń palna« oznacza każdą przenośną broń lufową, która (...) może być przystosowana do miotania jednego lub większej liczby pocisków (...)”. Uznanie więc, że każdy przedmiot (niebędący przenośną bronią lufową), który może zostać łatwo przerobiony w celu miotania pocisków, jest bronią palną wykracza poza zakres definicji broni palnej sformułowanej w dyrektywie.

Określenie charakteru przedmiotu dającego się przystosować do miotania również powinno za punkt wyjścia obrać definicję zawartą w dyrektywie. Przedmiot taki, będąc już przenośną bronią lufową (która może coś miotać, na co wskazuje posiadanie przez nią lufy), może być łatwo przystosowany do miotania pocisków (a nie substancji). Oznacza to, że w rozumieniu dyrektywy przedmiotem dającym się łatwo przystosować do miotania pocisków może być broń gazowa, jeżeli łatwe jest usunięcie z niej zabezpieczeń przed miotaniem pocisków (np. usunięcie przewężenia w lufie, bądź jej wymiana). Funkcja tej broni, polegająca na miotaniu substancji obezwładniającej, może zostać zamieniona na funkcję miotania pocisków. Broń taka już przed przystosowaniem zdolna jest do miotania, zmienia się jedynie „materiał”, który jest miotany. Takie rozumienie

dyrektywy wydaje się czynić zadość założeniu racjonalności prawodawcy. Bronią palną będzie bowiem taka przenośna broń lufowa, która miota inny „materiał” niż pocisk, ale łatwo jej sposób działania może zostać wykorzystany do miotania także pocisków. Bronią palną w rozumieniu dyrektywy będzie więc broń gazowa, mimo że nie miota ona pocisków, a substancję gazową.

Przejsięcie na grunt ustawy o broni i amunicji powoduje jednak istotne komplikacje. Po pierwsze rozszerzono definicję broni palnej o miotanie substancji, a więc wprost zaliczono broń gazową do kategorii broni palnej (do tej kategorii wprost zaliczono też broń sygnałową i alarmową). Określenie przedmiotu dającego się przystosować do miotania stało się więc bezprzedmiotowe. Niemniej jednak ustawodawca wprowadził również tę kategorię do definicji ustawowej.

Po drugie, ustawodawca wprowadzając w art. 7 ust. 1a u.b.a. definicję przedmiotu dającego się przystosować do miotania, istotnie ją zmodyfikował. W rozumieniu dyrektywy bowiem „przedmiot uznaje się za dający się przystosować do miotania jednego lub wielu pocisków w wyniku działania materiału wybuchowego, jeżeli: – ma wygląd broni palnej, i – ze względu na swoją budowę lub materiał, z którego jest wykonana, może być łatwo przerobiona we wspomnianym celu”. W definicji tej mowa jest o możliwości łatwego przerobienia „we wspomnianym celu”, a więc przerobienia w celu miotania jednego lub wielu pocisków w wyniku działania materiału wybuchowego. Polski ustawodawca zrezygnował z wymogu, aby broń taka miała wygląd broni palnej, co jednak bardziej istotne, w definicji ustawowej określił możliwość łatwego przerobienia „w celu miotania”. Zmieniony więc został sens definicji.

W rozumieniu dyrektywy przedmiotem dającym się przystosować do miotania pocisku jest przenośna broń lufowa, która ma zdolność miotania innych „materiałów” niż pociski, a przystosowanie polegać ma właśnie na wykorzystaniu tej zdolności do miotania pocisków za pomocą materiału wybuchowego. W rozumieniu ustawy o broni i amunicji zaś przedmiotem takim jest przenośna broń lufowa, która może być przerobiona w celu miotania. Broń taka nie może przed przerobieniem posiadać zdolności do miotania pocisków lub substancji za pomocą materiału miotającego, bowiem wtedy należałoby ją zakwalifikować jako broń, która „miotą” lub „jest przeznaczona do miotania” tych pocisków lub substancji.

W ustawie o broni i amunicji powstał więc intrygujący twór w postaci przenośnej broni lufowej, która nie miota i nie jest przeznaczona do miotania ani pocisków, ani substancji, a która w łatwy sposób może zostać

przerobiona, aby takie „materiały” miotać. Wydaje się że ta kategoria broni jest zbiorem pustym. Trudno bowiem wskazać w rzeczywistości jakiś przedmiot, który by miał tak określone cechy. Nie można jednak wykluczyć, że w przyszłości pojawi się jakiś obiekt, który mógłby do tej kategorii należeć. Nie wydaje się przy tym trafnym zaliczanie do tej kategorii broni palnej uszkodzonej lub niesprawnej, lecz którą w łatwy sposób można naprawić. Taka broń nie traci charakteru broni palnej⁴⁰. Ponadto użyte przez ustawodawcę określenia: „przystosowana”⁴¹ (art. 7 ust. 1 u.b.a.) i „przerobiony”⁴² (art. 7 ust. 1a u.b.a.), wskazują, że przedmiotowi takiemu nadana zostaje cecha, którą pierwotnie posiadał.

Pewnego komentarza wymaga również kwestia kategorii przenośnej broni lufowej, która jest przeznaczona do miotania. Autorzy opracowania „Pojęcie broni palnej w prawie karnym” wskazują, iż „brak kryterium, że ma to być narzędzie niebezpieczne, zdolne do rażenia celów na odległość, a jedynie m.in. przeznaczone do miotania powoduje objęcie zakresem tej definicji niezdolnych do wystrzału tzw. destruktywów oraz dekonstruktywów broni, które przecież zostały w chwili ich wyprodukowania przeznaczone do »miotania«, tyle że z uwagi na korozję lub pozbawienie cech użytkowych taką zdolność utraciły”⁴³. Autorzy ci wskazują, że zastosowanie definicji ustawowej na gruncie kodeksu karnego prowadzić będzie do objęcia penalizacją urządzeń, które bronią palną nie są, co powodować miałyby absurdalne rezultaty, niedające się pogodzić z celami odpowiedzialności karnej⁴⁴. Stwierdzić należy, że problem legalności posiadania destruktywów i dekonstruktywów jest nabrzmiałym problemem związanym z bronią palną. Co więcej, nie jest to problem powstały po wprowadzeniu nowego brzmienia definicji broni palnej⁴⁵. Ramy niniej-

⁴⁰ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 stycznia 2014 r., sygn. II AKa 228/13, Lex nr 1441569; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 kwietnia 2007 r., sygn. II AKa 431/06, Lex nr 312513.

⁴¹ „Przystosować” to „dostosować coś, zrobić coś odpowiednim, stosownym do określonych potrzeb, warunków itp.” Zob. E. Sobol (red.), *op. cit.*, s. 807.

⁴² „Przerobić” według słownika języka polskiego oznacza „zmienić kształt, formę czegoś, opracować coś powtórnie, na nowo, wykonać coś z czegoś innego”. Zob. E. Sobol (red.), *op. cit.*, s. 784.

⁴³ P. Grzegorzczak, Z. Wardak, *op. cit.*, s. 96.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Zob. np.: P. Lewandowski, Nielegalne poszukiwania, wydobywanie i przemyt militariów, *Przegląd Policyjny* 2007, nr 3, s. 53; W. Brywczyński, Kolekcjoner czy przestępca – w trosce o prawidłową interpretację pojęcia „broń palna”, *Problemy Współczesnej Kryminalistyki* 2008, t. XII, s. 55–57; J. Kasprzak, Wybrane zagadnienia związane z pojęciem broni palnej w świetle nowych regulacji i orzecznictwa, *Problemy Współczesnej Kryminalistyki* 2005, t. IX, s. 158.

szego opracowania nie pozwalają na szerszą analizę tej kwestii, a w szczególności rozstrzygnięcia problemów szczegółowych takich jak: określenia momentu, w którym przedmiot przestaje być bronią palną (czy gdy przedmiot taki będzie trwale niesprawny, czy gdy zostanie pozbawiony cech użytkowych przez uprawnionego przedsiębiorcę, czy gdy przedmiot zostanie zarejestrowany jako broń palna pozbawiona cech użytkowych) i określenia statusu prawnego istotnych części broni palnej (czy części broni palnej są bronią palną, czy jedynie bronią, czy posiadanie pojedynczej części broni palnej bez zezwolenia wyczerpuje znamiona przedmiotowe art. 263 § 2 k.k.). Pamiętać bowiem należy, że to właśnie ze względu na występowanie istotnych części broni palnej w destruktach posiadanie takich przedmiotów było i jest kwalifikowane przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości jako posiadanie broni palnej, nie zaś ze względu na treść definicji z art. 7 ust. 1 u.b.a.

Odnieść się należy także do zarzutu objęcia znowelizowaną definicją legalną również broni palnej pozbawionej cech użytkowych, gdyż przedmioty te były przeznaczone do miotania pocisków lub substancji w chwili ich wyprodukowania. Abstrahując od wyżej wskazanych problemów z tą kwestią związanych, uznać należy że celem procedury pozbawiania cech użytkowych broni palnej jest właśnie wyeliminowanie danego egzemplarza broni z kręgu desygnatów kategorii „broń palna”⁴⁶. Przyjęcie tezy, że broń taka pozostaje bronią palną, mimo pozbawienia jej cech użytkowych, przeczyłoby racjonalności ustawodawcy i prowadzić musiałoby do stwierdzenia, że przepisy prawne regulujące procedurę pozbawiania broni palnej cechy użytkowej są w istocie bezprzedmiotowe.

Z obecnego brzmienia definicji legalnej możliwe jest wyprowadzenie takich jej cech konstytutywnych, jak pewien poziom niebezpieczności i rażenie na odległość (miotanie) na skutek działania materiału miotającego. Jeżeli więc tych cech przedmiot nie będzie już posiadać (zakładając na potrzeby tego opracowania, że przedmiot przestaje być bronią palną po trwałej utracie cech konstytutywnych, bez konieczności formalnego potwierdzenia), to na podstawie samej tylko aktualnej definicji legalnej broni palnej nie będzie mógł być kwalifikowany jako broń palna,

⁴⁶ Projektodawca, proponując wprowadzenie do ustawy o broni i amunicji kategorii broni palnej pozbawionej cech użytkowych, w uzasadnieniu projektu wprost stwierdził, że broń taka przestaje być bronią palną w rozumieniu art. 7 u.b.a. Zob. uzasadnienie do Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o broni i amunicji (druk nr 1048), oficjalna witryna internetowa Sejmu RP, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/1048/\\$file/1048.PDF](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/1048/$file/1048.PDF), s. 16 (dostęp w dniu 9 stycznia 2018 r.).

choćby przedmiot ten był przeznaczony do miotania (w zamyśle twórcy tak miał być używany).

Zdolność broni palnej do wystrzeliwania pocisku (wskutek spalania się materiału miotającego)

Ostatnim z zarzutów poczynionych przez Autorów opracowania „Pojęcie broni palnej w prawie karnym” definicji legalnej broni palnej jest bezpodstawna rezygnacja ze wskazania zdolności do wystrzeliwania pocisków lub substancji wskutek spalania się materiału miotającego. Definicja obecnie formułuje element konstytutywny broni palnej w postaci miotania za pomocą materiału miotającego. Argument ten przeciwko definicji legalnej wydaje się ważki, bowiem *prima facie*, broń palna wcale nie musi być palna⁴⁷.

Oparcie się na pojęciu miotania funkcjonującym w języku ogólnym prowadzić musi do wniosku, że materiałem miotającym będzie każdy materiał służący do „wypchnięcia” pocisku lub substancji z broni. Takie ujęcie rozszerza definicję broni palnej i obejmuje nią również przedmioty, które „miotają” pociski lub substancje przy użyciu innych materiałów niż proch (a ściślej – rozprężających się gwałtownie gazów będących produktem spalania tegoż prochu)⁴⁸.

Zaistniały problem ponownie związany jest z implementacją dyrektywy. Na etapie prac w komisji nad projektem nowelizacji prowadzone były dyskusje, czy w ustawie należy użyć określenia „materiał wybuchowy” (wykorzystanego w definicji broni palnej w dyrektywie) czy „materiał miotający”⁴⁹. Co więcej, w opinii o zgodności projektu ustawy nowelizującej z prawem Unii Europejskiej zalecono zmianę określenia właśnie na „materiał wybuchowy”⁵⁰. Zalecenie to jednak nie zostało uwzględnione.

⁴⁷ Zob. M. Kulicki, L. Stęпка, *op. cit.*, s. 441–442. Takie też stanowisko wcześniej przyjął autor niniejszego opracowania – zob. R. Rejmaniak, *op. cit.*, s. 53.

⁴⁸ Tak wydają się interpretować określenie „działanie materiału miotającego” L. Stęпка i V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz. Zob. L. Stęпка, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, *Istota broni palnej*, (w:) L. Stęпка, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz (red.), *Broń. Problematyka prawna i kryminalistyczna*, Toruń 2013, s. 40.

⁴⁹ Zob. Posiedzenie Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych (nr 243), Biuletyn. Kancelaria Sejmu. Biuro Komisji Sejmowych 2010, nr 4390, VI Kadencja, oficjalna witryna internetowa Sejmu RP, [http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/0/4BC8526DC70F1EE1C12577EE0040B767/\\$file/0439006.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/0/4BC8526DC70F1EE1C12577EE0040B767/$file/0439006.pdf), s. 6 (dostęp w dniu 9 stycznia 2018 r.)

⁵⁰ M. Szpunar, *Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej projektu ustawy o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej*

Obecna definicja ustawowa broni palnej posługuje się określeniem „materiał miotający”, podobnie jak definicja ustawowa w pierwotnym brzmieniu. Różnica polega jednak na tym, że w pierwotnym brzmieniu art. 7 u.b.a. podkreślono, iż chodzi o „działanie sprężonych gazów powstałych na skutek spalania materiału miotającego”, zaś w definicji po nowelizacji z 2011 r. wskazano jedynie „działanie materiału miotającego”. Cecha „palności” broni była więc zdecydowanie silniej eksponowana w pierwotnej definicji ustawowej.

Określenie „materiał miotający” bez doprecyzowania sposobu jego działania prowadzi do istotnych problemów. Oparcie się na dyrektywie języka ogólnego nakazywałoby przyjąć, że materiałem miotającym może być wszystko, co jest zdolne do wypchnięcia pocisku z broni. W ustalaniu znaczenia tego pojęcia trafnym wydaje się jednak sięgnięcie do definicji formułowanych w języku specjalistycznym. Bowiem określenie to nie ma swojej definicji legalnej, sięgnąć należy do definicji tego pojęcia w języku specjalistycznym, o ile taka występuje. Dopiero gdy i takiej definicji nie ma, uprawnione jest rozumienie określonego zwrotu tak, jak jest on rozumiany w języku ogólnym.

Aby ustalić znaczenie pojęcia „materiał miotający” należałoby sięgnąć do terminologii z zakresu bronioznawstwa i techniki wojskowej. Zaznaczyć należy, że samo określenie „materiał miotający” dookreślane jest cechą „wybuchowy”.

S. Torecki wskazuje, że elementami naboju do broni palnej są: ładunek miotający, spłonka lub zapłonnik, łuska lub inna osłona ładunku miotającego oraz pocisk⁵¹. Definiuje on określenie „miotające materiały wybuchowe”, które stosowane są do produkcji m.in. ładunków miotających broni palnej⁵². Podobnie, proch określa jako „miotający materiał wybuchowy”, o określonych właściwościach, z którego wykonuje się „ładunki miotające”⁵³.

w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Druk 3499), (w:) Sprawozdanie Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych o rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy o broni i amunicji oraz ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Druk 3499), oficjalna witryna internetowa Sejmu RP, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/D903A2C BD11A0ADCC1257 7D6004D4D01/\\$file/3499.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/D903A2C BD11A0ADCC1257 7D6004D4D01/$file/3499.pdf), s. 2 (dostęp w dniu 9 stycznia 2018 r.).

⁵¹ S. T o r e c k i, 1000 słów o balistyce, Warszawa 1982, s. 147.

⁵² *Ibidem*, s. 141.

⁵³ *Ibidem*, s. 201.

W Małej Encyklopedii Wojskowej wskazano, że w skład naboju bojowego wchodzi pocisk, zapalnik, łuska, ładunek prochowy i spłonka (zapłonnik)⁵⁴. Ładunek prochowy utożsamiony został z ładunkiem miotającym, rozumianym jako ściśle określona ilość prochu zawarta w łusce w naboju zespolonym lub w woreczkach umieszczanych w naboju składanym. Może też zawierać podsypkę prochową i elementy pomocnicze. Co więcej, wskazano, że ładunek miotający „nadaje pociskowi odpowiednią prędkość”⁵⁵. Autorzy tej encyklopedii, definiują „wybuchowy materiał miotający” jako: „proch, materiał wybuchowy, którego zasadniczą formą jest palenie, nieprzechodzące w detonację nawet w warunkach bardzo wysokich ciśnień. Głównym przeznaczeniem m.m.w. jest nadanie odpowiedniej prędkości początkowej pociskom lub rakietom (...)”⁵⁶.

Autorzy Encyklopedii techniki wojskowej również używają określeń „ładunek prochowy” (definiując nabój bojowy), „ładunek miotający” (definiując nabój do broni palnej strzeleckiej), „prochowy ładunek miotający” (definiując nabój pistoletowy)⁵⁷. „Ładunek miotający” rozumiany jest jako „ściśle określona ilość prochu umieszczonego w łusce lub woreczkach z tkaniny dla oddania jednego strzału z broni palnej (...)”, może przy tym zawierać dodatki innych substancji chemicznych, np. podsypkę prochową ułatwiającą zapłon, określany bywa także ładunkiem prochowym⁵⁸. Autorzy definiują również pojęcie „materiał wybuchowy miotający” jako „proch, wieloskładnikowy materiał wybuchowy stanowiący mieszaninę wybuchową, której podstawową formę przemiany wybuchowej, po uprzednim zainicjowaniu płomieniem, stanowi spalanie wybuchowe nieprzechodzące w detonację nawet w warunkach bardzo wysokich ciśnień (...), stosuje się głównie w formie ładunków prochowych lub stałych paliw raketowych do nadania początkowej prędkości pociskom, wprowadzenia rakiet w ruch oraz do celów pomocniczych (podsypka prochowa, lont prochowy, opóźniacz prochowy) (...)”⁵⁹.

Ilustrowana encyklopedia współczesnej broni palnej definiuje nabój jako podstawową jednostkę amunicji, niezbędną do oddania jednego

⁵⁴ J. Urbanowicz (red.), Mała Encyklopedia Wojskowa. Tom II. K–Q, Warszawa 1970, s. 360.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 224.

⁵⁶ J. Urbanowicz (red.), Mała Encyklopedia Wojskowa. Tom III. R–Ż, Warszawa 1971, s. 568.

⁵⁷ Zob. J. Modrzewski (red.), Encyklopedia techniki wojskowej, Warszawa 1978, s. 399–401.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 335.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 364.

strzału z broni palnej. Składa się on z pocisku, ładunku miotającego i spłonki lub zapłonika oraz łuski lub innej osłony ładunku⁶⁰. Ładunek miotający to „ściśle określona ilość materiału wybuchowego miotającego umieszczona w łusce lub bezpośrednio w komorze nabojeowej w woreczkach z tkaniny, w formie wyprasek albo w postaci płynnej, ustalona do oddania jednego strzału. Stanowi niezbędną część naboju broni lufowej (...)”⁶¹. „Materiałem wybuchowym miotającym” jest zaś „materiał wybuchowy stosowany głównie w formie ładunków prochowych jako źródło energii do nadawania prędkości początkowej pociskom strzeleckim, artyleryjskim i raketowym (...)”⁶².

Zauważyć należy, że określona ilość wybuchowego materiału miotającego używana w celu nadania prędkości początkowej pociskom nazywana jest „ładunkiem miotającym” lub „ładunkiem prochowym”. Odwołując powyższe definicje do ustawy o broni i amunicji, stwierdzić wypada, iż w legalnej definicji broni palnej zabrakło określenia, że chodzi o „wybuchowy” materiał miotający (lub po prostu „ładunek miotający”). Wydaje się jednak, że należałoby utożsamiać materiał miotający określony w definicji broni palnej właśnie z „miotającym materiałem wybuchowym” lub „ładunkiem miotającym”.

Rozumowanie takie wzmacniane jest poprzez wykorzystanie wykładni systemowej i analizę pojęcia amunicji. Zgodnie bowiem z art. 4 ust. 2 u.b.a. amunicją w rozumieniu ustawy jest amunicja do broni palnej. Zaś jedną z istotnych części amunicji wskazaną w art. 5 ust. 3 u.b.a. jest spłonka inicjująca spalanie materiału miotającego. W kontekście istotnych części amunicji do broni palnej materiał miotający jest rozumiany więc jako działający poprzez spalanie się.

Również sięgnięcie do innych przepisów ustawy o broni i amunicji pozwala na stwierdzenie, że w taki właśnie sposób materiał miotający rozumiany jest na gruncie całej ustawy. Art. 6 ust. 1 u.b.a. stanowi o przerabianiu broni poprzez dostosowanie jej do „wystrzelenia pocisku z lufy albo z elementu zastępującego lufę w wyniku działania sprężonych gazów powstających na skutek spalania materiału miotającego”. Art. 6a ust. 2 u.b.a. określa definicję pozbawiania cech użytkowych broni palnej, której elementem jest, aby broń „mimo działania sprężonych gazów, powstających na skutek spalania materiału miotającego, nie była zdolna do wystrzelenia pocisku lub substancji z lufy albo ele-

⁶⁰ A. Ciepliński, R. Woźniak, Encyklopedia współczesnej broni palnej (od połowy XIX wieku), Warszawa 1997, s. 152.

⁶¹ *Ibidem*, s. 113–114.

⁶² *Ibidem*, s. 134.

mentu ją zastępującego”. Podobne zwroty zawierają definicje legalne broni sygnałowej i alarmowej zawarte w art. 7 ust. 2 i 3 u.b.a. Zauważyć przy tym należy, że poza spalaniem materiału miotającego, w przepisach tych używane jest ponadto określenie „wystrzeliwania” pocisku lub substancji.

Również wykładnia funkcjonalna potwierdza wnioski wypływające z zastosowania wykładni systemowej. Prześledzenie procesu legislacyjnego i wypowiedzi podczas prac w komisjach wyraźnie wskazuje, na to, że pojęcie „materiału miotającego” użyte zostało, aby wyrazić określenie zawarte w dyrektywie („materiał wybuchowy”) w sposób zgodny z przyjętą w Polsce nomenklaturą. Za taką wykładnią przemawia również założenie racjonalności prawodawcy. Absurdalnym bowiem jawiłoby się wymaganie uzyskania pozwolenia na posiadanie każdego przedmiotu z lufą, który w jakikolwiek sposób mógł miotać obiekty.

Wydaje się więc, że ustawodawca używa pojęcia „materiału miotającego” znaczeniu nadanym mu w języku specjalistycznym (jako „materiału miotającego wybuchowego”), a nie ogólnym. I takie właśnie znaczenie badanego zwrotu powinno zostać zaaplikowane do definicji legalnej broni palnej⁶³.

Podsumowując powyższe rozważania stwierdzić należy, że wykorzystanie dyrektyw językowych, systemowych i funkcjonalnych wykładni prawa pozwala na ustalenie poszczególnych cech konstytutywnych broni palnej. Broń palna musi więc posiadać pewien minimalny stopień niebezpieczności (bowiem jest bronią), posiadać zdolność rażenia na odległość (bowiem miotaniem jest ciskanie czegoś na odległość), wyrzuca pociski lub substancje poprzez reakcję spalania prochu (bowiem materiałem miotającym jest materiał wybuchowy nadający prędkość początkową pociskowi lub substancji, a w innych przepisach ustawy prawodawca wprost już odniósł się do reakcji spalania materiału miotającego). Istotną zmianą w stosunku do pierwotnego brzmienia definicji jest natomiast zmiana określenia „urządzenie” na „przenośna broń lufowa”. Oznacza to bowiem, że broń palna nie musi stanowić obecnie pewnego zespołu

⁶³ Dyrektywa wykorzystania znaczenia przypisywanego określonemu zwrotowi w języku specjalistycznym umieszczana jest w kategorii językowych dyrektyw wykładni przez L. Morawskiego (wykładnia klaryfikacyjna) – zob. L. Morawski, *Zasady Wykładni Prawa*, Toruń 2006, s. 101. Natomiast w derywacyjnej koncepcji wykładni prawa M. Zieliński lokuje dyrektywę tę wśród funkcjonalnych dyrektyw wykładni – zob. M. Zieliński, *op. cit.*, s. 340.

elementów, a składać się może nawet z jednego elementu⁶⁴. Inną zmianą jest objęcie zakresem pojęcia broni palnej również przenośnej broni lufowej, która nie miota, ani nie jest przeznaczona do miotania, ale może zostać przystosowana do miotania. W rzeczywistości jednak trudno jest znaleźć desygnaty tego pojęcia.

Ważną zmianą było również usunięcie z definicji broni palnej elementu zastępującego lufę. Spowodowało to, że pewne kategorie przedmiotów nie będą bronią palną, choć będą przenośną bronią miotającą pociski lub substancje w wyniku działania (spalania) materiału miotającego. Zaznaczyć należy, że w innych przepisach ustawy dotyczących broni palnej, można już taki zwrot odnaleźć. Wydaje się jednak że nie jest to argument wystarczający do stwierdzenia, że wykorzystanie definicji legalnej broni palnej na gruncie kodeksu karnego prowadzi do niedających się zaakceptować rezultatów. Jedyne bowiem sytuacja, kiedy wykładnia językowa doprowadza do wniosków absurdalnych albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji, pozwala na odejście od znaczenia ustalonego na podstawie dyrektyw językowych wykładni⁶⁵. Podobnie rzecz ma się w przypadku zakazu wykładni homonimicznej, który zignorowany może zostać w wyjątkowych przypadkach albo gdy ustawodawca wprost zamiar taki wskazał w tekście prawnym, albo gdy zastosowanie zakazu wykładni homonimicznej doprowadziłoby do rezultatów nie do zaakceptowania z perspektywy założenia racjonalności ustawodawcy. W przypadku aktualnej definicji broni palnej taka sytuacja nie zachodzi. Co więcej, definicja znowelizowana w istocie zbliżona jest treściowo do definicji kryminalistycznej i pierwotnej definicji legalnej, której dotyczyła właśnie przytaczana wcześniej uchwała Sądu Najwyższego. Podkreślić jednak należy, że aktualna definicja legalna broni palnej redakcyjnie sformułowana jest w sposób mniej czytelny niż definicja obowiązująca poprzednio i jest to jej mankament, zwłaszcza w kontekście zasady przyzwoitej legislacji i zasady określoności przepisów prawa⁶⁶.

⁶⁴ „Urządzenie” definiowane jest bowiem przez słownik języka polskiego jako „rodzaj mechanizmu lub zespół elementów, przyrządów służący do wykonywania określonych czynności, ułatwiający pracę” – zob. E. Sobol (red.), *op. cit.*, s. 1091.

⁶⁵ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2015 r., sygn. II CSK 518/14, Lex nr 1754050; co więcej, nawet gdyby treść językowa definicji legalnej podważała założenie o racjonalnym prawodawcy, to wciąż wiąże – zob. M. Zieliński, *op. cit.*, s. 215. Nadawanie innego znaczenia pojęciu, które zostało już zdefiniowane za pomocą definicji legalnej może być uznane za niedopuszczalną wykładnię prawotwórczą.

⁶⁶ Niemniej jednak dodać należy, że samo w sobie stwierdzenie niejasności przepisu nie oznacza jeszcze, że narusza on konstytucyjną zasadę określoności przepisów wypro-

Wydaje się, że aktualna definicja legalna broni palnej z powodzeniem może być wykorzystywana na gruncie kodeksu karnego. Pozostają więc w pełni aktualne rozważania Sądu Najwyższego zaprezentowane w uchwale 7 sędziów o sygnaturze I KZP 39/03. Konstatacja ta nie pozwala więc zignorować definicji legalnej broni palnej przy wykładni typów przestępstw, w których broń palna stanowi znamię przedmiotowe. W szczególności zaś nie można pominąć definicji ustawowej w przypadku nielegalnego posiadania broni palnej z art. 263 § 2 k.k. ze względu na zawartą w tym przepisie klauzulę normatywną. W innym bowiem przypadku wykładnia tego przepisu prowadziłaby do luki systemowej, co naruszałoby zakaz wykładni prowadzącej do luk. Zignorowanie bowiem podczas wykładni przepisu art. 263 § 2 k.k. przepisów ustawy o broni i amunicji uniemożliwiłoby wyjaśnienie nie tylko znamienia „broń palna”, ale również klauzuli normatywnej „bez wymaganego zezwolenia”. „Wybiórcze” odnośnienie się zaś do ustawy o broni i amunicji, z pominięciem definicji legalnej, prowadziłoby natomiast do sytuacji, gdy na gruncie ustawy o broni i amunicji do zgodnego z prawem posiadania pewnych przedmiotów (objętych definicją legalną broni palnej) wymagane byłoby pozwolenie, a przedmioty te nie stanowiłyby na gruncie kodeksu karnego desygnatów „broni palnej” określonej definicją kryminalistyczną. Doprowadziłoby to w konsekwencji do stwierdzenia, że obowiązuje norma prawna zakazująca posiadania np. broni gazowej czy alarmowej bez wymaganego zezwolenia, nieopatrzona żadną sankcją. Taka interpretacja podważałaby sens wprowadzania obowiązku uzyskania pozwolenia na dany rodzaj broni palnej.

Na marginesie powyższych rozważań zasignalizować należy jeszcze dwie kwestie.

Po pierwsze, Autorzy opracowania „Pojęcie broni palnej w prawie karnym” wskazują na to, że *de lege lata* na gruncie prawa karnego opierać się należy na kryminalistycznej definicji broni palnej⁶⁷. Definicja ta, przytoczona przez Autorów, nie obejmuje broni gazowej. Wydaje się więc, że choć Autorzy formułują w dalszym fragmencie rozważań postulat *de lege ferenda* wyeliminowania broni gazowej z kategorii broni palnej⁶⁸, to taki

wadzaną z art. 2 Konstytucji w stopniu uprawniającym do stwierdzenia jego niekonstytucyjności. Dopiero gdy niejasności nie da się usunąć za pomocą zwyczajnych środków mających na celu eliminowanie niejednorodności w stosowaniu prawa, przepis taki może zostać uznany za niekonstytucyjny – zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 3 grudnia 2002 r., sygn. P 13/02, Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Zbiór Urzędowy, Seria A, nr 7, poz. 90.

⁶⁷ P. Grzegorzczak, Z. Wardak, *op. cit.*, s. 97.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 98.

sam efekt miałoby oparcie się na definicji kryminalistycznej bez potrzeby zmiany treści przepisów.

Choć uznanie przez ustawodawcę broni gazowej za broń palną spotkało się ze sprzeciwem przedstawicieli nauki kryminalistyki jako odejście od utrwalonego rozumienia pojęcia „broń palna”, to wyraźnie jednak określić należy, że zabieg objęcia definicją broni palnej również broni gazowej był świadomą i celową decyzją, z konsekwencji której ustawodawca zdawał sobie sprawę. Skutek objęcia pojęciem broni palnej również broni gazowej w postaci odpowiedzialności karnej za jej nielegalne posiadanie czy wyrobienie został w procesie legislacyjnym dostrzeżony i uznany za „możliwy do zaakceptowania i uzasadniony”⁶⁹. Kwestia zasadności takiego określenia zakresu definicji broni palnej była szeroko dyskutowana w doktrynie, pochylano się również nad nią w orzecznictwie. Zmiana treściowej definicji legalnej „broni palnej” w 2011 r. nie usunęła zwrotu „lub substancji” w art. 7 ust. 1 u.b.a., ani „broni gazowej” wymienionej w definicji zakresowej w art. 4 ust. 1 pkt 1 u.b.a. Ze względu na to, iż nie nastąpiła zmiana normatywna w tym zakresie, na gruncie definicji legalnej „broni palnej” broń gazowa pozostaje wciąż desygnatem tej nazwy. Oparcie się na definicji kryminalistycznej broni palnej, poza zakresem której pozostaje broń gazowa, prowadzić będzie do luk systemowych zreferowanych w uchwale Sądu Najwyższego o sygn. I KZP 39/03. Obecnie więc (bez głębokich zmian w ustawie o broni i amunicji) kwestia usunięcia broni gazowej z kręgu desygnatów broni palnej może być analizowana jako postulat *de lege ferenda*. Postulat ten jednak wydaje się obecnie niemożliwy do zrealizowania, ze względu na analizowaną wyżej definicję broni palnej określoną w dyrektywie. Wyeliminowanie broni gazowej z kategorii broni palnej spotkać się może bowiem z zarzutem nieprawidłowej implementacji dyrektywy, bądź broń taka zakwalifikowana zostanie jako przenośna broń lufowa dająca się łatwo przystosować do miotania.

Po drugie, definicja broni palnej umieszczona w dyrektywie 91/477/EWG została zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego

⁶⁹ Zob. Wypowiedź K. Budnika, Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji – Stenogram z 27 posiedzenia Sejmu RP 3 kadencji – punkt 4 porządku dziennego – Pierwsze czytanie rządowego projektu ustawy o broni i amunicji (druk 479) z dnia 9 września 1998 r., oficjalna witryna Sejmu RP, <http://orka2.sejm.gov.pl/Debata3.nsf/chronWWW?OpenView&Start=1&Count=999&Expand=97.1#97.1> (dostęp w dniu 9 stycznia 2018 r.).

i Rady (UE) 2017/853 z dnia 17 maja 2017 r.⁷⁰ Obecnie dyrektywa definiuje broń palną jako „każdą przenośną broń lufową, która miota, jest przeznaczona do miotania lub może zostać przerobiona tak, aby miotała śrut, kulę lub pocisk w wyniku działania palnego materiału miotającego, chyba że jest wyłączona z zakresu tej definicji z jednego z powodów wymienionych w załączniku I sekcja III. Broń palna została sklasyfikowana w załączniku I sekcja II.

Przedmiot uznaje się za możliwy do przerobienia tak, aby miotał śrut, kulę lub pocisk w wyniku działania palnego materiału miotającego, jeżeli:

- ma wygląd broni palnej; oraz
- ze względu na swoją budowę lub materiał, z którego jest wykonany, może zostać przerobiony w tym celu”.

Definicja ta określa broń palną jako miotającą śrut, kulę lub pocisk, a nie tylko pocisk. Drugą ważną zmianą jest doprecyzowanie materiału miotającego poprzez dodanie określenia „palnego”. Powoduje to rozstrzygnięcie wątpliwości co do „palności” materiału miotającego i broni palnej. W definicji tej znalazło się wskazanie załącznika, w którym sklasyfikowano broń palną oraz wyłączenie z tej kategorii broni, które „są przeznaczone do alarmowania, sygnalizowania, ratowania życia, uboju zwierząt lub połowów ryb za pomocą harpuna lub do celów przemysłowych lub technicznych, pod warunkiem że mogą być wykorzystywane wyłącznie do zadeklarowanych celów”, a także broni, które „uznawane są za broń zabytkową, w przypadku gdy nie zostały włączone do kategorii określonych w części II oraz podlegają przepisom krajowym”. Wciąż jednak definicja broni palnej nie obejmuje miotania „substancji” i wciąż zasadne jest określanie przenośnej broni lufowej, która nie jest zdolna do miotania śrutu, kuli lub pocisku, a może zostać w takim celu przerobiona. Termin transpozycji zmian do krajowego porządku prawnego określony został na dzień 14 września 2018 r. Przy okazji zmian w ustawie o broni i amunicji (lub uchwalenia nowej ustawy) w celu implementowania zmienionej dyrektywy pozostaje mieć nadzieję, że ustawodawca dostrzeże problem związany z zaliczeniem broni gazowej wprost do kategorii broni palnej i w odpowiedni sposób sformułuje ustawową definicję broni palnej.

Zaprezentowane powyżej rozważania należy podsumować stwierdzeniem, że aktualna definicja legalna broni palnej w istocie nie odbiega znacząco od definicji pierwotnie zawartej w ustawie o broni i amuni-

⁷⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/853 z dnia 17 maja 2017 r. zmieniająca dyrektywę Rady 91/477/EWG w sprawie kontroli nabywania i posiadania broni, Dz. Urz. UE L 137/22.

cji, choć sformułowana jest w mniej przejrzysty sposób. Niemniej jednak odtworzenie konstytutywnych cech broni palnej określonych w art. 7 ust. 1 u.b.a. jest możliwe przy wykorzystaniu dyrektyw wykładni prawa. Wykorzystanie definicji legalnej broni palnej na gruncie kodeksu karnego nie powoduje skutków, które można byłoby ocenić jako absurdalne, co więcej, sięgnięcia do tej definicji wymaga zawarta w art. 263 § 2 k.k. klauzula normatywna „bez wymaganego zezwolenia”. Uznać więc należy, że argumentacja zawarta w uzasadnieniu uchwały 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 29 stycznia 2004 r, sygn. I KZP 39/03 pozostaje wciąż aktualna, mimo zmiany redakcyjnej definicji legalnej „broni palnej”.

Definition of firearm

Abstract

This study explores a legal definition of firearm included in Article 7, clause 1 of the Weapon and Ammunition Act. It challenges the view presented by P. Grzegorzcyk and Z. Wardak in their article entitled “Definition of firearm in criminal law” published in Prokuratura i Prawo 10 (2017). P. Grzegorzcyk and Z. Wardak claim that significant amendments to the legal definition of firearm have rendered it useless for creating legal norms, and propose that the forensic definition of firearm should be used instead. This paper offers an analysis of particular elements of the said legal definition, which elements indicate integral properties of firearm, and concludes that the legal definition is actually largely consistent with how “firearm” is understood in forensic science. It further explains that the use of the legal definition of “firearm” for Criminal Code purposes is acceptable and does not produce effects that would be intolerable from the perspective of the assumed lawmaker rationale.

Jacek Kudła, Renata Pawlik

Wykonywanie usług detektywistycznych z użyciem środków technicznych umożliwiającą uzyskiwanie w sposób niejawną informacji i dowodów

Streszczenie

Autorzy wskazują na najnowsze rozwiązania prawne w zakresie wykonywania usług detektywistycznych i odrębnie czynności operacyjno-rozpoznawczych, dokonując koniecznej wykładni prawa podkreślając expressis verbis, które czynności są zastrzeżone dla upoważnionych organów wykonujących, w tym przypadku, czynności operacyjno-rozpoznawcze. Zakres uprawnień detektywa w ramach jego usług i odrębnie zakres uprawnień służb wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze został przedstawiony zarówno na tle prawoporównawczym jak i na podstawie analizy przepisów prawa krajowego, w szczególności co do stosowania środków technicznych. Istotą opracowania stanowi wskazanie przez autorów granic prawnych w zakresie dopuszczalności wykorzystywania określonych środków technicznych w pracy detektywa. Przy tej okazji przybliżono również zasady odpowiedzialności karnej detektywa. Intencją autorów jest zwrócenie uwagi na współczesne znaczne ograniczenia prawne związane z szeroko rozumianymi usługami detektywistycznymi.

Uchwalona w dniu 6 lipca 2001 r.¹ ustawa o usługach detektywistycznych (dalej jako u.u.d.) sama w sobie jest aktem o stosunkowo skromnej tradycji legislacyjnej w systemie polskiego prawa. Podyktowane jest to z pewnością tym, że także samo świadczenie usług detektywistycznych w Polsce, w kształcie i zakresie jaki ma miejsce obecnie, m.in. z uwagi na wcześniejsze uregulowania ustrojowe, jest zasadniczo pewnym *novum*. Detektywi świadczący swoje usługi w ramach wykonywanej działalności gospodarczej pojawili się bowiem w Polsce – wraz z prywatnym

¹ Ustawa z dnia 6 lipca 2001 r. o usługach detektywistycznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 556 z późn. zm.).

sektorem ochrony – dopiero na początku lat 90-tych. Mniej więcej w tym okresie nasiliło się zapotrzebowanie na usługi polegające na profesjonalnym zbieraniu informacji, które stały się towarem, pojawiając się tym samym w sferze zainteresowania przedsiębiorców, osób fizycznych, towarzystw ubezpieczeniowych, a coraz częściej także kancelarii prawnych udzielających profesjonalnej pomocy prawnej². Powyższe nie oznacza jednakże, że wcześniej tego typu usługi nie były świadczone, ani też że problem regulacji w tym zakresie jest zjawiskiem całkowicie nowym. O przedsiębiorstwach detektywów prywatnych wspomina chociażby Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 7 czerwca 1927 r. o prawie przemysłowym³.

Pomijając wątki dotyczące genezy czynności detektywów, z uwagi na zakreślone ramy niniejszego opracowania, podkreślić należy, że brak rzetelnego ustawowego uregulowania zasad prowadzenia usług detektywistycznych, może powodować, że będą one prowadzone na zasadach ogólnych, tj. bez jakichkolwiek ograniczeń i kontroli organów państwowych, natomiast specyfika tych usług wymaga poddania ich kontroli państwa⁴. Z punktu widzenia ustawowej regulacji usług detektywistycznych, a także poniekąd z punktu widzenia zakreślonej tematem niniejszego opracowania problematyki, istotne jest zwrócenie uwagi na pojęcie „zawodu regulowanego”. „Zawód regulowany” definiowany jest w prawie Unii Europejskiej jako działalność zawodowa lub zespół takich działalności, których podjęcie, wykonywanie lub jeden ze sposobów wykonywania

² Od 2004 r. do dnia 31 stycznia 2009 r. wpisy takie uzyskało 339 przedsiębiorców. W tym czasie z rejestru wykreślono 45 przedsiębiorców, zatem uprawnionych do wykonywania usług detektywistycznych jest 294 firm detektywistycznych. Czynności detektywistyczne mogą wykonywać jedynie osoby posiadające licencję detektywa. Do dnia 31 stycznia 2009 r. do prowadzonego przez ministra spraw wewnętrznych i administracji, zgodnie z art. 40 ustawy o usługach detektywistycznych, rejestru detektywów wpisano 483 osoby. Z uwagi na cofnięcie licencji detektywa 35 osobom oraz zgon 6 osób, aktualnie wpisy posiadają 442 osoby. Z tej liczby 6 osobom zawieszono prawo do wykonywania czynności detektywistycznych. Nie są natomiast prowadzone statystyki przedsiębiorców według kryterium pochodzenia kapitału (polski czy zagraniczny). Sekretarz stanu Tomasz Siemoniak Warszawa, dnia 5 marca 2009 r. <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/01CB72DF> (dostęp w dniu 8 stycznia 2018 r.).

³ Arch. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej o prawie przemysłowym z dnia 7 czerwca 1927 r., Dz. U. Nr 53, poz. 468 (zob. art. 2 pkt 19), oraz A. G. H a r l a, Pojęcie kupca i przedsiębiorcy w prawie polskim (1918–2005), PPH, 2006, nr 12, s. 50–51 i powołana tam literatura.

⁴ Ustawa o udostępnianiu informacji gospodarczych i wymianie danych gospodarczych z dnia 9 kwietnia 2010 r., Dz. U. z 2010 r., poz. 470 oraz Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 2168.

wymaga bezpośrednio lub pośrednio posiadania specjalnych kwalifikacji zawodowych ujętych w przepisach prawa⁵.

Obserwując w tym zakresie doświadczenia innych państw europejskich należy zwrócić uwagę na dwa modele przyjęte odpowiednio w ustawodawstwie austriackim i niemieckim. I tak dla porównania w Austrii widzimy wyodrębniony zawód detektywa (*Berufsdetektive*). Jednak istotne do przedstawiania poruszanej problematyki na tle prawnoporównawczym jest prawo niemieckie. Zgodnie z niemiecką ustawą o prowadzeniu działalności gospodarczej, tj. § 94 pkt 62 GewO⁶, zawód detektywa jest zawodem reglamentowanym. Zasady jego wykonywania określone są w § 129 GewO i następnym. Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie usług detektywistycznych jest wymagane dla: zbierania informacji w sprawach prywatnych, zbierania dowodów w związku z postępowaniem sądowym lub administracyjnym, poszukiwania ukrywających się lub zaginionych osób, poszukiwania autorów lub nadawcy anonimowych listów, w których autorzy zawierają pomówienia, podejrzenia lub obraźliwe słowa i treści, obserwacji i kontroli pracowników, obserwacji klientów w lokalu przedsiębiorstwa, ochrony osób, wykrywania sprzętu dla nieautoryzowanego przesyłania dźwięku, obrazu i danych przechowywanych elektronicznie⁷. Zgodnie z § 130 GewO czynności wymienione w § 129 ust. 1 do 2 i 4 mogą być wykonywane tylko w takim zakresie, w jakim nie mają wpływu na oficjalne działania śledcze. Przedsiębiorcy uprawnieni do wykonywania zawodu profesjonalnych detektywów są zobowiązani do zachowania tajemnicy na temat spraw im powierzonych. Tego obowiązku zachowania poufności nie stosuje się w przypadku i w zakresie, gdy klient jest jednoznacznie zwolniony z tego wymogu. Warunkiem dopuszczenia do wykonywania zawodu jest uprzednia niekaralność⁸. Dotyczy to określonych w § 13 GewO przestępstw przeciwko prawom pracowniczym, gospodarczym oraz innych przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej trzech miesięcy lub grzywny powyżej 180 stawek dziennych. Z wykonywania tego rodzaju działalności wyłączone są także osoby skazane za naruszenie § 28 do 31a ustawy o narkotykach. Postanowienia niniejszego ustępu stosuje się także, jeżeli wymienione kryteria wykluczenia zostały realizowane za granicą.

⁵ Art. 3 ust. 1 lit.a Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/36/WE, w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych z dnia 7 września 2005 r., Dz. Urz. UE L 255, s. 22.

⁶ § 94 pkt. 62 GewO (Niemiecka ustawa o prowadzeniu działalności gospodarczej).

⁷ § 129 ust. 1 GewO.

⁸ § 13 sekcja 1 GewO.

Dalej w Niemczech⁹ w porównaniu do prawa austriackiego tj. (*Berufsdetektive*) obserwujemy nieco inny model wykonywania zawodu detektywa tj.: *der Privat-Detektiv* i *der Kaufhausdetektiv*. W Niemczech nie ma prawnie zdefiniowanych zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez profesjonalnych detektywów, nie ma specjalnych wymagań, pozwoleń na prowadzenie takiej działalności i nie ma profesjonalnej ochrony tytułu. Do wykonywania usług potrzebna jest rejestracja działalności gospodarczej zgodnie z § 14 kodeksu handlowego. Po rejestracji firmy w Niemczech każdy może używać tytułu „Detektyw” (np. detektyw sklepowy) i wykonywać związane z tym czynności, bez względu na wykształcenie, doświadczenie i osobiste predyspozycje. Wykonywanie zawodu detektywa sklepowego (*der Kaufhausdetektiv*) wymaga rejestracji działalności zgodnie z § 34 Kodeksu Przemysłowego. Z chwilą wejścia w życie zmian do § 34 Kodeksu Przemysłowego tj. z dniem 1 Stycznia 2003 r., na podstawie rozporządzenia w sprawie branży zabezpieczeń (regulacji bezpieczeństwa – *Bewach V*), wprowadzono w tym zakresie zmiany. Wnioskodawca musi *a priori* wykazać swoje kompetencje i niezawodność oraz posiadać odpowiednią polisę ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej, zaświadczenie z Izby Gospodarczej, aby dowieść, że został poinformowany i zastosował się do przepisów handlowych. Dalej powinien przejść wcześniej odpowiednią weryfikację swoich kompetencji przed Izłą Handlową. Ponadto jest on objęty obowiązkiem prowadzenia rachunkowości, w tym nagrywania danych na temat poszczególnych transakcji oraz klienta i odpowiednio udzielania informacji.

W Polsce prezentowane podejście do zawodu detektywa z biegiem czasu uległo pewnym modyfikacjom owocując obecnie pakietem ustaw tak zwanych deregulacyjnych, których część w zakresie usług detektywistycznych weszła w życie 1 stycznia 2014 r.¹⁰ Na ich podstawie detektywi zamiast dotychczasowych egzaminów, podobnie jak kwalifikowani pracownicy ochrony fizycznej, muszą odbyć szkolenie specjalistyczne¹¹.

⁹ [Http://www.detektiv-report.de/detektiv-beruf.htm](http://www.detektiv-report.de/detektiv-beruf.htm) (dostęp w dniu 8 stycznia 2018 r.).

¹⁰ Ustawa o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów z dnia 13 czerwca 2013 r., Dz. U. poz. 829, zob. też Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, w sprawie upoważnienia organów do uznawania kwalifikacji w zawodach regulowanych należących do działu sprawy wewnętrzne z dnia 2 października 2017 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 1901.

¹¹ Ustawa o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów z dnia 13 czerwca 2013 r., Dz. U. poz. 829. Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych, w sprawie szkolenia dla osób ubiegających się o wydanie licencji detektywa z dnia 16 grudnia 2013 r., Dz. U. poz. 1638 – szkolenie dla osób ubiegających się o wydanie licencji detektywa obejmuje zagadnienia dotyczące: ochrony danych osobo-

W polskiej regulacji usługi detektywistyczne określone są w art. 2 u.u.d. jako czynności¹² polegające na uzyskiwaniu, przetwarzaniu i przekazywaniu informacji o osobach, przedmiotach i zdarzeniach, realizowane na podstawie umowy zawartej ze zleceniodawcą, w formach i w zakresach niezastrzeżonych dla organów i instytucji państwowych na mocy odrębnych przepisów, a w szczególności: w sprawach wynikających ze stosunków prawnych dotyczących osób fizycznych, w sprawach wynikających ze stosunków gospodarczych dotyczących: wykonania zobowiązań majątkowych, zdolności płatniczych lub wiarygodności w tych stosunkach, bezprawnego wykorzystywania nazw handlowych lub znaków towarowych, nieuczciwej konkurencji lub ujawnienia wiadomości stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa lub tajemnicę handlową, sprawdzanie wiarygodności informacji dotyczących szkód zgłaszanych zakładom ubezpieczeniowym, poszukiwanie osób zaginionych lub ukrywających się, poszukiwanie mienia, zbieranie informacji w sprawie, w której toczy się postępowanie karne, postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe albo inne, jeżeli w toku postępowania można zastosować przepisy prawa karnego. W przepisie tym określony został zakres uprawnień osoby wykonującej usługi detektywistyczne objętych regulacją w ich zakresie.

Zgodnie z art. 6 u.u.d. detektyw powinien, przy wykonywaniu czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1 powołanej regulacji, kierować się zasadami etyki, lojalnością wobec zlecającego usługę i szczególną starannością, aby nie naruszyć wolności i praw człowieka i obywatela. Zgodnie natomiast z art. 7 u.u.d. wykonując usługi detektywistyczne, o których mowa w art. 2 ust. 1 u.u.d., detektyw nie może stosować środków technicznych oraz metod i czynności operacyjno-rozpoznawczych, zastrzeżonych dla upoważnionych organów na mocy odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 9 u.u.d., o ile przepisy innych ustaw nie stanowią inaczej, detektyw, w trakcie wykonywania czynności, o których mowa w art. 2 ust. 1 u.u.d., może uzyskiwać informacje od osób fizycznych, przedsiębiorców, instytucji, a także organów administracji rządowej lub samorządowej.

wych; ochrony informacji niejawnych; przepisów regulujących prawa i obowiązki detektywa; przepisów regulujących zasady wykonywania działalności gospodarczej w zakresie usług detektywistycznych, trwa łącznie co najmniej 50 godzin zajęć edukacyjnych. Zgodnie z powołanym wyżej rozporządzeniem jednostkami właściwymi do prowadzenia szkolenia są: usługodawcy, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o świadczeniu usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 4 marca 2010 r., Dz. U. z 2016 r., poz. 893.

¹²Należy odróżnić *expressis verbis* pojęcia: „usługi detektywistyczne” i „czynności w ramach usług detektywistycznych”.

Ustawodawca nie zawęży zatem rodzaju informacji, jakie mogą być przez detektywa uzyskiwane. Wprowadza natomiast ograniczenia w sposobie ich uzyskiwania. Wskazane w art. 2 ust. 1, art. 6, art. 7 oraz art. 11 u.u.d. normy prawne zastrzegają, że detektyw przy wykonywaniu czynności zobowiązany jest przestrzegać przepisów prawa oraz zasad etyki, lojalności i szczególnej staranności, nakazując mu jednocześnie odmowę ich wykonania w razie niezgodności z prawem lub etyką.

W odniesieniu do powyższych regulacji pojawia się szereg problemów m.in. jeśli chodzi o wykorzystywanie w działalności detektywistycznej środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawnym informacji i dowodów¹³, w tym poprzez stosowanie urządzeń, np. GPS i GPRS¹⁴. Ten pojawiający się w praktyce problem skłania do objęcia szerszą refleksją przedmiotowego zagadnienia, przy czym istotny i pomocny w tym względzie może być przygotowywany projekt unormowania zasad prowadzenia monitoringu wizyjnego w otwartej przestrzeni publicznej i zamkniętej przestrzeni przeznaczonej do użytku publicznego oraz praw osób, których wizerunki są obserwowane, rejestrowane lub przetwarzane w sposób umożliwiający identyfikację ich tożsamości¹⁵.

Na tym tle pojawiają się dwa zagadnienia, a mianowicie kwestia odpowiedzialności detektywa w oparciu o art. 267 k.k.¹⁶, tj. uzyskania w ten sposób informacji, do której nie jest on uprawniony oraz kwestia odpowiedzialności opartej na art. 45 u.u.d. tj. wykonywania czynności zastrzeżonych dla innych organów. Z punktu widzenia art. 267 k.k. istotne jest przede wszystkim zakładanie lub posługiwanie się określonym urządzeniem. Problem jest niezwykle aktualny w kontekście m.in. art. 19 ust. 1

¹³ Por. w tym zakresie art. 19 ust. 1 ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 2067.

¹⁴ Global Positioning System (GPS) – właściwie GPS–NAVSTAR jeden z systemów nawigacji satelitarnej, stworzony przez Departament Obrony Stanów Zjednoczonych, obejmujący swoim zasięgiem całą kulę ziemską. Zadaniem systemu jest dostarczenie użytkownikowi informacji o jego położeniu oraz ułatwienie nawigacji po terenie. Działanie polega na pomiarze czasu dotarcia sygnału radiowego z satelitów do odbiornika. System GPS jest utrzymywany i zarządzany przez Departament Obrony USA. Korzystać z jego usług może w zasadzie każdy – wystarczy tylko posiadać odpowiedni odbiornik GPS. Takie odbiorniki są produkowane przez niezależne firmy komercyjne. System GPS jest darmowy i taki ma pozostać zgodnie z polityką Stanów Zjednoczonych <http://www.gps.gov/> (dostęp w dniu 8 stycznia 2018 r.).

¹⁵ Opinia Krajowej Rady Sądownictwa w przedmiocie projektu założeń projektu ustawy o monitoringu wizyjnym z dnia 17 stycznia 2014 r., Sędz. 2014.1.17. SIP LEX dostęp w dniu 8 stycznia 2018 r.

¹⁶ Por. uchwałę SN z dnia 22 stycznia 2003 r., sygn. I KZP 43/02, LEX nr 57085.

ustawy o Policji¹⁷, a także wspomnianego wyżej projektu ustawy o monitoringu.

Zgodnie z art. 45 u.u.d. odpowiedzialności karnej podlega ten, kto podczas świadczenia usług detektywistycznych wykonuje czynności ustawowo zastrzeżone dla organów i instytucji państwowych. Za czynności „ustawowo zastrzeżone dla organów i instytucji państwowych” uznać należy czynności operacyjno-rozpoznawcze Policji, Straży Granicznej, Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organów porządkowych, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Centralnego Biura Antykorupcyjnego, Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego, Krajowej Administracji Skarbowej oraz Służby Ochrony Państwa i Biura Nadzoru Wewnętrznego (Inspektora Nadzoru Wewnętrznego) wykonywane w ramach kontroli operacyjnej¹⁸. Czynności te polegają na dokonywaniu w sposób niejawni kontroli treści korespondencji, zawartości przesyłek, a także stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawni informacji i dowodów oraz ich utrwalanie. W szczególności chodzi o rejestrowanie treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Znamiona występku z art. 45 u.u.d. wyczerpuje w szczególności stosowanie niektórych środków techniki operacyjnej, jak na przykład tych związanych z podsłuchem, w tym elektronicznym, oraz podglądem czy tajnym otwieraniem korespondencji. Znamion przestępstwa przywłaszczenia metod i środków pracy operacyjnej, co do zasady nie wyczerpuje natomiast wykonywanie takich czynności, zaliczanych również do działań operacyjno-rozpoznawczych, jak: obserwacja, wywiad

¹⁷ Ustawa o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 2067.

¹⁸ Przy tym ani sama ustawa o usługach detektywistycznych, ani jakkolwiek inny akt prawny tej rangi, nie definiuje pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych, choć polski ustawodawca upoważnia niektóre służby do podejmowania się takich czynności (np. art. 14 ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 2067; art. 21 ust. 1 i art. 22 ustawy o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Agencji Wywiadu z dnia 24 maja 2002 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 1920; art. 9 ust. 1 ustawy o Straży Granicznej z dnia 12 października 1990 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 2365; art. 113 ust. 2 ustawy o Krajowej Administracji Skarbowej z dnia 16 listopada 2016 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 508; art. 25 pkt 1 i art. 26 pkt 1 ustawy o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego i Służbie Wywiadu Wojskowego z dnia 9 czerwca 2006 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 1978.; art. 32 ust. 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, z dnia 24 sierpnia 2001 r., Dz. U. z 2018 r., poz. 430; art. 13 ust. 1 ustawy o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym z dnia 9 czerwca 2006 r., Dz. U. z 2017 r., poz. 1993); art. 19 ust. 1 pkt 2 ustawy o Służbie Ochrony Państwa, Dz. U. z 2018 r., poz. 138; art. 11m oraz art. 11j ust. 6 ustawy o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Dz.U. z 1996 r., Nr 106, poz. 491.

zarówno jawny, jak i dyskretny, czy praca z osobowymi źródłami informacji¹⁹. Czynności te, wykonywane przez detektywa, ze względu na ich podmiotowość wykonywania, różnią się od czynności operacyjno-rozpoznawczych uprawnionych służb²⁰. Czym innym, przy uwzględnieniu przesłanek podmiotowych, jest wywiad operacyjny przeprowadzony przez przeszkolonego i uprawnionego funkcjonariusza podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych, a czym innym rozmowa wyjaśniająca przeprowadzona przez pracownika firmy detektywistycznej. Wbrew pozorom należy również dopatrywać się różnic w taktyce prowadzenia obu rozmów, która może wydawać się z pozoru identyczna w przypadku detektywa i np. funkcjonariusza CBŚP, w rzeczywistości jednak tak nie jest. Detektyw prowadzi rozmowę wyjaśniającą, zatem zakres stosowania określonych metod prowadzenia rozmowy jest ograniczony, w stosunku do taktyki i technik stosowanych podczas rozmów przez Policję oraz odpowiednio przez pozostałe służby i służby specjalne²¹. Dalej – obserwacja, wywiad operacyjny czy współpraca z osobowymi źródłami informacji zaliczane są do metod pracy operacyjnej, w przypadku stosowania obserwacji, wywiadu czy współpracy z osobowymi źródłami informacji przez detektywa – będą to czynności z zakresu usług detektywistycznych, w pewnym sensie dowolne, ponieważ ustawodawca nie precyzuje, na czym polegają, w przeciwieństwie do ustawowo i instrukcyjnie unormowanych form i metod stosowanych podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych.

W nielicznym w tym zakresie piśmiennictwie wskazuje się, że przedmiotem ochrony przepisów z ustawy o usługach detektywistycznych jest należyty poziom świadczonych usług, interes wymiaru sprawiedliwości, bezpieczeństwo publiczne i bezpieczeństwo obywateli oraz prawo do dysponowania informacją²². Tak określony zakres dóbr chronionych w rozumieniu art. 45 u.u.d. nie wydaje się jednak do końca precyzyjny i kompletny. Wskazywane w literaturze prawo do dysponowania informacją (rozumiane jako wyłączność w dostępie do informacji i tajemnica przekazu informacji) jest bowiem przedmiotem ochrony in-

¹⁹ G. Gozdór, *Przestępstwa z ustawy o usługach detektywistycznych*. Prok. i Pr. 2005, nr 6, s. 85.

²⁰ J. Kudła, P. Kosmaty, *Granice dozwolonych czynności detektywistycznych w polskim systemie prawa*, (w:) J. Moszczyński, D. Solodov, I. Sołtyszewski (red.), *Przestępczość, dowody, prawo*. Księga jubileuszowa Profesora B. Młodziejowskiego, Olsztyn 2016, s. 535.

²¹ J. Kudła, P. Kosmaty..., *op. cit.* s. 536.

²² G. Gozdór, *Usługi detektywistyczne*. Komentarz, Warszawa 2006, s. 193; tamże, *Przestępstwa z ustawy o usługach detektywistycznych*, Prok. i Pr. 2005, nr 6, s. 86.

nych przepisów karnych (art. 265 – art. 269b k.k.) i ustanawianie dodatkowej ochrony w przepisach ustawy o usługach detektywistycznych byłoby niecelowe, zważywszy na zakres przedmiotowy samej ustawy, która nie reguluje kwestii związanych z ochroną informacji, a jedynie z usługami detektywistycznymi. W dodatku, oznaczałoby to także, że skoro zakres ochrony miałby być analogiczny, to i zakres zabronionych zachowań musiałby pokrywać się (w części wskazanej w art. 45 u.u.d.) z tymi określonymi w powołanych wyżej przepisach Kodeksu karnego. To w konsekwencji oznaczałoby, że pomiędzy art. 45 u.u.d. a art. 265 – art. 269b k.k. zachodziłby pomijalny zbieg przepisów ustawy, to zaś nakazywałoby postawić pytanie o sens wprowadzania regulacji zawartej w art. 45 u.u.d.

Jeżeli natomiast przyjąć założenie, że w art. 45 u.u.d. należy upatrywać ochrony szerszego zakresu informacji przed większym katalogiem zachowań niż określone w Rozdziale XXXIII Kodeksu karnego, oznaczałoby to, że osoba, będąca przedmiotem zainteresowania detektywa korzysta z pełniejszej ochrony prawnokarnej niż każda inna osoba przed tożsamymi rodzajowo zachowaniami jakiegokolwiek innej osoby, nie wykonującej czynności detektywistycznych. Taki wniosek nie znajduje jakiegokolwiek oparcia w przepisach ustawy o usługach detektywistycznych. Stąd należy uznać, że przedmiotem ochrony przestępstwa typizowanego w art. 45 u.u.d. jest prawidłowe wykonywanie usług detektywistycznych, zapewniające ogólnie pojęte bezpieczeństwo publiczne i wyłączność państwa, co do możliwości stosowania niektórych metod i form czynności operacyjno-rozpoznawczych.

W zakresie metod i środków stosowanych przy wykonywaniu usług detektywistycznych przewidzianych w art. 45 u.u.d. w zw. z art. 7 u.u.d., z uwagi na występujące w praktyce problemy związane z oceną działań detektywa, które mogą wywoływać skutki w postaci naruszeń przepisów prawa karnego, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że wspomniana ustawa w sposób niezwykle szeroki określa zakres przedmiotowy informacji, które mogą być przez detektywa pozyskiwane. Należą do nich bowiem, stosownie do art. 2 ust. 1 tej ustawy – informacje o osobach, przedmiotach i zdarzeniach. Ich uzyskiwanie, przetwarzanie i przekazywanie może odbywać się jednak w formach i zakresach niezastrzeżonych dla organów i instytucji państwowych na mocy odrębnych przepisów (art. 2 ust. 1 in fine u.u.d.). Przy tym, katalog rodzajowy takich informacji, określony w kolejnych punktach art. 2 ust. 1 u.u.d., ma jedynie charakter przykładowy, a to z uwagi na posłużenie się przez ustawodawcę formułą „w szczególności”. To właśnie w świetle tego unormowania

postrzegać należy sformułowanie zawarte w art. 267 § 3 k.k.²³, tj. „uzyskania informacji, do której nie jest uprawniony”. Pomijając już wspomnianą okoliczność, że wymieniony katalog ma charakter egzemplifikacyjny, sformułowanie „w sprawach wynikających ze stosunków prawnych dotyczących osób fizycznych”, zawarte w art. 2 ust. 1 pkt 1 u.u.d., nawiązuje do wszelkich stosunków prawnych dotyczących osób fizycznych, a więc – *lege non distinguente* – także prawnorodzinnych czy prawnomażeńskich.

Jednostki ingerujące w sprawy osobiste innych ludzi istnieją w każdej społeczności. Zmiany zachodzące we współczesnym świecie i rozwój technologii teleinformatycznych, zatem środków zbierania, gromadzenia i wyszukiwania informacji dotyczących innych osób sprawiają, że bardzo silnie wzrasta konieczność prawnej ochrony ludzkiego prawa do prywatności. Z drugiej jednak strony na organach państwa ciąży obowiązek zadbania *sensu largo* o bezpieczeństwo obywatela. Istnieje zatem konieczność wyznaczenia i zagwarantowania sfery życia osobistego, przynależnego każdemu człowiekowi, w którą nikt nieupoważniony nie będzie ingerował. Każdy z nas ma bowiem prawo dysponowania sobą, prawo do niezakłóconego rozwijania własnej fizycznej i psychicznej tożsamości, a zatem życia własnym życiem, kształtowanym według własnej woli i niezależnym w określonym zakresie od wpływów zewnętrznych. Trudno jest znaleźć precyzyjną definicję pojęcia prywatności w systemach prawnych poszczególnych państw, ponieważ ustalenie pojęć prawnych jest w większej mierze domeną doktryny prawa i orzecznictwa niż ustawodawcy. Autorzy podejmujący tę problematykę skupiają się przede wszystkim na określaniu sfer, które należy chronić za pomocą rozwiązań prawa do prywatności. Inne podejście akcentuje i określa listę działań, które naruszają sferę życia prywatnego jednostki. Prawo do prywatności jest pojęciem bardzo złożonym i szerokim, obejmującym: życie rodzinne, mir domowy, dobra osobiste człowieka, integralność człowieka, ochronę danych osobowych, tajemnicę korespondencji i treści komunikatów, sferę intymną osoby ludzkiej. W polskim piśmiennictwie możemy znaleźć definicję prywatności sformułowaną przez A. Kopffa, który przyjął, że: „do-

²³ Jak podniósł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22 stycznia 2002 r., sygn. I KZP 43/02, bezpośrednim przedmiotem ochrony art. 267 § 1 k.k. jest szeroko rozumiane prawo do dysponowania informacją, mające charakter prawa podmiotowego. Informacja zaś w pewnych okolicznościach jest towarem i może stać się przedmiotem obrotu. Towarem jest także nośnik informacji. Przekazanie informacji stanowi wtedy usługę, za którą przekazujący pobiera stosowną opłatę, w której mieści się zarówno cena informacji, jak i należność za jej przekazanie.

brem osobistym w postaci życia prywatnego jest to wszystko, co ze względu na uzasadnione odosobnienie się jednostki od ogółu służy jej do rozwoju fizycznej lub psychicznej osobowości oraz zachowania osiągniętej pozycji społecznej”²⁴. Sfera życia prywatnego w opinii Kopffa dzieli się na dwie „podsferę”: sferę intymnego życia osobistego oraz sferę prywatnego życia osobistego. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że ochrona prywatności zakładająca prawo wyłącznej kontroli osoby nad określoną sferą życia powinna być postrzegana w dwóch podstawowych płaszczyznach: w odniesieniu do stosunków jednostki z innymi jednostkami (układ horyzontalny) oraz w relacjach jednostka–władza publiczna (układ wertykalny)²⁵. Istnieje problem w precyzyjnym określeniu bardzo szerokiego zakresu znaczeniowego prawa do poszanowania życia prywatnego. Przydatna w tym zakresie jest analiza orzecznictwa organów międzynarodowej ochrony praw człowieka, a przede wszystkim obszernego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, odnoszącego się do art. 8 Europejskiej Karty Praw Człowieka. Na podstawie tego przepisu Trybunał bada i formułuje ogólne twierdzenia, które określają istotę chronionej wartości, co niewątpliwie pozwala definiować pojęcie „życia prywatnego”. Przykładem może być sprawa *Pretty (Pretty przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, wyrok z dnia 29 kwietnia 2002 r., skarga nr 2346/02), w której Trybunał określa, że pojęcie to składa się na fizyczną i psychologiczno-psychiczną integralność osoby i może odnosić się także do fizycznej i społecznej tożsamości jednostki²⁶. W innej sprawie – *Van Oosterwijck przeciwko Belgii*²⁷ – Trybunał zdefiniował prawo do prywatności jako uprawnienie i prawo do życia w sposób zgodny z wolą danej jednostki i bez rozgłosu. Poszanowanie życia prywatnego zawiera także prawo do nawiązywania i rozwijania kontaktów z innymi ludźmi. Orzecznictwo w omawianej kwestii jest bardzo bogate i stanowi ważne odniesienie w ochronie praw do życia prywatnego. Jak zauważa M. Safjan, prywatność, mimo że jest wartością powszechnie chronioną, nie podlega jednocześnie ochronie absolutnej. Europejska Konwencja Praw Człowieka w art. 8 ust. 2 precyzuje przesłanki, które mogą usprawiedliwiać w demokratycznym państwie ingerencję przez władze pu-

²⁴ A. K o p f f, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, (w:) *Studia Cywilistyczne*, t. XX, Kraków 1972, s. 3–44.

²⁵ M. S a f j a n, *Prawo do ochrony życia prywatnego*, (w:) *Szkola Praw Człowieka*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2006, s. 211 i n.

²⁶ Wyrok ETPC z dnia 29 kwietnia 2002 r., 2346/02, *Pretty v. Wielka Brytania*, LEX nr 75647.

²⁷ Wyrok ETPC z dnia 6 listopada 1980 r., 7654/76, *Van Oosterwijck v. Belgia*, LEX nr 80814.

bliczną, w granicach koniecznych, w korzystanie z tego prawa. Są to następujące przesłanki: interes bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwo publiczne i dobrobyt gospodarczy kraju, zapobieganie zamieszkom lub przestępczości, ochronę zdrowia i moralności, ochronę praw i wolności innych osób. Tak szeroki zakres przyczyn ma charakter skończony – wyczerpujący, co oznacza, że inne względy poza wymienionymi nie mogą być podstawą naruszenia tej specyficznej sfery życia ludzkiego. Należy tu jednak zauważyć, że użyte zwroty są w dużym stopniu niedookreślone, co może powiększać zakres i celowość ingerencji władzy publicznej w sferę prywatności.

W tym kontekście warto wskazać, że nawet w miejscach publicznych nie można w każdym wypadku mówić o braku prawa do prywatności (w pewnych jego aspektach). W zależności od zastosowanych metod i środków, czasu ich stosowania i intensywności może dochodzić do naruszenia art. 8 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i to także w aspekcie działalności organów państwa, co stwierdził Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z dnia 2 września 2010 r., w sprawie Uzun przeciwko Niemcom (§ 43–48)²⁸. Orzeczenie to zostało wydane w związku z faktem, że w samochodzie osoby kontaktującej się ze skarżącym zainstalowano urządzenie GPS i wykorzystywano je przez okres 3 miesięcy, do czasu zatrzymania skarżącego. ETPC stanął na stanowisku, że obserwacja przy pomocy lokalizatora GPS, choć musi być odróżniana od innych form obserwacji audiowizualnej (które z zasady w większym stopniu mogą prowadzić do naruszenia życia prywatnego z uwagi na możliwość ujawnienia tą drogą zachowania osoby, jej opinii czy uczuć), może także prowadzić do naruszenia życia prywatnego (§ 52 – w tej konkretnej sprawie Trybunał uznał, że do takiego naruszenia doszło, chociaż nastąpiło ono w zgodzie z prawem (podkreślenie własne), w rozumieniu art. 8 ust. 2 EKPC – (odpowiednio § 64–74 przedmiotowego wyroku), bowiem stosowanie lokalizatora GPS było uzasadnione). Należy podkreślić, że w Niemczech przymocowanie przez funkcjonariuszy urządzenia GPS do samochodu i jego wykorzystywanie do obserwacji wymaga zarządzenia Federalnego Prokuratora Generalnego. Nie sposób nie wspomnieć odnosząc się do orzeczenia ETPC Uzun v. Niemcy, że skarżący został skazany na 13 lat pozbawienia wolności za przestępstwa terrorystyczne. Zatem należy ze szczególną starannością dokonać interpretacji przedmiotowego orzeczenia. Nie ma bowiem żadnej wątpliwości, co do konieczności i dopusz-

²⁸ Wyrok ETPC z dnia 2 września 2010 r., 35623/05, Uzun v. Niemcy. LEX nr 599284.

czalności zwalczania przestępczości terrorystycznej. Niemniej jednak na *ratio legis* orzeczenia należy spojrzeć przy okazji w nieco szerszym kontekście i odnieść je do dopuszczalności inwigilacji osoby (np. jednego ze współmałżonków) przy pomocy odpowiednich, środków technicznych przez osoby, które nie są uprawnione do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych – na przykład przez detektywa. Czy zatem detektyw takie uprawnienia posiada? Niestety, jak się wydaje, stoi temu na przeszkodzie art. 7 u.u.d., który stanowi *expressis verbis*, że detektyw nie może stosować środków technicznych oraz metod i czynności operacyjno-rozpoznawczych, zastrzeżonych dla upoważnionych organów na mocy odrębnych przepisów (jak wyżej). Z kolei przenosząc to zagadnienie prawne na płaszczyznę praktyki detektywistycznej rodzi się kolejne pytanie: jak zatem detektyw ma być skuteczny w zlecanych mu odpowiednio przez określone podmioty sprawach, skoro nie może stosować środków technicznych dostępnych powszechnie we współczesnych czasach. Jego usługi, a przede wszystkim uprawnienia w tym zakresie, są bowiem obecnie – jak się wydaje – znacznie ograniczone, biorąc pod uwagę istniejący stan prawny. Dokonując koniecznej wykładni systemowej przepisów ustawy o usługach detektywistycznych należy wyraźnie odróżnić uprawnienia detektywa wynikające z tej ustawy od uprawnień organów upoważnionych do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych. Powstaje w tym przypadku konieczność zdefiniowania lub choćby przybliżenia, czym są czynności operacyjno-rozpoznawcze, a czym usługi detektywistyczne. Jak podkreślono już wyżej, z pewnością nie są to pojęcia tożsame. Na przykład jedną z trudniejszych do wyjaśnienia różnic pomiędzy wykonywaniem usług detektywistycznych a prowadzeniem czynności operacyjno-rozpoznawczych przez uprawnione służby jest różnica, o której mowa odpowiednio w art. 2 ust. 1 pkt 4 u.u.d. Dotyczy ona m.in. wyjaśnienia, co należy rozumieć pod pojęciem poszukiwania osób zaginionych lub ukrywających się przez detektywa, a co pod pojęciem tej samej czynności wykonanej przez Policję na podstawie art. 14 ust. 1 pkt 2 ustawy o Policji, tj. poszukiwania osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiaru sprawiedliwości. Aktualnie różnic należy się doszukiwać również w czynnościach na płaszczyźnie zadań i uprawnień przypisanych Policji oraz odpowiednio zadań i uprawnień przypisanych detektywowi. Detektyw przy uwzględnieniu obecnych przepisów może wykonać najprostsze zadania dotyczące poszukiwania osób, jak na przykład: prowadzenie rozmów wyjaśniających z rodziną i innymi osobami, udanie się do miejsca zamieszkania, udanie się do innych miejsc, w których dana osoba może przebywać. Usługi te zasadniczo

różnią się od czynności operacyjno-rozpoznawczych i innych, które są określone m.in. w zarządzeniu Nr 124 Komendanta Głównego Policji (ściśle określone procedury)²⁹. Przykład ten stanowi tylko jedno konieczne porównanie, które do chwili choćby ogólnego zdefiniowania czynności operacyjno-rozpoznawczych zawsze będzie się pojawiać nie tylko w doktrynie, ale i w praktyce prawniczej, w tym w orzecznictwie sądowym.

Autorzy prezentują stanowisko, że współcześnie na podstawie obowiązujących przepisów prawa, detektyw może wykonywać tylko i wyłącznie podstawowe czynności nie dotyczące rygorów, metodyki i wymogów a przede wszystkim uprawnień związanych z wykonywaniem czynności operacyjno-rozpoznawczych przez ściśle ustawowo określone służby. Na przykład istotę rozmowy detektywa z osobą powinno stanowić uzyskanie przez niego informacji, poprzez zadawanie podstawowych, dobrze przygotowanych pytań, a następnie przekazanie osoby i informacji Policji³⁰. Chyba, że dotyczy to szeroko rozumianego przedmiotu, którym policja się nie zajmuje (na przykład stosunki małżeńskie nie związane z popełnianiem przestępstw i wykroczeń). Istnieją też sytuacje, w których detektyw powinien podjąć od razu decyzję o przekazaniu osoby i określonych informacji Policji. Nawiązując do przykładów z praktyki należy przyjąć, że czynności detektywa są bardzo potrzebne, jednak musi on rzetelnie ustalić moment, kiedy należy wszystkie uzyskane informacje przekazać uprawnionej służbie, najczęściej Policji. Musi to mieć miejsce ze względu na znaczne ograniczenie uprawnień danych czynności w ramach usług detektywistycznych w stosunku do ściśle ustawowo określonych służb. Między innymi w sprawach medialnych – detektyw powinien prowadzić swoje usługi przy uwzględnieniu, że nie posiada on takich uprawnień i możliwości jak Policja, zatem *ex officio* powinien z Policją współpracować. Raz źle przeprowadzona rozmowa z potencjalnym sprawcą danego przestępstwa może spowodować nieodwracalne skutki, w postaci upewnienia się rozmówcy, że zarówno detektyw jak i Policja nie znają prawdziwych i wiarygodnych informacji o popełnieniu przestępstwa. Takie postępowanie upewnia sprawcę w jego działaniu.

Nie bez racji pozostaje także argument prokurator Prokuratury Generalnej podniesiony w jednej z odpowiedzi prawnych, że w określonych

²⁹ Zarządzenie Nr 124 komendanta głównego Policji, w sprawie prowadzenia przez Policję poszukiwania osoby zaginionej oraz postępowania w przypadku ujawnienia osoby o nieustalonej tożsamości lub znalezienia nieznanymi zwłok oraz szczątków ludzkich z dnia 4 czerwca 2012 r., Dz. Urz. KGP poz. 29.

³⁰ J. K u d ł a, P. K o s m a t y, Granice dozwolonych czynności..., *op. cit.*, s. 536–537.

okolicznościach (z uwagi na intensywność stosowania metody, uznawanej za dopuszczalną) dane zachowania detektywne, w innych wypadkach legalne, mogą stanowić przestępstwo stalkingu (art. 190a k.k.) albo wykroczenie złośliwego niepokojenia (art. 107 k.w.). W tym kontekście, „czynności ustawowo zastrzeżone dla organów i instytucji państwowych” (o jakich mowa w art. 45 u.u.d.), rozumiane jako „środki techniczne oraz metody i czynności operacyjno-rozpoznawcze, zastrzeżone dla upoważnionych organów na mocy odrębnych przepisów” (art. 7 u.u.d.) stają się jednym z ważnych ograniczeń w wykonywaniu czynności detektywistycznych. Niezależnie od tego, jak należy rozumieć pojęcie samych czynności operacyjno-rozpoznawczych³¹, skoro ustawodawca tylko niektóre z nich postanowił uregulować w przepisach prawa (np. rzetelnie w zakresie kontroli operacyjnej zob. art. 19 ust. 1 i 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji). Wiele z tych czynności unormowana jest w niejawnych przepisach instrukcyjnych. Jak stwierdza G. Gozdór żadna z takich regulacji nie zawiera sformułowania, by określone w nich poszczególne czynności operacyjno-rozpoznawcze miały być „zastrzeżone” dla tych właśnie służb państwowych³². Jednak autorzy uważają, że już samo zamieszczenie określonych czynności w ustawach uprawnionych służb pozwala je odpowiednio sklasyfikować, w tym jako czynności operacyjno-rozpoznawcze, które są wykonywane *ex lege* przez uprawnione osoby, ale nie detektywa.

Pojawia się w tym miejscu kolejny raz pytanie, co należy rozumieć *expressis verbis* pod pojęciem „czynności zastrzeżonych dla odpowiednich organów”. Z pewnością przy próbie udzielenia odpowiedzi na to pytanie nie można zapomnieć, że należy je interpretować w kontekście art. 7 Konstytucji, stanowiącego że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Zatem, sformułowanie „czynności zastrzeżone dla odpowiednich organów”, obejmuje swoim zakresem wyłącznie działania organów władzy publicznej podejmowane w granicach ustawowego upoważnienia. Z tego powodu, owo zastrzeżenie należy rozumieć jako dopuszczenie przez ustawodawcę (przy spełnieniu określonych przesłanek) stosowania przez odpowiednie organy środków, me-

³¹ Zob. na przykład A. Taracha, Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Lublin 2006, s. 46–91, D. Szumiło-Kulczycka, Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karego, Warszawa 2012, s. 104–114 i powołana tam literatura, J. Kudła, P. Kosmaty, Ryzyko w czynnościach operacyjno-rozpoznawczych Policji. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe, Warszawa 2018, s. 45, 244 i 306 zd. ostatnie.

³² G. Gozdór, Usługi, *op. cit.*, s. 75–86, tenże, Przystępstwa, *op. cit.*, s. 88.

tod i czynności, które – w braku takiego upoważnienia – stanowiłyby zachowania nielegalne, a wręcz przestępne. Skoro bowiem ustawodawca dopuszcza możliwość stosowania odpowiednich metod, środków i czynności przez określone służby i to w dodatku nie zawsze, a tylko w razie zaistnienia szczegółowo wymienionych w ustawie okoliczności, to w żadnej mierze nie można przyjąć, że takie środki, metody czy czynności miałyby być powszechnie dostępne dla detektywa, jak ma to miejsce np. w przypadku kontroli operacyjnej. Poza tym, z uwagi na to, co przedstawiono wyżej, należy podkreślić, że niektóre przepisy przewidujące możliwość przeprowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych mają charakter kontratypowy³³. Oznacza to, co do zasady, że w przypadku braku okoliczności wyłączającej bezprawność, w swoisty sposób legalizującej dane zachowanie (tj. np. kontratypu o którym mowa w art. 144a ustawy o Policji), zachowania funkcjonariuszy poszczególnych służb pozostawałyby bezprawne – tak, jak pozostają bezprawne zachowania detektywa stosującego takie właśnie środki, metody czy czynności. Artykuł 7 u.u.d. jest więc niczym więcej, jak uszczegółowieniem reguły wyrażonej w art. 11 pkt 1 i art. 6 u.u.d.³⁴

Odnosząc przedmiotowe zagadnienie prawne do międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka, trzeba zwrócić uwagę na art. 8 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności³⁵. Europejska Konwencja Praw Człowieka w art. 8 ust. 1 stanowi, że każdy ma prawo do poszanowania swego życia prywatnego i rodzinnego, swojego miejsca zamieszkania i korespondencji. Ochroną są objęte cztery elementy składowe: życie prywatne, życie rodzinne, nienaruszalność mieszkania oraz tajemnica korespondencji. W piśmiennictwie wskazuje się, że życie rodzinne, mieszkanie oraz korespondencja wchodzi w zakres szeroko rozumianego życia prywatnego. Ich wyszczególnienie jest podyktowane w dużej mierze względami historycznymi, gdyż mir domowy i ochrona korespondencji były uznawane za odrębne dobra chronione na długo przed uznaniem ochrony życia prywatnego w obecnym rozumieniu tego pojęcia³⁶. Należy zauważyć, że przepis art. 8 Konwencji nie gwaran-

³³ G. Gozdór, *Usługi...*, *op. cit.*, s. 79.

³⁴ Zob. także W. Kozieliwicz, Środek techniczny umożliwiający uzyskiwanie w sposób niejawnny informacji i dowodów oraz ich utrwalanie – kilka uwag o wykładni art. 19 ust. 6 pkt 3 ustawy o Policji, (w:) A. Pache, Z. Rau, M. Węgorowski (red.), *Nowoczesne systemy łączności i transmisji danych na rzecz bezpieczeństwa. Szanse i zagrożenia*, Warszawa 2013, s. 941–952.

³⁵ Regulamin Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284, z późn. zm.

³⁶ A. Mednis, *Prawo do prywatności a interes publiczny*, Kraków 2006, s. 81.

tuje prawa do życia prywatnego, lecz prawo do poszanowania życia prywatnego. Sformułowanie to pociąga za sobą doniosłe następstwa. Pojęcie „poszanowanie” pozwala na elastyczność w podejściu i swobodny rozwój ochrony, który w ten sposób jest dostosowywany do zmieniających się warunków społecznych. Z tego sformułowania wyprowadzane są pozytywne obowiązki państwa. Państwo musi bowiem zapewnić, aby osoby trzecie nie ingerowały w życie prywatne jednostek³⁷. Również Europejska Konwencja Praw Człowieka nie zawiera definicji prywatności ani życia prywatnego. Trudności w precyzyjnym zdefiniowaniu pojęcia prawa do prywatności zauważył Europejski Trybunał Praw Człowieka, w wyroku w sprawie Niemietz v. Niemcy. Podkreślił w nim, że stworzenie wyczerpującej definicji pojęcia życia prywatnego nie jest ani możliwe, ani konieczne. Trybunał w Strasburgu odstąpił od formułowania drobiazgowej definicji pojęcia życia prywatnego, a używane w orzeczeniach zwroty na określenie sfery życia prywatnego składają się z pojęć niedookreślonych i klauzul generalnych³⁸. Niewątpliwie do zakresu prawa do prywatności należy wewnętrzny krąg (*inner circle*), w którym jednostka może żyć zgodnie ze swoim wyborem. Europejski Trybunał wyraźnie zaznaczył, że prawo do poszanowania życia prywatnego oznacza prawo do prywatności, prawo do życia w sposób, w jaki osoba sobie tego życzy, chroniona przed publicznością. W pojęciu tym zawiera się również prawo do nawiązania i do rozwoju stosunków z innymi osobami, zwłaszcza w obszarze życia emocjonalnego w celu rozwoju i spełnienia własnej osobowości³⁹. Istotne jest, że prywatność obejmuje także prawo do ustanawiania i rozwijania stosunków z innymi istotami ludzkimi. Cel prawa do poszanowania życia prywatnego polega na tym, że zapewnia ono jednostce sferę, w której może w sposób wolny dążyć do swojego rozwoju i wypełniania swojej osobowości. Co do zasady w każdym przypadku, gdy państwo wprowadza prawo regulujące zachowanie w obrębie tej sfery, narusza ono poszanowanie życia prywatnego. Należy podnieść, iż Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoim orzecznictwie wielokrotnie stwierdzał, że ograniczenia tych praw, choć są dopuszczalne i nieuniknione, mają

³⁷ Z. Z a w a d z k a, Wolność prasy i prawo do prywatności jako zasady prawa, (w:) Wolność prasy a ochrona prywatności osób wykonujących działalność publiczną. Problem rozstrzygnięcia konfliktu zasad. LEX 2013, nr 369267724/6 i powołane tam piśmiennictwo.

³⁸ Wyrok ETPC z dnia 16 grudnia 1992 r., 13710/88 Niemietz v. Niemcy, (w:) Orzecznictwo strasburskie. T. 1–2. Zbiór orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka 1990–1997. Wstęp, tłumaczenie i opracowanie T. J a s u d o w i c z, Toruń 1998, s. 555.

³⁹ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 18 maja 1976 r., skarga 6825/74 X. v. Islandia, D.R. 5, s. 86.

charakter wyjątkowy. W sprawie Haase przeciwko Niemcy⁴⁰ Trybunał, rozstrzygając, czy ograniczenia w korzystaniu z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego są „konieczne w demokratycznym społeczeństwie”, rozważył, czy w świetle wszystkich okoliczności sprawy powody przedstawione dla uzasadnienia tegoż orzeczenia są istotne i wystarczające dla celów wskazanych w art. 8 ust. 2 Konwencji. Pojęcie „konieczność” oznacza, że ingerencja odpowiada pilnej potrzebie społecznej oraz że jest proporcjonalna do uzasadnionego prawnie celu, który ma być realizowany. Ponadto w uzasadnieniu wyroku w sprawie Funke przeciwko Francji⁴¹ Trybunał stwierdził, że ograniczenia przewidziane art. 8 ust. 2 Konwencji podlegają wykładni zawężającej, potrzeba ich wprowadzenia musi być „ustalona w sposób przekonujący”. Ponadto zgodnie z art. 18 Konwencji EKPC⁴² ograniczenia te nie mogą być stosowane w innych celach niż te, dla których zostały wprowadzone. Na podstawie wniosków płynących z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka można stworzyć katalog obszarów, które składają się na zakres życia prywatnego. W doktrynie J. Sieńczyło-Chlabicz sformułowała katalog uprawnień przysługujących jednostce, składających się na pozytywną stronę prawa do prywatności. Autorka zaznaczyła jednocześnie, że katalog ten ma charakter otwarty i podlega ciągłemu rozszerzaniu. J. Sieńczyło-Chlabicz wyróżniła następujące uprawnienia: prawo do ochrony danych osobowych, w szczególności medycznych, prawo do poszanowania domu (mieszkania), prawo do ochrony integralności fizycznej i psychicznej, prawo do tożsamości, prawo do poszanowania orientacji seksualnej⁴³. Nic nie wskazuje również, aby zakres pojęcia „życie prywatne” rozciągał się na działania, których natura jest w istocie publiczna. W związku z tym Trybunał uważa za istotne rozróżnienie między takimi samymi działaniami wtedy, gdy są podejmowane wyłącznie w celu

⁴⁰ Wyrok ETPC z dnia 8 kwietnia 2004 r., 11057/02, Haase v. Niemcy. LEX nr 125857.

⁴¹ Wyrok ETPC z dnia 25 lutego 1993 r., 10828, Funke v. Francja. LEX nr 80675.

⁴² *Ibidem*, Europejska Konwencja Praw Człowieka.

⁴³ Zob. szerzej J. Sieńczyło-Chlabicz, *Naruszenie prywatności osób publicznych przez prasę*, Kraków 2006, s. 195 i powołane tam orzecznictwo. A. Me d n i s, *Państwo wobec praw jednostki (na tle orzecznictwa Europejskiej Komisji i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka do art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)*, Samorząd Terytorialny 2000, nr 12, s. 44–48. Zob. szerzej odnośnie okoliczności zaliczanych do sfery życia prywatnego: B. Gronowska, *Prawo do poszanowania prywatności. Prawo do poszanowania życia prywatnego*, (w:) B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 356–357.

zaspokojenia potrzeb osobistych i wtedy, gdy chodzi o cel publiczny⁴⁴. Na ocenę, czy pojęcie „życie prywatne” obejmuje również działania podejmowane przez daną osobę poza jej domem lub terenem prywatnym, wpływa wiele elementów. Nie musi mieć rozstrzygającego znaczenia jej rozsądne oczekiwanie, że jej prywatność również w takiej sytuacji zostanie uszanowana. W sprawie Gillan i Quinton przeciwko Wielkiej Brytanii⁴⁵, dotyczącej wyrywkowych zatrzymań na ulicy przez policję i przeszukań, Trybunał podkreślił, że niezależnie od tego, czy w konkretnym przypadku podczas przeszukania na ulicy została przeczytana przez policjanta korespondencja, dzienniki lub inne dokumenty prywatne albo zostały znalezione inne intymne przedmioty, samo zmuszenie przechodnia do poddania się dokładnemu przeszukaniu osobistemu, przeszukaniu ubrania oraz przedmiotów osobistych, jest wyraźną ingerencją w prawo do poszanowania życia prywatnego. Fakt, iż do przeszukania doszło w miejscu publicznym nie oznacza bowiem, że art. 8 nie ma zastosowania. Przeciwnie, zdaniem Trybunału publiczna natura przeszukania może w pewnych przypadkach jeszcze zwiększyć dolegliwość ingerencji ze względu na towarzyszące mu poniżenie i wstyd. Przedmioty takie, jak torby, portfele, notatniki i dzienniki mogą poza tym zawierać informacje osobiste, z powodu których ich właściciel może czuć dyskomfort ze względu na ewentualne reakcje ze strony kolegów lub ogółu⁴⁶. W sprawie Foka przeciwko Turcji⁴⁷ dotyczącej przymusowego przeszukania torby przez Straż Graniczną, Trybunał stwierdził, że każde przeszukanie osobiste przez władze jest ingerencją w życie prywatne. Nie jest natomiast taką ingerencją ogólne monitorowanie za pomocą kamer miejsc publicznych. Natomiast wykorzystanie uzyskanych w ten sposób materiałów do innych celów niż

⁴⁴ Decyzja ETPC z dnia 24 listopada 2009 r., skargi połączone 16072/06 i 27809/08, w sprawie Friend v. Wielka Brytania i Countryside Alliance i inni v. Wielka Brytania § 41. LEX nr 565370.

⁴⁵ Wyrok ETPC z dnia 12 stycznia 2010 r., 4158/05 Gillan i Quinton v. Wielka Brytania, (w:) M. A. Nowicki, Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2010, Warszawa 2011, s. 153.

⁴⁶ Wyrok ETPC z dnia 25 września 2001 r., 44787/98 P.G. i J. H. v. Wielka Brytania (§ 56–57), LEX nr 76044. Wyrok ETPC z dnia 28 stycznia 2003r., 44647/98 Peck v. Wielka Brytania (§ 57–63), LEX nr 75807 oraz *op. cit.* Gillan i Quinton v. Wielka Brytania § 61.

⁴⁷ M. A. Nowicki, art. 8 Komentarza do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, (w:) Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, wyd. VII. LEX 2017, numer 587259729 (dostęp w dniu 20 listopada 2017 r.).

ochrona bezpieczeństwa publicznego narusza zasadę ochrony życia prywatnego⁴⁸.

Należy się jeszcze odnieść do unormowania problematyki stosowania „monitoringu GPS” w prawie polskim. Nie jest to jednak łatwe zagadnienie prawne. Należy rozpocząć od charakterystyki tego środka technicznego na podstawie art. 19 ust. 6 ustawy o Policji oraz art. 20c tej ustawy a następnie odrębnie, na podstawie art. 2 ustawy o usługach detektywistycznych. Global Positioning System (GPS) to system nawigacji satelitarnej. Zastosowanie odbiornika GPS przez funkcjonariusza Policji, wiąże się *ex lege* z odpowiednim stosowaniem art. 20c u.P. albo już art. 19 ust. 1 tej ustawy w zależności od: zakresu wykorzystania, rodzaju i możliwości odbiornika GPS oraz od celu samej czynności (metody pracy operacyjnej). Należy pamiętać, że współczesne odbiorniki GPS posiadają dodatkowe najnowsze funkcje pozwalające po ich włączeniu na utrwalanie rozmowy, a nawet i obrazu, gdy nadajnik będzie współpracował z mikro-kamerą. Zatem jeżeli Policja będzie uzyskiwała dane niestanowiące treści odpowiednio przekazu telekomunikacyjnego, przesyłki pocztowej albo przekazu w ramach usługi świadczonej drogą elektroniczną, określone w art. 180c i art. 180d ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, zwane dalej „danymi telekomunikacyjnymi”; art. 82 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, zwane dalej „danymi pocztowymi”; art. 18 ust. 1–5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, zwane dalej „danymi internetowymi” – to Policja stosuje art. 20c u.P. Natomiast jeśli zostanie zastosowany odbiornik GPS z włączoną funkcją do nagrywania i rejestrowania rozmów jako środek techniczny, o którym mowa w art. 19 ust. 6 pkt 2 u.P. – zatem ma to miejsce w celu uzyskiwania i utrwalania obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne – to należy wtedy stosować przepisy o kontroli operacyjnej odpowiednio art. 19 ust. 1 u.P. lub art. 19 ust. 3 tej ustawy. Zarówno w pierwszym jak i w drugim przypadku, co do zasady ma to miejsce podczas czynności operacyjno-rozpoznawczych Policji. Natomiast biorąc pod uwagę gwarancje ochrony prawa do prywatności przedstawione powyżej w orzecznictwie ETPC oraz zapis art. 2 u.u.d. stosowanie odbiornika GPS, w żaden sposób nie należy do kompetencji detektywa. Nie posiada on na mocy ustawy o usługach detektywistycznych takich uprawnień jak też uprawnienia te nie wynikają z wykładni systemowej wskazanych przepisów. Niestety istnieje tutaj ogromna luka pomiędzy

⁴⁸ Decyzja ETPC z dnia 1 czerwca 2004 r., 8704/03, w sprawie Van der Graaf v. Holandia, LEX nr 282094.

normami prawa a praktyką detektywistyczną, jednak w ocenie ETPC wydaje się ona słuszna. Zatem detektyw w ramach prowadzonych usług nie może stosować środków technicznych oraz metod i czynności operacyjno-rozpoznawczych, zastrzeżonych dla uprawnionych organów na mocy odrębnych przepisów, ponieważ wkraczałby on w kompetencje tychże organów, o czym wyżej mowa.

Jeszcze innego rodzaju wykładni w odniesieniu do środka technicznego w postaci odbiornika GPS wymaga odpowiednie stosowanie art. 19b ustawy o Policji. Przecież to też określony w normie prawnej przepisu rodzaj obserwacji z wykorzystaniem środków technicznych. Ponownie chodzi tutaj o wykładnię celowościową, w tym przypadku art. 19b ust. 1 u.P. Dla ustalenia różnic pozornie podobnych (prawnie i technicznie) obu metod pracy operacyjnej, tj. obserwacji i przesyłki niejawnie nadzorowanej, należy porównać ich zakresy podmiotowe i przedmiotowe wynikające z ustawy oraz wskazać, że zarządzenie przesyłki niejawnie nadzorowanej wymaga zawiadomienia przez organ Policji prokuratora okręgowego⁴⁹. Zatem właśnie w przypadku stosowania odbiornika GPS przez Policję, w momencie, gdy dane o lokalizacji są w ruchu, jednak nie jest utrwalany obraz i dźwięk należy stosować art. 19b ust. 1 ustawy o Policji. W przypadku, gdy obraz i dźwięk jest utrwalany stosujemy art. 19 ust. 1 u.P. lub gdy zachodzi odpowiednia przesłanka art. 19 ust. 3 tej ustawy. W momencie gdy dane o lokalizacji nie są w ciągłym ruchu i nie jest utrwalany obraz i dźwięk, stosuje się art. 20c ustawy o Policji. We wszystkich jednak przypadkach należy odpowiednio określić kryterium miejsca (przestrzeni), które ma zasadnicze znaczenie dla określenia podstawy prawnej stosowania danego środka technicznego. W projektach ustaw i ich uzasadnieniach słusznie przyjęto, że w zakresie rozróżnienia rodzajów przestrzeni, w której prowadzony jest monitoring, proponuje się wyodrębnienie:

- otwartej przestrzeni publicznej – przestrzeń powszechnie dostępna (np. ulice);
- zamkniętej przestrzeni przeznaczonej do użytku publicznego – ograniczona obszarowo przestrzeń lub obiekt udostępnione do użytku publicznego na warunkach określonych przez właściciela lub zarządzającego (np. sklepy, budynki użyteczności publicznej, zakłady pracy);
- przestrzeni prywatnej – przestrzeń lub obiekt wykorzystywany przez właściciela lub użytkownika wyłącznie w celach prywatnych.

⁴⁹ Zob. S. Hoc, J. Kudła, Przesyłka niejawnie nadzorowana – zakres czynności i rozróżnienie pojęć. System Informacji Prawnej LEX, numer 470057903 (dostęp w dniu 8 stycznia 2018 r.).

Konieczne więc pozostaje określić, choćby w sposób ogólny, czym są czynności operacyjno-rozpoznawcze, pomimo słusznych stanowisk zajętych przez A. Tarachę i D. Szumiło-Kulczycką, że są one zakresowo trudne do zdefiniowania. Zatem za Sądem Najwyższym należy przyjąć, że czynności operacyjno-rozpoznawcze zastrzeżone dla upoważnionych organów i instytucji państwowych z mocy odrębnych przepisów, w rozumieniu art. 45 w zw. z art. 7 ustawy z 6.07.2001 r. o usługach detektywistycznych, to takie czynności operacyjno-rozpoznawcze, które zostały wprost wymienione w ustawach (i innych przepisach, w tym niejawnych przepisach instrukcyjnych) i dla których określono przesłanki warunkujące ich podjęcie⁵⁰. Inną próbę zdefiniowania tychże czynności stanowi definicja przyjęta na łamach Systemu Informacji Prawnej LEX⁵¹, według której: „...Czynności operacyjno-rozpoznawcze, to czynności określone odpowiednio w ustawach kompetencyjnych wszystkich służb uprawnionych do ich wykonywania, jak też pozostałych aktach normatywnych, w tym niejawnych. Zastrzeżone do wykonywania w określony przepisami sposób przez upoważnione podmioty, organy i instytucje państwowe. Wykonywane w celu, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy o Policji (odpowiednio pozostałe służby), z zachowaniem form, metod i środków dla nich właściwych...” Nie sposób też nie wspomnieć o definicji zaproponowanej przez J. Wygodę⁵², który podobnie jak A. Taracha słusznie oddziela i rozszerza ich zakres nawiązując nie tylko do Policji i in., ale także do służb specjalnych i danej im odpowiednio *ex lege* „funkcji informacyjnej”. Zatem czynności analityczno-informacyjnych, które są odpowiednio w ustawach oddzielone od czynności operacyjno-rozpoznawczych. Stąd poprzez określone rodzaje wykładni prawa można odróżnić usługę detektywistyczną od czynności operacyjno-rozpoznawczej, nawet dalej, od czynności analityczno-informacyjnej.

Na podstawie przedstawionych powyższych rozważań zachodzi konieczność przybliżenia zasad odpowiedzialności karnej detektywa na podstawie co najmniej art. 45 u.u.d. Przyjmując, że co do zasady określono definicji czynności operacyjno-rozpoznawczych w obecnym stanie prawnym, należy przyjąć że będą to czynności ustawowo zastrze-

⁵⁰ Postanowienie SN z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. I KZP 17/13. LEX nr 1403940.

⁵¹ Definicja zaproponowana przez J. Kudła, (w:) System czynności operacyjno-rozpoznawczych RP. System Informacji Prawnej LEX nr 469947782 (dostęp w dniu 16 listopada 2017 r.).

⁵² J. Wygoda, Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych w ustawodawstwie polskim – propozycja wykładni. WPP 2017, nr 1, s. 27 (definicja czynności operacyjno-rozpoznawczych dla potrzeb interpretacji zagadnień prawnych m.in. przez Instytut Pamięi Narodowej).

żone dla organów i instytucji państwowych, czynności określone odpowiednio w ustawach (m.in. ustawach dotyczących służb posiadających uprawnienia do wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych) nie mieszczące się w katalogu usług detektywistycznych, o których mowa w art. 2 u.u.d. Nie ma żadnych wątpliwości, że do czynności ustawowo zastrzeżonych dla organów i instytucji państwowych należy zaliczyć stosowanie środków technicznych, o których mowa na przykład w art. 19 ust. 6 pkt 1–5 ustawy o Policji (m.in. odbiornika GPS w różnych najnowocześniejszych postaciach). Należy zwrócić jeszcze raz uwagę na zapis art. 7 u.u.d., którego norma prawna określa, że detektyw nie może stosować środków technicznych.

Dalej w ocenie autorów detektyw nie może również stosować metod polegających na stosowaniu transakcji pozornej, o której mowa m.in. w art. 19a u.P. (odpowiednio pozostałe służby), przesyłki niejawnie nadzorowanej, o której m.in. mowa w art. 19b u.P. Czynności te można *expressis verbis*, w przypadku wykonania przez detektywa, ocenić i – co jeszcze raz podkreślamy – kategorycznie wykazać, że należą do czynności ustawowo zastrzeżonych dla organów i instytucji państwowych, a w przypadku wykonania ich przez detektywa, naruszają co najmniej art. 45 u.u.d.. Nieco bardziej skomplikowane wydaje się wykazanie naruszenia co najmniej art. 45 u.u.d. w przypadku przeprowadzenia przez detektywa wywiadu operacyjnego, obserwacji, zasadzki czy współpracy z osobowymi źródłami informacji. Jednak i tutaj bez koniecznych dzisiaj nowych zapisów ustawowych w ustawie o usługach detektywistycznych – takie naruszenia można wykazać. Na przykład, gdy detektyw stosuje obserwację z wykorzystaniem środków technicznych, obserwację w przestrzeni prywatnej, prowadzi i dokumentuje obserwację zgodnie z metodyką pracy operacyjnej na przykład Policji (odpowiednio pozostałe służby). Podobnie w przypadku zasadzki czy też współpracy z osobowymi źródłami informacji. Niedopuszczalne jest w obecnym stanie prawnym prowadzenie przez detektywa współpracy z osobowymi źródłami informacji zgodnie z metodyką pracy operacyjnej przyjętą przez Policję czy odpowiednio pozostałe służby. Jedynie w przypadku prowadzenia przez detektywa wywiadu najtrudniej jest się doszukać czynności ustawowo zastrzeżonych dla organów i instytucji państwowych choć też detektyw nie może stosować metodyki policyjnej⁵³. Jeden z przykładów praktycznych w tym zakresie stał się podstawą wyroku Sądu Najwyższego z dnia

⁵³ J. Kudła, P. Kosmąty, *Granice dozwolonych czynności...*, s. 535.

19 marca 2002 r., sygn. I CKN 1134/99⁵⁴, przy czym we wspomnianym wyroku Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na ewentualne stosowanie gróźb, które ani w przypadku detektywa ani funkcjonariusza Policji nie mogą być stosowane. Istnieje jednak nieco szersza interpretacja prawna tego orzeczenia, która pozwala na przyjęcie, że rozmowa powinna być prowadzona do pewnych określonych granic (m.in. taktycznych), których ani detektyw ani odpowiednio funkcjonariusz Policji nie mogą przekroczyć bez narażania się tym samym na odpowiedzialność karną. Nie wspominając już o legalnym procesie gromadzenia dowodów.

Z tych wszystkich względów wydaje się, że można postawić tezę, że usługi detektywistyczne powinny być nieco bardziej dookreślone w zakresie powyżej przedstawionej problematyki, i to zarówno w przepisach ustawowych, jak i w wykonawczych. W chwili obecnej porównując stan prawny z praktyką można mówić o pewnej swoistej abstrakcji uregulowań, praktycznie dowolności ich stosowania, a nawet fikcji w przypadku usług detektywistycznych z wykorzystaniem metod podobnych do tych z zakresu pracy operacyjnej wszystkich uprawnionych służb. Celem autorów jest sygnalizacja wskazanych problemów, a tym samym poniekąd także pomoc detektywom w uregulowaniu koniecznych dla nich zagadnień prawnych ułatwiających im codzienną pracę. Na dzień dzisiejszy mają oni znacznie ograniczone swoje uprawnienia, które sprowadzają się przede wszystkim do podstawowych czynności, o których mowa w art. 2 u.u.d. pomimo, że przepis stanowi katalog otwarty, pozostałe przepisy ustawy o usługach detektywistycznych jednoznacznie ograniczają uprawnienia detektywa w zakresie podnoszonych w artykule zagadnień prawnych.

Provision of private investigator services with the use technical means that enable covert acquisition of information and evidence

Abstract

While indicating the most recent legal solutions for private investigator services and, separately, for operational reconnaissance activities, this paper offers necessary interpretation of law and expressly states which

⁵⁴ Wyrok SN z dnia 19 marca 2002 r., sygn. I CKN 1134/99, LEX nr 53282.

particular activities remain within exclusive competences of bodies authorized to perform operational reconnaissance activities. Powers of private investigators and powers of operational reconnaissance agencies are presented in a comparative legal analysis as well as from the perspective of the provisions of Polish law, including specifically the legislation governing the use of technical means. This paper is primarily to show legal limits on the acceptable use of certain technical means by private investigators. At the same time, it outlines the principles of criminal responsibility of private investigators. It also draws attention to the existing significant legal restrictions on broadly understood private investigator services.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Bartłomiej Błaszczyk

Europejski Nakaz Aresztowania po opuszczeniu Unii Europejskiej przez Wielką Brytanię

Streszczenie

Działanie UE oparte jest na głębokiej ingerencji w system prawny państw członkowskich, także poprzez moc wiążącą orzeczeń TSUE. Rezygnacja z wiążącego orzecznictwa jest jedną z przyczyn wystąpienia Wielkiej Brytanii z UE, co przełoży się na niemożność stosowania instytucji związanych z nadzorem TSUE, takich jak Europejski Nakaz Aresztowania.

Niniejszy artykuł poświęcony jest badaniu skuteczności tej instytucji oraz analizie potencjalnych możliwych rozwiązań, jakie może podjąć brytyjski rząd w celu kontynuowania współpracy w zakresie ekstradycji osób w sposób zbliżony do dotychczasowego.

Wprowadzenie

W roku 1946 podczas przemówienia wygłoszonego na uniwersytecie w Zurychu Winston Churchill zaapelował o utworzenie „Stanów Zjednoczonych Europy” jako remedium na podziały i nienawiść, które wywołały II wojnę światową¹. Rzucona przez brytyjskiego premiera uwaga trafiła

¹ Mowa Winstona Churchilla z Zurychu z dnia 19 września 1946 r., <http://www.churchill-society-london.org.uk/astonish.html> (dostęp w dniu 22 sierpnia 2017 r.).

na podatny grunt i obecnie jest uważana za jedną z podwalin pod powstanie europejskich Wspólnot, które ostatecznie w roku 1993 na mocy traktatu z Maastricht zostały przekształcone w Unię Europejską. Organizacja ta, w obecnym kształcie uformowana ostatecznie na mocy traktatu z Lizbony, jest obecnie jedną z najbardziej zintegrowanych struktur szczebla międzynarodowego na świecie, zapewniającą daleko posuniętą uniformizację prawa państw członkowskich, przy jednoczesnym zachowaniu ich odrębności i samodzielności. Każde z państw jest uprawnione do samostanowienia, w szczególności zaś do podjęcia decyzji co do dalszego członkostwa w Unii.

Stosownie do treści art. 50 Traktatu o Unii Europejskiej, każde państwo członkowskie może, zgodnie ze swoimi wymogami konstytucyjnymi, podjąć decyzję o wystąpieniu z Unii. Aż do niedawna jednak żaden niepodległy kraj nie zdecydował się na uruchomienie procedury w oparciu o wskazany wyżej przepis. Jedynym znanym przypadkiem rezygnacji z członkostwa we Wspólnocie było wystąpienie z niej Grenlandii – duńskiego terytorium zależnego – w roku 1985, w następstwie braku zgody jej mieszkańców na unijne wymogi dotyczące ograniczeń połowów ryb. Status Grenlandii jednakże nadal pozostał do pewnego stopnia szczególny. Jako tzw. terytorium specjalne jej mieszkańcy nadal legitymują się obywatelstwem Unii Europejskiej oraz mogą otrzymywać wsparcie finansowe w ramach pomocowych projektów realizowanych przez Wspólnotę.

Pierwsza „prawdziwa” procedura rezygnacji z członkostwa w Unii Europejskiej jest następstwem decyzji podjętej przez Wielką Brytanię – kraju, który co prawda nie należy do założycieli Wspólnot Europejskich, jednakże ma ogromny wkład ideowy w kładzenie podwalin Unii Europejskiej. Rezygnacja z członkostwa znajdzie z kolei swoje przełożenie na szereg kwestii prawnych, które będą wymagały dalszego uregulowania i będą sprawiały szereg problemów natury praktycznej, nie tylko na gruncie ułatwień dotyczących transferu osób i towarów czy też przesyłu środków pieniężnych, ale również w zakresie prawa i procedury karnej. Jednym z przykładów takich procedur jest wystawianie i wykonywanie wystawionego przez inne państwa Europejskiego Nakazu Aresztowania (ENA).

Podstawowe zasady funkcjonowania Europejskiego Nakazu Aresztowania

W obecnym kształcie Europejski Nakaz Aresztowania został wprowadzony do systemu prawnego państw członkowskich UE na mocy Decyzji ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego naka-

zu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi². Art. 1 ust. 1 wskazanej dyrektywy definiuje ENA jako „decyzję sądową wydaną przez Państwo Członkowskie w celu aresztowania i przekazania przez inne Państwo Członkowskie osoby, której dotyczy wnioski, w celu przeprowadzenia postępowania karnego lub wykonania kary pozbawienia wolności bądź środka zabezpieczającego”.

Upraszczając powyższą definicję legalną można powiedzieć zatem, iż ENA to procedura uproszczonej ekstradycji pomiędzy państwami należącymi do Unii Europejskiej. Jego założenie oparte jest na idei dwustronnego uznania orzeczeń sądowych pomiędzy państwami członkowskimi, co pozwala na uniknięcie konieczności przeprowadzania żmudnej procedury sądowej związanej z badaniem dopuszczalności ekstradycji w oparciu o akty prawa międzynarodowego³.

Z literalnego brzmienia zapisu wywieść zatem można twierdzenie, iż zastosowanie przepisów ułatwiających przekazywanie ściganych w oparciu o przepisy dyrektywy znajduje zastosowanie wyłącznie w stosunkach pomiędzy państwami należącymi do Unii Europejskiej. Dalsze zapisy decyzji ramowej mają charakter proceduralny i dotyczą sposobu stosowania ENA, a także okoliczności, które powodują niemożność jego wydania.

Decyzja ramowa jest aktem prawnym, który w przeciwieństwie do rozporządzenia wiąże państwa członkowskie jedynie w zakresie celu, jaki ma zostać przy jej pomocy osiągnięty. Powoduje to konieczność implementowania jej zapisów do krajowych systemów państw członkowskich – to samo musiało stać się także z aktem dotyczącym ENA. W Polsce przepisy te stanowią integralną część Kodeksu postępowania karnego, do którego zostały transponowane jako rozdziały 65a i 65b. Ponieważ przepisy k.p.k. stanowią literalne odzwierciedlenie treści wskazanej decyzji, omówienie tej instytucji przeprowadzone zostanie z powołaniem na przepisy Kodeksu. Pamiętać jednak należy, że identyczny tryb postępowania zachowany jest na terenie wszystkich krajów należących do Unii Europejskiej, z zachowaniem odpowiednich zmian wynikających z konstrukcji krajowego systemu sądownictwa.

ENA może zostać wydany na każdym etapie procedury karnej, zarówno w czasie trwania postępowania przygotowawczego (jednakże tylko wobec osoby posiadającej status podejrzanego, a zatem już po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów), jak i w fazie *in iure*,

² Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich nr 19 (t. 6) z dnia 18 lipca 2002 r., dostępny pod: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32002F0584&from=PL> (dostęp w dniu 29 lipca 2017 r.).

a także później – już na etapie wykonywania orzeczonej kary⁴. Przesłanką pozytywną do wydania ENA jest podejrzenie przebywania osoby, wobec której ma być stosowany, na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej. Jak zauważają komentatorzy, oraz co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie, nie jest przy tym konieczne, aby organ występujący z wnioskiem o stosowanie nakazu był w stanie dokładnie określić, na terytorium którego z państw członkowskich osoba ta przebywa⁵. Z technicznego punktu widzenia, w szczególności zaś łącząc powyższą konstatację z faktem funkcjonowania w ramach strefy Schengen, przy braku kontroli granicznej, bardzo istotnym jest posiadanie aktualnych danych i szybkość procedowania w sprawach związanych z nakazem.

Oprócz przesłanki pozytywnej, która wskazana została powyżej, konieczne jest również, aby nie zachodziła jedna z przesłanek negatywnych – wynikających wprost ze wskazanej już decyzji – nie pozwalających na wydanie osoby objętej nakazem. I tak – zgodnie z art. 607b polskiego k.p.k. – niedopuszczalne jest wydanie nakazu w przypadku, gdy nie wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości, jak również w stosunku do sprawców przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do jednego roku oraz w celu wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej w wymiarze do 4 miesięcy albo innego środka polegającego na pozbawieniu wolności na czas nieprzekraczający 4 miesięcy. A *minor ad maius*, nie jest zatem w szczególności dopuszczalne stosowanie ENA wobec sprawców przestępstw zagrożonych karą o charakterze nieizolacyjnym⁶.

Europejski Nakaz Aresztowania wydawany jest przez właściwy organ sądowy państwa członkowskiego. W Polsce jest to sąd okręgowy właściwy ze względu na miejsce popełnienia przestępstwa (stosownie do treści art. 607a k.p.k.) działający w postępowaniu przygotowawczym na wniosek prokuratora, w sądowym i wykonawczym zaś – z urzędu lub na wniosek właściwego sądu rejonowego, wydany w formie postanowienia⁷.

⁴ B. Augustyniak, Komentarz do art. 607a Kodeksu postępowania karnego (w:) D. Świecki (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom II, wyd. III, WKP 2017 (dostępne w LEX).

⁵ Postanowienie SA w Warszawie z dnia 19 listopada 2004 r., sygn. II AKz 577/04, OSA 2005, nr 8, poz. 57; Grajewski, Paprzycki, Steinborn, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. 2, 2015, komentarz do art. 607a (dostępne w LEX).

⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 2008 r., sygn. II KK 49/08, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 1289.

⁷ Hofmański, Sadzik, Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. 3, 2012, s. 734.

Na postanowienie w przedmiocie wydania bądź odmowy wydania ENA nie przysługuje zażalenie; przyjmuje się bowiem, iż środek ten nie ma charakteru środka zapobiegawczego (co uniemożliwia stosowanie do niego art. 252 k.p.k.). Kodeks nie przewiduje zaś wprost możliwości zażalenia tego postanowienia⁸.

Postępowanie z wydanym nakazem różni się zależnie od tego, czy wystawiający go organ sądowy był w stanie określić, na obszarze którego z państw członkowskich znajduje się miejsce pobytu osoby, której dotyczy wniosek. W takim wypadku – jak wynika wprost z postanowienia decyzji – wystawiający organ sądowy może zwrócić się wprost do właściwego do jego wykonania organu sądowego w państwie przyjmującym nakaz⁹. W innym wypadku może nastąpić wszczęcie niezbędnego dochodzenia w tym przez punkty kontaktowe Europejskiej Sieci Sądowej, w celu uzyskania tych informacji od wykonującego nakaz Państwa Członkowskiego¹⁰.

O tym, jak często środek ten wykorzystywany jest w praktyce i jak ogromne jest jego znaczenie dla sprawniejszego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości mogą świadczyć statystyki przedstawiające ilość nakazów wydanych oraz przyjętych do wykonania.

Na przestrzeni lat 2010–2015 polskie sądy wydały łącznie 18 667 nakazów, co daje rocznie średnio nieco ponad 3100. Ponad połowa z nich została wydana celem poszukiwania osoby na terytorium Wielkiej Brytanii. Z innych państw przyjęto z kolei (w ciągu tego samego pięcioletniego okresu) łącznie 1883 nakazy. Powyższe wskazuje, jak istotnym środkiem musi być ENA dla polskiego wymiaru sprawiedliwości – w ciągu jednego roku wydawanych jest bowiem niemal dwukrotnie więcej nakazów, niż otrzymaliśmy do wykonania w ciągu pięciu ostatnich lat¹¹.

Dla porównania, w latach 2010–2015 Wielka Brytania otrzymała do wykonania 48 766 nakazów, z których znaczna część wydana została przez polskie sądy. Polska, na co Brytyjczycy zwracają uwagę, ma bowiem zwyczaj wydawania przedmiotowych postanowień także w wypadku drobniejszych przestępstw, co w przypadku pozostałych państw

⁸ B. Augustyniak, dz. cyt.

⁹ Art. 9 ust. 1 Decyzji Ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi, Dziennik Urzędowy Wspólnot Europejskich L 190/, 18 lipca 2002 r.

¹⁰ Art. 10 ust. 1 Decyzji.

¹¹ Źródło: <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,8.html> (dostęp w dniu 22 sierpnia 2017 r.).

członkowskich nie jest tak częstą praktyką¹². W tym samym czasie Wielka Brytania wystosowała 1424 wnioski, często dotyczących bardzo poważnych przestępców, jak na przykład sprawcy zamachów bombowych w Londynie w dniu 21 lipca 2005 r., Hussaina Osmana, czy też zatrzymanego na terenie Polski Jasona McKaya, oskarżonego o zamordowanie swojej partnerki¹³. Obaj mężczyźni zostali zatrzymani; w przypadku McKaya proces trwał niespełna miesiąc, zaś w przypadku Hussaina Osmana – zaledwie osiem dni.

Powyższe zestawienie pokazuje, jak istotnym środkiem jest europejski nakaz aresztowania.

Procedura wystąpienia z Unii Europejskiej a dalsza współpraca w ramach ENA

Głównym założeniem opuszczenia Unii Europejskiej przez Wielką Brytanię ma być rezygnacja z wpływów jurysdykcyjnych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Brytyjski rząd jednoznacznie określił swoje stanowisko w tej kwestii, wskazując, iż projektowane ustawodawstwo ma zakładać brak wpływu orzecznictwa TSUE na kształt prawa wewnętrznego, przy jednoczesnym uznaniu dotychczasowych orzeczeń Trybunału¹⁴. TSUE, jako najwyższy organ sądowy Unii Europejskiej, sprawuje pieczę nad wykonywaniem prawa wspólnotowego, w tym także wskazanej już uprzednio decyzji ramowej. Sądy krajowe zaś, w razie występowania wątpliwości mają prawo – a w niektórych wypadkach nawet obowiązek – zwrócenia się do Trybunału celem uzyskania orzeczenia wstępnego (*preliminary ruling*) mającej w sprawie moc wiążącą. Powyższa okoliczność wyklucza tym samym możliwość stosowania ENA w kształcie znanym dzisiaj, zmuszając jednocześnie brytyjski rząd do poszukiwania rozwiązań alternatywnych. Brak możliwości sprawowania efektywnej kontroli TSUE może wywołać skutek w postaci braku woli państw członkowskich do kontynuowania współpracy ekstradycyjnej z Wielką Brytanią.

¹² Brexit: judicial oversight of the European Arrest Warrant, House of Lords Paper 16, lipiec 2017, s. 6–7; dostępny pod: <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/lddeucom/16/16.pdf> (dostęp w dniu 30 lipca 2017 r.).

¹³ Tamże, s. 9.

¹⁴ Department for Exiting the European Union, The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union, Cm 9417, February 2017, akapit 2.3, <https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-2> (dostęp w dniu 14 sierpnia 2017 r.).

Koniecznym należy w tym miejscu zauważyć, iż wprowadzenie ENA wymusiło na szeregu państw podjęcie decyzji o zezwoleniu na ekstradycję obywateli celem przeprowadzenia względem nich postępowania karnego, co wiązało się z koniecznością dostosowania ich wewnętrznego ustawodawstwa. Przykładów takich państw nie trzeba zresztą szukać zbyt daleko – wystarczającym jest sięgnięcie do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej w jej wersji sprzed i po roku 2004. Jest zatem wysoce prawdopodobne, iż w wypadku nieuregulowania w żaden sposób współpracy w zakresie ekstradycji, brytyjski wymiar sprawiedliwości zetknie się z tzw. „efektem klifu”, dla którego krytycznym punktem będzie data opuszczenia Unii Europejskiej¹⁵. Warto zatem prześledzić, jakie możliwe rozwiązania są obecnie brane pod uwagę przez brytyjski rząd celem uniknięcia powyższych skutków.

Scenariusz bezczynności

W wypadku niepodjęcia przez Wielką Brytanię żadnych kroków prawnych mających na celu modyfikację sytuacji prawnej w zakresie stosowania ekstradycji, z datą wystąpienia z szeregów Unii Europejskiej przekazywanie zatrzymanych pomiędzy Wielką Brytanią a Unią będzie odbywało się w oparciu o Europejską Konwencję o ekstradycji z 13 grudnia 1957 roku. Niestety nie jest ona w stanie w sposób wydajny substytuować funkcjonowanie ENA¹⁶.

Europejski Nakaz Aresztowania opiera swoje funkcjonowanie na bezpośredniej współpracy pomiędzy organami wymiaru sprawiedliwości, z pominięciem klasycznego dla ekstradycji modelu bazującego na dyplomatycznym porozumieniu pomiędzy państwem wydającym i przyjmującym¹⁷. Skutkiem takiego działania jest uproszczenie procedur i tym samym możliwość skutecznego prowadzenia postępowań – czego dowodem może być chociażby zaprezentowana w poprzedniej części pracy statystyka.

Powrót do Konwencji z 1957 r. oznaczałby tymczasem właśnie zarzucenie dotychczasowego modelu przekazania osoby jako instrumentu o charakterze czysto prawnym i zwrócenie się ku dyplomatycznym metodom dokonywania ekstradycji oraz rozstrzygania sporów z nią związa-

¹⁵ Brexit: judicial oversight..., s. 22.

¹⁶ Brexit: future UK–EU security and police cooperation, House of Lords Paper 77, 16 grudnia 2016 r., <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/77/77.pdf> (dostęp w dniu 14 sierpnia 2017 r.), s. 38.

¹⁷ Tamże, s. 36.

nych¹⁸. Powyższe spowodować może szereg utrudnień, wiążących się z przedłużeniem czasu postępowania, co z kolei może wpłynąć negatywnie na jego przebieg, szczególnie jeśli ekstradycja miałaby nastąpić w fazie trwania postępowania przygotowawczego, kiedy nadal wykonywane są czynności procesowe, zaś część z nich może wymagać uczestnictwa podejrzanego. Ponadto możliwym jest również zmniejszenie liczby czynności wykonywanych w ramach tego rodzaju współpracy, co również znajdzie przełożenie na zmniejszeniu efektywności środka w stosunku do obecnie funkcjonującego ENA¹⁹.

Ponadto, zgodnie z deklaracją strony brytyjskiej, nie życzy ona sobie dalszego pozostawania pod judykacyjnym wpływem orzecznictwa TSUE. Tymczasem powrót do Konwencji i tak nie pozwoliłby na osiągnięcie pożądanego rezultatu. Co prawda nie miałyby one już mocy bezwzględnie wiążącej, jednakże nadal wywierałyby pośredni wpływ na wewnętrzny system prawny, nabierając swoistej, „perswazyjnej” mocy²⁰.

Bezczynność zatem nie dość, że nie gwarantuje, iż państwa członkowskie nadal będą zainteresowane współpracą z Wielką Brytanią w zakresie ekstradycji, to jeszcze i tak nie pozwala na całkowitą rezygnację z wpływów orzecznictwa TSUE na system prawa brytyjskiego. Oznacza to konieczność poszukiwania innych alternatywnych sposobów, które pozwoliłyby na zachowanie względnej niezależności, przy jednoczesnym zachowaniu współpracy międzynarodowej.

Ekstradycja *bespoke*

W krawiectwie terminem *bespoke* określa się odzież uszytą na miarę i spersonalizowaną pod kątem określonego klienta. Nad zawarciem takiego właśnie, skrojonego na miarę, porozumienia pomiędzy Unią Europejską a Wielką Brytanią, trwają obecnie debaty w Izbie Gmin i Izbie Lordów. Jak wskazano już uprzednio, obie strony bowiem zainteresowane są utrzymaniem jak najściślejszej współpracy policyjnej.

Jak dotychczas jedynymi państwami, które zdecydowały się na skorzystanie z legislacyjnego krawiectwa miarowego w zakresie przepisów dotyczących ekstradycji z Unią Europejską, są Norwegia i Islandia. Podobnie jednak jak w wypadku szytego na miarę garnituru, stworzenie odpowiedniego zestawu przepisów wraz z odpowiednimi środkami służą-

¹⁸ Brexit: judicial oversight..., s. 22.

¹⁹ Brexit: future..., s. 39.

²⁰ Tamże, s. 23.

cymi rozstrzygnięciu sporów jest procesem bardzo czasochłonnym. Negocjacje w sprawie porozumienia ekstradycyjnego w tym wypadku rozpoczęły się w roku 2001 i do dnia dzisiejszego (sierpień 2017 roku) ich rezultaty nadal nie przybrały formy wiążącej umowy. Decyzja Rady z dnia 27 listopada 2014 r. w sprawie zawarcia Umowy między Unią Europejską a Republiką Islandii i Królestwem Norwegii w sprawie procedury przekazywania osób między państwami członkowskimi Unii Europejskiej a Islandią i Norwegią zawiera jednakże kilka postanowień związanych z rolą TSUE i mocą jego orzeczeń, co jak już wielokrotnie podkreślono, jest dla Wielkiej Brytanii niczym szekspirowskie „być albo nie być”.

Stosownie do treści art. 36 Umowy²¹, wszelkie spory między albo Islandią, albo Norwegią a państwem członkowskim Unii Europejskiej dotyczące interpretacji lub stosowania niniejszej umowy mogą być przekazywane przez stronę sporu na posiedzeniu przedstawicieli rządów państw członkowskich Unii Europejskiej oraz Islandii i Norwegii w celu rozstrzygnięcia sporu w terminie sześciu miesięcy. Kolejny artykuł zaś nakłada na strony umowy obowiązek stałego dokonywania przeglądu orzecznictwa TSUE oraz właściwych sądów Islandii i Norwegii, w oparciu o bliżej nieokreślony mechanizm zapewniający regularne wzajemne przekazywanie sobie wyżej wymienionego orzecznictwa.

Jak zatem widać, pomimo niewiążącej bezpośrednio mocy orzeczeń TSUE, umowa zawiera instrumenty pozwalające na harmonizację linii orzeczniczej pomiędzy Unią Europejską a pozostałymi stronami umowy przy jednoczesnym wyłączeniu ich bezwzględnie wiążącej mocy. Jednakże, jak zwracają uwagę eksperci współpracujący z Izłą Lordów przy tworzeniu opinii w przedmiocie przyszłości ENA, nie pozwalają one na funkcjonowanie w tempie tak sprawnym, jak w wypadku obecnej sytuacji, z wiążącym orzecznictwem Trybunału w roli głównej.

Niestety, jak już wspomniano, przygotowanie stosownego zestawu przepisów jest procesem bardzo czasochłonnym. Tymczasem – powracając do odzieżowej analogii – Wielka Brytania znajduje się raczej w sytuacji pana młodego, który na tydzień przed ślubem przypomniał sobie, że jego weselny smoking jest nadal niegotowy.

Przygotowanie porozumień oraz stosownego ustawodawstwa wewnętrznego, jak również metod rozstrzygnięcia sporów z pewnością zajmie więcej czasu niż wystąpienie z Unii Europejskiej i pociągnięcie za sobą długi

²¹ Umowa między Unią Europejską a Republiką Islandii i Królestwem Norwegii w sprawie procedury przekazywania osób pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej a Islandią i Norwegią, https://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawo_eu/ue2/umowa-ue-islandia-norwegia-o-przekazywaniu-osob.pdf (dostęp w dniu 14 sierpnia 2017 r.).

okres zawieszenia w próżni, co w efekcie i tak może doprowadzić do powstania efektu klifu. Jak wiemy, tak drastyczna przerwa w ciągłości przepisów zdecydowanie nie byłaby pożądana w sprawach, w których sprawność i szybkość podejmowania działań jest podstawą prawidłowego ich funkcjonowania. Podobnie rzecz się ma z brakiem możliwości oceny sposobu działania konkretnych metod. Mimo to, rozwiązanie powyższe i tak wydaje się być zdecydowanie bardziej odpowiednim niż przedstawiony scenariusz powrotu do Konwencji z 1957 roku.

Problem wspomnianego już efektu klifu można zaś rozwiązać na przykład poprzez tymczasowe zaakceptowanie wiążącej mocy wyroków Trybunału. Dalsza możliwość zapewnienia swoistego *status quo* w zakresie wykonywania ENA może być jednakże bardzo skomplikowana z uwagi na fakt braku związania podstawowymi aktami prawodawstwa unijnego, takimi jak choćby Karta Praw Podstawowych czy przepisy poświęcone ochronie danych osobowych. Mimo to jednakże, są to środki niepewne, zaś – jak już wspomniano – w regulacjach prawnych drastyczne powstanie luki w systemie spowodować może nieodwracalne skutki²². Podobnie zresztą w przypadku wskazanego już uprzednio scenariusza całkowitej bierności legislacyjnej, część ekspertów Izby Lordów sugerowała możliwość skupienia się na działaniach faktycznych i dalsze procedowanie nakazów kontynuować w oparciu o obecne regulacje. Scenariusz taki nie daje jednakże żadnej kontroli co do sposobu postępowania z wnioskami wystosowanymi przez Wielką Brytanię, co czyni środek potencjalnie nieefektywnym, a nawet niebezpiecznym jako nie dający gwarancji wzajemności²³.

Podsumowanie

Chociaż na obecnym etapie prac legislacyjnych trudno przesądzać, za którym rozwiązaniem opowie się brytyjski parlament, pewnym jest, że dalsze funkcjonowanie Europejskiego Nakazu Aresztowania w obecnym jego kształcie będzie niemożliwe. Pewne jest również, że organ rozstrzygający spory na gruncie nowego środka substytuującego ENA w relacjach pomiędzy Unią Europejską a Wielką Brytanią będzie musiał mieć charakter sądowy, a nie jedynie arbitrażowy – tylko sąd bowiem może ingerować w sferę wolności jednostki. Model takiego organu sądowego może być oparty na przykład o ten znany z Europejskiego Stowarzysze-

²² Brexit: judicial oversight..., s. 25.

²³ Tamże, s. 23.

nia Wolnego Handlu. Relacje w zakresie rozstrzygnięcia sporów pomiędzy Stowarzyszeniem a Unią Europejską odbywają się w oparciu o dwufilarową konstrukcję, w której po stronie Unii Europejskiej występują znane już wewnętrzne organy tej organizacji, z TSUE na czele, po stronie EFTA zaś – wewnętrznego odrębnego organu sądowego. Powyższy rozdział pozwala na zachowanie mocy wiążącej orzeczeń Trybunału w stosunku do państw członkowskich UE, przy jednoczesnym nadaniu im charakteru doradczego w przypadku państw – członków EFTA, co pozwala na zachowanie wystarczającej jednolitości pomiędzy oboma systemami i w efekcie – do ograniczenia potencjalnie spornych kwestii do minimum²⁴.

Na przykładzie powyższego widać zatem, iż zachowanie współpracy w zakresie wydajnego mechanizmu ekstradycji opartego o kanały sądowe w miejsce politycznych leży w interesach zarówno Unii Europejskiej, jak i Wielkiej Brytanii. Jednakże sama dobra wola wydaje się być niewystarczająca w obliczu konieczności rozwiązania problemu mocy wiążącej orzeczeń TSUE oraz zapewnienia wzajemności ze strony państw członkowskich, w znacznej mierze niechętnych do wydawania podejrzanych w oparciu o kanały dyplomatyczne. Wielka Brytania – niezależnie od przyjętego rozwiązania – stanie zatem w obliczu wyzwania polegającego na wypracowaniu szybkiego i względnie niezawodnego rozwiązania, pozwalającego na uniknięcie związania wyrokami Trybunału, przy jednoczesnym zapewnieniu wzajemności ze strony państw członkowskich UE. Dodatkowo porozumienie musi zostać wypracowane jak najszybciej, w przeciwnym razie bowiem nastąpi powrót do nieefektywnych kanałów dyplomatycznych, co w efekcie znajdzie przełożenie na spowolnienie procesu ekstradycyjnego. Pewnym jest również, że z uwagi na ilość wystosowywanych wniosków, Polska powinna być najbardziej zainteresowana jak najszybszym rozwiązaniem tego problemu przez Wielką Brytanię.

European Arrest Warrant after Brexit

Abstract

The EU deeply interferes with the legal systems of its members, also through the binding force of the CJEU rulings. One of the reasons why

²⁴ Tamże, s. 15–16.

the United Kingdom is leaving the EU is to end the jurisdiction of the CJEU. Consequently, such measures pertaining to the CJEU supervisory role as a European Arrest Warrant will cease to apply to the UK.

This paper explores the effectiveness of the EAW and analyzes plausible options for the British Government to continue cooperating with post-Brexit Europe in the field of extradition in a manner that comes as close as possible to the existing arrangements.

GLOSA

Konrad Rogowski

Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 października 2015 r., sygn. II AKa 347/15

Streszczenie

Niniejsza glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach skupia się na analizie znamienia „przymusowego położenia”, które składa się na konstrukcję przestępstwa „wyzysku” z art. 304 k.k. Podnoszę, iż istotne znaczenie praktyczne ma interpretacja tego elementu czynu zabronionego. Wskazuję na dopuszczalną odmienną interpretację niż przyjęta w komentowanym judykacie. Postuluję także zmianę zapisu ustawowego, zwracając przy tym uwagę na marginalizację odpowiedzialności karnej za czyn z art. 304 k.k., pomimo istnienia w Polsce społecznego problemu wyzyskiwania strony słabszej przez podmioty profesjonalne.

Dla ustalenia, czy pokrzywdzeni znajdowali się w przymusowym położeniu (w rozumieniu art. 304 k.k.), nie jest wystarczające ustalenie globalnej wysokości ciążących na nich w owym czasie zobowiązań, ale wręcz niezbędnym jest ustalenie kwot, jakie w tym właśnie czasie musieli oni przeznaczyć na spłatę długów. Innymi słowy koniecznym jest przy posiadaniu w polu widzenia faktu, że nie wszystkie zobowiązania były natychmiast wymagalne (mowa o kredytach spłacanych ratalnie) i nie całość dochodów pokrzywdzonych mogła być przedmiotem przymusowej egzekucji (o ile takowa była prowa-

dzona) zbadanie, czy faktycznie pokrzywdzeni nie mogli zabezpieczyć sobie zapewnienia podstawowych potrzeb życiowych inaczej, niż poprzez zawarcie wskazanych umów z oskarżonymi.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 października 2015 r., sygn. II AKa 347/15¹, warty jest uwagi, albowiem wymaga ponownego zastanowienia się nad treścią znamienia przestępstwa z art. 304 k.k., opisanego przez ustawodawcę jako „przymusowe położenie” pokrzywdzonego. Wskazano w nim, że jedynie brak zapewnienia podstawowych potrzeb życiowych pokrzywdzonych, będących osobami fizycznymi, pozwala na uznanie, że znalazły się te osoby w przymusowym położeniu w rozumieniu tego przepisu.

Zainteresowało mnie to zagadnienie i jego ocena przez organ orzekający, który sformułował *sui generis* wytyczne ustalania realizacji tego znamienia, w opozycji do ustalonej przez sąd I instancji „trudnej sytuacji majątkowej” pokrzywdzonych. Zagadnienie niewspółmierności świadczeń w umowach zawieranych w obrocie konsumenckim pomiędzy podmiotami profesjonalnymi a osobami fizycznymi, urasta do bolączki społecznej, czego wyrazem są na przykład społeczne inicjatywy służące obronie interesów konsumentów posiadających kredyty hipoteczne we frankach szwajcarskich.

Problem wyzysku został zauważony przez Prokuratora Generalnego RP, który wydał wytyczne w dniu 22 sierpnia 2016 r., wskazując na wysoką szkodliwość społeczną i szeroką skalę przestępstw związanych z udzielaniem pożyczek o charakterze lichwiarskim².

1. Sąd Apelacyjny w Katowicach uchylił wyrok Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej, którym oskarżeni zostali skazani między innymi za występki z art. 304 k.k. Chodzi o prawnokarną odpowiedzialność za czyny polegające na wyzyskaniu przymusowego położenia pokrzywdzonych, związanego z ich sytuacją ekonomiczną, i zawarciu z nimi umowy wyłączonej współpracy w zakresie przygotowania oferty i pośrednictwa finansowego z nałożeniem na nich obowiązku świadczenia niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym, gdyż w zamian za sporządzenie analizy sytuacji finansowej pokrzywdzonych i przygotowanie dokumenta-

¹ Teza wyroku, Prokuratura i Prawo 2016, dodatek „Orzecznictwo”, nr 7–8, pkt 28, s. 12; teza z uzasadnieniem: LEX nr 1959441.

² Zob. https://pk.gov.pl/aktualnosci-prokuratury-krajowej/wytyczne-prokuratora-generalnego-w-sprawie-zasad-prowadzenia-postepowan-dotyczacych-udzielania-lichwiarskich-pozyczek.html#.WMEbcPk1_tQ * (dostęp w dniu 27 sierpnia 2017 r.).

cji kredytowej zobowiązali pokrzywdzonych do zapłaty na ich rzecz prowizji w wysokości 25% udzielonego kredytu. Sąd Okręgowy w Bielsku-Białej przyjął, że oskarżeni wyczerpali znamiona czynu z art. 304 k.k. w związku z art. 12 k.k. i skazał ich za przestępstwo z art. 304 k.k.

Sąd I instancji upatrywał przymusowego położenia pokrzywdzonych w rozumieniu art. 304 k.k., w ich trudnej sytuacji majątkowej, spowodowanej koniecznością spłacania wierzycieli – kontrahentów oraz kredytów, a także prowadzonej uprzednio egzekucji komorniczej.

W ocenie sądu apelacyjnego doszło w ten sposób do „spłylenia omawianego zagadnienia” i wadliwego definiowania znamienia związanego z przymusowym położeniem pokrzywdzonych. Sąd odwoławczy nie zgodził się z sądem orzekającym w pierwszej instancji, że przymusowe położenie pokrzywdzonych należy upatrywać w ich sytuacji finansowej, co równałoby znamię czynu zabronionego z „trudną sytuacją majątkową”. Tym samym takie rozumienie znamienia przestępstwa prowadziłoby do objęcia penalizacją sytuacji osób, które mają problemy z bieżącym regulowaniem swych zobowiązań. Założenia te pozwoliły Sądowi Apelacyjnemu w Katowicach sformułować tezę, że „Dla ustalenia, czy pokrzywdzeni znajdowali się w przymusowym położeniu (w rozumieniu art. 304 k.k.), nie jest wystarczające ustalenie globalnej wysokości ciężających na nich w owym czasie zobowiązań, ale wręcz niezbędnym jest ustalenie kwot, jakie w tym właśnie czasie musieli oni przeznaczać na spłatę długów. Innymi słowy koniecznym jest przy posiadaniu w polu widzenia faktu, że nie wszystkie zobowiązania były natychmiast wymagalne (mowa o kredytach spłacanych ratalnie) i nie całość dochodów pokrzywdzonych mogła być przedmiotem przymusowej egzekucji (o ile takowa była prowadzona) zbadanie, czy faktycznie pokrzywdzeni nie mogli zabezpieczyć sobie zapewnienia podstawowych potrzeb życiowych inaczej, niż poprzez zawarcie wskazanych umów z oskarżonymi”³.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach jest dla praktyki stosowania art. 304 k.k., penalizującego wyzysk, bardzo istotny. Zauważył to autor aprobującej glosy do tego wyroku dr Zygmunta Kukuła⁴. Z uwagi na duże znaczenie praktyczne, a także istniejące kontrowersje wykładnicze, ponownie należy poddać analizie pogląd wyrażony w powołanym judykacie Sądu Apelacyjnego w Katowicach.

³ *Ibidem* – LEX nr 1959441.

⁴ Z. Kukuła, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 października 2015 r., sygn. II Aka 347/15*, *Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury* 2016, nr 4(24), s. 84–91.

Teza zawarta w analizowanym wyroku jest wskazówką dla organów procesowych, jak ustalać – w rozumieniu art. 304 k.k. – przymusowe położenie pokrzywdzonej osoby fizycznej. Sąd Apelacyjny w Katowicach odnosi się w tym zakresie do reprezentowanego w doktrynie prawa karnego materialnego poglądu, że istotą przymusowego położenia jest niezbędność uzyskania świadczenia, które uchroni zobowiązanego przed niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych w zakresie egzystencji i funkcjonowania. W ocenie sądu odwoławczego „sam w sobie brak zdolności kredytowej pokrzywdzonych” nie może być uznany za stan wypełniający powołane znamię występku z art. 304 k.k., albowiem sama konieczność wywiązania się pokrzywdzonych z wymagalnych zobowiązań nie stawia ich w przymusowym położeniu i – co podkreślam – zdaniem katowickiego Sądu Apelacyjnego „każda osoba, która w danej chwili nie może uregulować swych zobowiązań musiałaby być uznawana za znajdującą się w przymusowym położeniu, a taki zabieg niewątpliwie nie był zamiarem ustawodawcy”⁵.

W komentowanym orzeczeniu Sąd Apelacyjny w Katowicach dostrzega znamię „przymusowego położenia” w sytuacji, która bezpośrednio zagraża zaistnieniem wielkiej szkody lub niemożnością zaspokojenia fundamentalnych potrzeb życiowych, czyli deficytem „zapewnienia pewnego minimum egzystencji”. A co więcej, że interpretacja „przymusowego położenia” w oparciu o dorobek orzecznictwa cywilistycznego prowadzi do wniosku, iż potrzeba uzyskania gotówki nie świadczy o przymusowym położeniu.

2. Interpretacja „przymusowego położenia”, jako znamienia występku z art. 304 k.k., zaprezentowana w niniejszym judykacie przez Sąd Apelacyjny w Katowicach jest przedmiotem rozważań w orzecznictwie. Zaczynając od początku funkcjonowania tej normy w kodeksie karnym z 1932 r.⁶, to w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 1938 r., sygn. II K 1438/37⁷, znajdziemy taki opis znamienia „przymusowego położenia”: „Te obiektywne warunki istnienia przymusowego położenia polegają na tym, że w danych okolicznościach nie ma pokrzywdzony innego wyjścia jak zawarcie umowy, określonej w art. 268 k.k., jako jedyne sposobu uniknięcia grożącej bezpośrednio dotkliwej szkody natury materialnej, moralnej lub fizycznej. Nie może być zatem mowy o przymusowym

⁵ *Ibidem* – LEX nr 1959441.

⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny. Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571.

⁷ OSN(K) 1938, nr 6, poz. 155.

położeniu, jeśli istnieje inny osiągalny sposób uniknięcia tej szkody”. Natomiast w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 maja 1935 r., sygn. III K 331/35⁸: „Do istoty przestępstwa z art. 268 k.k. należy wyzyskanie przymusowego położenia kontrahenta. Przez położenie przymusowe rozumieć należy taki stan rzeczy, przy którym dana osoba zmuszona jest zawrzeć niekorzystną umowę, aby uniknąć grożącej jej w przeciwnym razie dotkliwej szkody albo innej przykrości fizycznej lub moralnej”.

Orzecznictwo polskich sądów XXI wieku wydaje się inaczej już odczytywać to znamię, a mianowicie w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2014 r., sygn. V KK 332/13⁹, czytamy, że: „przymusowości położenia podkreślają element niezbędności uzyskania przez daną osobę świadczenia w jej aktualnych okolicznościach życiowych – grożących bezpośrednio wielką szkodą lub niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb własnych lub rodziny”. Warty odnotowania jest także wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 czerwca 2016 r., sygn. II AKa 128/16¹⁰, mówiący o przymusowości położenia uczestnika obrotu, o którym mowa w art. 304 k.k., polegającej na tym, że aktualne warunki kształtują się dla niego na tyle niekorzystnie, iż grożą mu bezpośrednio wielką dolegliwością, np. niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych własnych i rodziny. W wyroku tym, co podkreślam, posłużono się terminem „uczestnika obrotu”.

Zaprezentowane przykładowo orzeczenia czerpią z interpretacji Sądu Najwyższego zaprezentowanych w judykatach z lat trzydziestych XX wieku, uznających przymusowe położenie, jako takie, które zagraża pokrzywdzonemu zaistnieniem dotkliwej szkody albo innej przykrości fizycznej lub moralnej, aczkolwiek ocena tego znamienia podąża do uznania, że zajdzie ono w razie krzywdy grożącej niezaspokojeniem podstawowych potrzeb życiowych.

Sąd Apelacyjny w Katowicach w analizowanym orzeczeniu powołał się także na poglądy doktryny prawa karnego, która rzeczywiście konsekwentnie wskazuje, że przymusowe położenie w rozumieniu art. 304 k.k., ma miejsce wówczas, gdy „aktualne warunki życia pokrzywdzonego kształtują się tak dalece niekorzystnie, iż bezpośrednio grożą wielką szkodą lub niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych własnych i rodziny”¹¹ – tak też w uwagach do art. 304 k.k.¹²:

⁸ OSN(K) 1936, nr 1, poz. 8.

⁹ OSNKW 2014, nr 11, poz. 8.

¹⁰ <https://sip.lex.pl/#/orzeczenie/522264914/1/ii-a-ka-128-16-przymusowosc-polozenia-uczestnika-obrotu-wyrok-sadu-apelacyjnego-w-warszawie>.

¹¹ O. Górniok (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. 2, 2006, teza 4 do art. 304 k.k.

„(...) w wypadku osoby fizycznej – niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych własnych i rodziny”. Natomiast inny autor uwag do komentowanego art. 304 k.k. wskazał, że „Chodzi o sytuację, w której wyzyskiwanemu grozi jakaś znacząca dolegliwość materialna lub osobista (...)”¹³. Cytowana ostatnia wypowiedź bliższa jest opisowi z judykatów z lat trzydziestych XX wieku. Podawana jest także wskazówka, że przez przymusowe położenie należy rozumieć „zagrożenie istotną dolegliwością”, jednak rozumianą poprzez dorobek orzecznictwa uznający ją za uniemożliwiającą zaspokojenie podstawowych potrzeb życiowych¹⁴.

Zbieżnie z powyższymi poglądami „Przymusowe położenie pokrzywdzonego, w rozumieniu art. 304 k.k., oznacza zatem każdą sytuację, w której realnie i obiektywnie zagrożone są podstawy jego egzystencji lub funkcjonowania, przez co powstaje równie realny i obiektywny przymus działań ekonomicznie niekonwencjonalnych”¹⁵.

3. Istotą problemu jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy aby słusznie sytuacja nazwana przez ustawodawcę „przymusowym położeniem” sprowadza się do zabezpieczenia podstawowych potrzeb życiowych? Uważam, że nie.

Zacząć należy od znaczenia w języku polskim słowa „przymus”. Zgodnie ze słownikowym brzmieniem jest to „nacisk, presja wywierane przez kogo; okoliczności, położenie zniewalające kogoś do działania wbrew swojej woli”¹⁶. Natomiast „przymusowy” to „wykonywany pod przymusem, narzucony przez okoliczności, konieczny”¹⁷. Zatem w języku polskim „przymusowe położenie” to położenie, w którym osoba znalazła się wbrew swojej woli, w wyniku przymusu, narzuconych okoliczności, konieczności. Trudno w tym znaczeniu znaleźć element zagrożenia egzystencji, który może, ale nie musi być wyłącznym elementem doprowadzającym do przymusowego położenia.

Ochrona obywateli ze strony Państwa przed lichwą ma swoją długą historię i stanowiła barierę przed nadmiernym wykorzystywaniem przewagi ekonomicznej. Przykładem takiej regulacji było rozporządzenie Pre-

¹² A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363, t. 1, Warszawa 2008, s. 766.

¹³ J. Giezek (red), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, Warszawa 2014, s. 1264.

¹⁴ V. Konarska-Wrzošek (red), Kodeks Karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 1288.

¹⁵ M. Królikowski, R. Zawłocki (red), Kodeks karny. Część szczególna, t. 1. Komentarz – art. 222–316, Warszawa 2013, s. 872.

¹⁶ Mały Słownik Języka Polskiego PWN, Warszawa 1995, s. 752–753.

¹⁷ *Ibidem*, s 753.

zydenta RP z dnia 29 czerwca 1924 r. o lichwie pieniężnej¹⁸, wydane na podstawie ustawy z dnia 11 stycznia 1924 r. o naprawie Skarbu Państwa i reformie walutowej¹⁹. Rozporządzeniem tym ustalono dopuszczalny górny poziom rocznej stopy procentowej w wysokości 24%, a także ustanowiono czyn karalny polegający na pobieraniu korzyści majątkowej przekraczającej granice oprocentowania²⁰.

W kodeksie karnym z 1932 r. przestępstwo lichwy uregulowane było w art. 268 k.k.²¹, który brzmiał: „Kto, wyzyskując położenie przymusowe innej osoby, zawiera z nią umowę, nakładającą na nią obowiązek świadczenia majątkowego oczywiście niewspółmiernego ze świadczeniem wzajemnym podlega karze więzienia do lat 5 lub aresztu”. Komentatorzy z okresu międzywojennego, zajmując się interesującym nas znamieniem, opisywali tą sytuację jako warunki, kiedy środki materialne konieczne mu są na zaspokojenie potrzeb życiowych własnych lub osób bliskich²², wskazując przy tym przesłanki negatywne, że nie jest prawnokarnie istotne pozyskiwanie pieniędzy na zbytek, na grę, zabawę lub inne przyjemności lub zaspokojenie szczególnych wygód²³. Profesor Juliusz Makarewicz podaje, że położenie przymusowe musi mieć „podkład gospodarczy, zapotrzebowanie gotówki”²⁴, nie rozstrzyga kwestii, jakie potrzeby mają być zaspokajane. W sposób zbliżony regulowano wyzysk w art. 207 kodeksu karnego z 1969 r.²⁵ W okresie PRL-u przestępstwo lichwy miało charakter marginalny, co podkreśla zresztą doktryna z tamtego okresu²⁶. Aktualnie, jedynie art. 304 k.k. chroni uczestników obrotu przed wyzyskiem²⁷.

Opis znamienia „przymusowego położenia” w zapisie ustawowym pozostaje niezmienny od 1932 r., zmieniła się jednak jego ocena poprzez dodanie, że taki stan wypełnia niemożność zaspokojenia podstawowych

¹⁸ Dz. U z 1924 r., Nr 56, poz. 574.

¹⁹ Dz. U z 1924 r., Nr 4, poz. 28.

²⁰ K. Buczkowski, Przestępstwo lichwy w kodeksie karnym – przeszłość i teraźniejszość, Państwo i Prawo 1999, nr 7, s. 57–58.

²¹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny. Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571.

²² W. Makowski, Kodeks karny. Komentarz część szczególna, Warszawa 1933, s. 624.

²³ *Ibidem*, s. 625.

²⁴ J. Makarewicz, Kodeks karny z komentarzem, wyd. 2, Lwów 1932, s. 319.

²⁵ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny. Dz. U z 1969 r., Nr 13, poz. 94.

²⁶ I. Andrejew (red), System Prawa Karnego o przestępstwach w szczególności, Zakład Narodowy Imienia Osolińskich 1989, s. 423.

²⁷ A. Zientara, Prawnokarna ochrona przed wyzyskiem z art. 304 k.k., (w:) M. Boryńska (red), Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu, Warszawa 2016., s. 282.

potrzeb życiowych i to jeszcze takich, które zapewniają jedynie egzystencję.

Pierwsza narzucająca się uwaga to zawarcie przez ustawodawcę tego przestępstwa w rozdziale XXXVI kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Podczas gdy odpowiedniki przestępstwa nazywanego „wyzyskiem” w kodeksie karnym z 1932 r. (art. 268 k.k.)²⁸ i z 1969 r. (art. 207 k.k.)²⁹ znajdowały się w rozdziale przestępstw przeciwko mieniu. Ciężar zatem penalizacji „wyzysku” z ochrony mienia przesunięty został na ochronę obrotu gospodarczego, czyli bezpieczeństwa i równowagi stosunków prawnych w gospodarce rynkowej. Jest to wskazówka do szerszej niż uprzednio penalizacji wyzysku.

W prawie karnym występuje także jako znamię czynów z art. 199 k.k. pojęcie „krytyczne położenie”, jednak znaczeniowo opisuje sytuację daleko gorszą niż ta, w jakiej znajduje się podmiot wyzysku. Jak opisywał Juliusz Makarewicz „krytyczne położenie” zachodzi „w wypadku wielkiego niebezpieczeństwa dla jednego z dóbr danej osoby”³⁰. Zaznaczyć należy, że różnym terminom użytym w kodeksie karnym nie można nadawać tego samego znaczenia³¹. Odnoszę jednak nieodparte wrażenie, że interpretacja powołanych znamion określających położenie pokrzywdzonego zbiega się w interpretacji doktryny i orzecznictwa.

Biorąc pod uwagę znaczenie językowe, historyczną ciągłość regulacji oraz umiejscowienie w systemie prawa karnego normy z art. 304 kodeksu karnego nie ma argumentów uzasadniających nadawanie innego znaczenia „przymusowemu położeniu” niż to, które przedstawiano w doktrynie i orzecznictwie z lat trzydziestych XX wieku.

4. Wracając do analizowanego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach, to zawarta w jego części motywacyjnej dyrektywa interpretacyjna nakazuje, aby organ orzekający badając, czy pokrzywdzony jest w przymusowym położeniu, odniósł się do tego, czy stan, w jakim znajdował się w inkryminowanym czasie, zagrażał zaspokojeniu podstawowych potrzeb życiowych jego lub rodziny. Idąc tym tokiem rozumowania, wymagane jest ustalenie, czym są podstawowe potrzeby życiowe, albowiem pojęcie to w prawie karnym nie jest definiowane. W znaczeniu potocznym są to czynności lub warunki służące dla samej egzystencji organizmu ludzkiego.

²⁸ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny. Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571.

²⁹ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny. Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94.

³⁰ J. Makarewicz, Kodeks karny..., s. 253.

³¹ M. Błachut, W. Gromski, J. Kaczor, Technika prawodawcza, Warszawa 2008.

Uważa się, że uniwersalistyczną teorię motywacji opracował w latach pięćdziesiątych XX wieku amerykański psycholog Abraham Maslow³². Opisuje się ją jako piramidę Maslowa³³. Potrzeby ludzkie, zorganizowane jako hierarchia, wynikają z tego, że kiedy potrzeby podstawowe, takie jak na przykład głód, zostaną zaspokojone, pojawiają się inne potrzeby – wyższe.

Potrzebami pierwszymi są potrzeby fizjologiczne, takie jak zapewnienie jedzenia, wody, powietrza, snu, ogrzewania, braku napięcia, czyli dające możliwość egzystencji człowiekowi. Natomiast Abraham Maslow do potrzeb podstawowych zalicza także potrzeby bezpieczeństwa, przez które „organizm może być równie całkowicie przez nie zdominowany”³⁴. Uważa się, że jeśli cztery podstawowe potrzeby (głodu, snu, bezpieczeństwa i seksu) są niezaspokojone, to wszystkie inne będą określone jako nieważne³⁵.

Abraham Maslow podaje przykładowo w ramach potrzeb bezpieczeństwa: pewność, stabilność, oparcie, opieka, struktura, porządek, prawo i granice, wolność od strachu, lęku i chaosu³⁶. Grupa tych potrzeb ma szczególne znaczenie dla budowania relacji społecznych i ich niezaspokojenie budzi reakcje obronne. Zaspokojenie ich w społeczeństwach demokratycznych jest priorytetem, gdyż ich deficyt prowadzi do zagrożenia porządku i prawa, a docelowo do dyktatury i wojny. Potrzeby bezpieczeństwa są immamentnie związane ze społecznym charakterem natury ludzkiej.

Zaspokojenie potrzeb „instyktopodobnych i biologicznych”³⁷ pozwala na realizację potrzeb wyższych, takich jak potrzeba miłości, uczucia, przynależności, szacunku, samorealizacji oraz potrzeb poznawczych i estetycznych. Naturalnie Maslow widzi różnice kulturowe w postrzeganiu priorytetowości potrzeb, jednak jego zdaniem są to różnice powierzchowne. Z całą pewnością czynniki motywacyjne, opisane przez Maslowa, są wspólne dla kręgu cywilizacji judeochrześcijańskiej. Teoria Maslowa daje zatem odpowiedź na pytanie, czym są potrzeby podstawowe i jest to odpowiedź relewantna dla potrzeb prawa karnego.

³² W. Stelmach, Jeszcze raz, ale inaczej, o teorii Maslowa, *Master of Business Administration* 2008, t. 16, nr 4, 2008, s. 3–6.

³³ https://pl.wikipedia.org/wiki/Hierarchia_potrzeb (dostęp w dniu 3 września 2017 r.).

³⁴ A. Maslow, *Motywacja i osobowość*, Warszawa 2006., s. 66.

³⁵ W. Stelmach, *Jeszcze raz...*, s. 4.

³⁶ A. Maslow, *Motywacja...*, s. 66.

³⁷ *Ibidem*, s. 119.

W moim przekonaniu grupa potrzeb bezpieczeństwa jest podstawowa dla osób fizycznych biorących udział w obrocie gospodarczym, niezależnie od ekonomicznej formy rynku. Niezaspokojenie ich – zgodnie z teorią Abrahama Masłowa – prowadzi do dezorganizacji życia społecznego, a przecież celem regulacji karnej art. 304 k.k. jest zachowanie równowagi i uczciwość obrotu gospodarczego.

Potrzeby wyższe badane przez Masłowa, służą bardziej samorealizacji człowieka, jego indywidualnemu zapotrzebowaniu i nie są warunkami *sine qua non* prawidłowego funkcjonowania struktury społecznej.

Pożądanym z punktu widzenia państwa i narodu jest indywidualne dążenie do zapewnienia sobie i rodzinie bezpieczeństwa rozumianego jako ochrona przed strachem, przed samowolą władzy, zabezpieczenie zdrowia i opieki na starość, oszczędność, zabezpieczenie bytu i wychowania potomstwa. Ustawodawca, spełniając wymóg sprawiedliwości, musi te dążenia ludzkie chronić i w tym widzieć cel zapisania w kodeksie karnym występkę z art. 304³⁸.

4. Limitacja przymusowego położenia poprzez uniemożliwienie zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych w obecnych warunkach społecznych i gospodarczych powoduje, że artykuł 304 k.k., znajdzie zastosowanie jedynie do stosunkowo niewielkiej grupy Polaków.

Zgodnie z definicją stosowaną przez Główny Urząd Statystyczny skrajne ubóstwo jest to minimum egzystencji, czyli uwzględniając jedynie te potrzeby, których zaspokojenie nie może być odłożone w czasie, a konsumpcja niższa od tego poziomu prowadzi do biologicznego wyniszczenia. Poziom skrajnego ubóstwa w Polsce maleje i w 2016 r. w tych warunkach pozostawało 4,9% gospodarstw domowych wobec 5,6% w 2008 r. Jednak problem ubóstwa jest wciąż poważny, gdyż jest znacznie zróżnicowany lokalnie, i tak w województwie lubuskim jest marginalny, bo dotyczył jedynie – wg danych z 2016 r. – 2,2% gospodarstw domowych, podczas gdy w województwie warmińsko-mazurskim jest problemem poważnym, obciążającym wówczas 9% gospodarstw domowych. Zauważalne jest stopniowe zmniejszanie się poziomu biedy, na co ma wpływ polityka państwa oraz działania samorządów lokalnych, a na-

³⁸ Celnie o potrzebach w ujęciu społecznym Y. R. S i m o n, *Filozofia rządu demokratycznego*, Kraków 1993, s. 177: „co do potrzeb biorących się ze społecznego stanu rzeczy, to zauważamy najpierw, że są one czasem tak niezbędne jak te, które zaliczamy do biologicznego minimum. Dla wielu ludzi łatwiej jest obejść się bez pełnej racji kalorii niż bez białej koszuli”.

de wszystko coraz prężniej funkcjonujących organizacji charytatywnych³⁹.

Zauważam zbieżność w ocenianiu przymusowego położenia w rozumieniu statystycznym skrajnej biedy a przyjętym w komentowanym wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach.

Obiektywne warunki społeczne w Polsce, gdzie wzrasta poziom egzystencji: „W 2016 r. wystąpiła wyraźna poprawa sytuacji materialnej wszystkich grup społeczno-ekonomicznych gospodarstw domowych w Polsce. Gospodarstwa domowe osiągały wyższe dochody i ponosiły większe wydatki. Wzrosła nadwyżka dochodów nad wydatkami, co dało gospodarstwom domowym większe możliwości oszczędzania”³⁸. wskazują, że regulacja przestępstwa wyzysku coraz bardziej będzie oddalała się od życia, dryfując w stronę ciekawostki akademickiej.

Czy zatem ustawodawca chciał wprowadzić do systemu prawa karnego zapis o penalizacji zachowania, które dotyczy sytuacji skrajnych i chroniących minimum egzystencji?

Sądzę, że nie. Szanując tradycję interpretacji „przymusowego położenia” w ramach znamienia przestępstwa wyzysku, zwrócić trzeba uwagę na archaiczność rozumienia tej sytuacji jako zagrażającej egzystencji. Nazwałbym to dickensowskim rozumieniem lichwy, adekwatnym do stosunków ekonomiczno-społecznych rewolucji przemysłowej, ale niewątpliwie niedostosowanych do obecnych czasów rewolucji informatycznej. Nie jestem w tym poglądzie odosobniony, gdyż „postać wyzysku znana tak dobrze K. Marksowi – pełna potu, krwi, okrucieństwa – rzeczywiście odeszła do lamusa historii, nie oznacza to jednak, że wyzysk znikł całkowicie z relacji międzyludzkich, uległ jedynie dość istotnej przemianie. Wyzysk w czasach demokracji przyjął bardziej wyrafinowane postacie, takie jak: pełna dyspozycyjność, mobbing, przedmiotowe traktowanie pracownika (...). Obecnie wyzysk przybiera zupełnie inne formy”⁴⁰.

Na początku XX wieku profesor Juliusz Makarewicz pisał: „Całkowicie słusznie zauważa Bernhöft: Nawet w państwach cywilizowanych walka o byt nie utraciła nic ze swej mocy, przyjmuje tam tylko formy, które czynią ją niewidoczną przy powierzchownej obserwacji. Zamiast silniejszej pięści decydująca jest wyższa zdolność ekonomiczna. Zwyciężony nis-

³⁹ <https://stat.gov.pl/obszary--tematyczne/warunki--zycia/ubostwo--pomoc--spoleczna/zasieg--ubostwa--ekonomicznego--w--polsce--w--2016--r-->, 14,4.html – dostęp 12 stycznia 2018 r.

⁴⁰ J. Filek, *Narodziny idei wyzysku i jego nowe oblicza*, (w:) K. Sosenka (red.), *Wyzysk ekonomiczny współcześnie*, Kraków 2007, s. 18.

czony jest tak jak dawniej, tyle tylko, że nie mieczem a niedostatkiem⁴¹. Obecnie aspekt ekonomiczny w jeszcze większym stopniu niż 100 lat temu implikuje pozycję społeczną jednostki⁴², stąd ochrona tej pozycji z punktu widzenia społeczeństwa jest pożądana. Zresztą sam profesor Makarewicz, omawiając w swoim komentarzu przestępstwo lichwy, podkreślał jej aspekt ekonomiczny⁴³.

5. Strona niebędąca profesjonalistą w ramach umów kredytowych, pośrednictwa finansowego, ubezpieczeniowych jest na z góry gorszej pozycji, albowiem zasoby informacji, jakie musi przetworzyć, aby mieć pełną wiedzę o zawartości umowy, przekraczają możliwości percepcyjne zwykłego uczestnika rynku i dostępny na to czas. Organy państwa przejmują w pewnej mierze obowiązki równoważenia tych stosunków, stąd narzucane ustawowo na instytucje finansowe obowiązki informacyjne wobec konsumentów, stąd cała rozwijająca się gałąź prawa służąca ochronie praw konsumenta i zakaz stosowania nieuczciwych praktyk rynkowych⁴⁴. Ustawodawca stale odpowiada na zmiany – zarówno społeczne, jak i technologiczne – czego przykładem są nowe przestępstwa w polskim systemie prawa karnego, takie jak stalking, korupcja gospodarcza czy też sabotaż komputerowy. Prawo karne musi stale dostosowywać się do tych zmian, a wyłączenie z tej ewolucji przestępstwa wyzy-sku wydaje się nieuzasadnione.

Należy zapytać, z jakiego powodu przyjmować statyczną interpretację znamion czynu z art. 304 k.k., skoro ustawodawca odwołuje się do pojęcia „przymusowego położenia”, będącego wynikiem zaistnienia czynników zarówno psychologicznych, jak i społecznych, a nade wszystko – w mojej ocenie – ekonomicznych, które niewątpliwie ulegają zmianom.

W prawie karnym wykładnia dynamiczna nie jest wykluczona, aczkolwiek musi być stosowana z dużą ostrożnością, gdyż wartościami preferowanymi są pewność prawa i bezpieczeństwo obywateli⁴⁵. Ustawodawca dał wskazówkę interpretacyjną organom stosującym prawo, zmieniając umiejscowienie redakcyjne w kodeksie karnym przestępstwa „wzy-

⁴¹ J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe*, Lublin 2009, s. 268.

⁴² Zob. W. Zuziak, *Antymonie wolności i równości. Wyzysk w społeczeństwie demokratycznym*, (w:) K. Sosenka (red.), *Wyzysk ekonomiczny...*, s. 103–123. Autor zwraca uwagę na potęgający wyzysk „chaos aksjologiczny współczesnych społeczeństw”.

⁴³ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 2, Lwów 1932, s. 319.

⁴⁴ Jako przykład podać można art. 3 ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu *nieuczciwym praktykom rynkowym* – tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 3.

⁴⁵ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, Toruń 2010, s. 162.

sku” na rozdział XXXVI „Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu”. Podkreślił tym samym, że pożądanym dobrem, mającym być chronionym na skutek reakcji karnej przy zastosowaniu art. 304 k.k., jest uczciwy i rzetelny obrót gospodarczy. Pomimo tego zabiegu wykładnia znamienia „przymusowego położenia” jest w praktyce wymiaru sprawiedliwości statyczna.

Wracając do aspektu ekonomicznego przedmiotu ochrony art. 304 k.k., istotnym dobrem z punktu widzenia ustawodawcy jest bezpieczeństwo uczestników rynku, co oznacza, że podmioty obrotu gospodarczego, wypełniając jego reguły, mogą zaspokoić swoje potrzeby, uzyskując ekwiwalentne świadczenia. Z tego względu ważne jest dla obrotu nie tylko chronienie osób fizycznych w zaspokajaniu ich podstawowych potrzeb pozwalających na egzystencję, ale także chronienie potrzeb konsumentów – uczestników wolnego rynku, a te mieszczą się już w definiowanej przez Abrahama Maslowa grupie potrzeb bezpieczeństwa. Truizmem jest twierdzenie na przykład o ekonomiczno-społecznej wartości zaspokajania potrzeby bezpieczeństwa w zakresie ochrony zdrowia.

Z tego powodu w granicach określonych przez potrzeby zapewnienia egzystencji, ale także bezpieczeństwa, upatrywałbym desygnaty znamienia „przymusowego położenia” i nie negowałbym „trudnej sytuacji majątkowej”, jako implikującej omawiane pojęcie. W aktualnym kontekście ekonomicznym, wobec społecznego problemu „toksycznych kredytów” i balansującego na granicy prawa, a przekraczającego granice uczciwego obrotu, działania wielu instytucji kredytowych⁴⁶, zasadnym jest nowe spojrzenie na interpretacyjną zawartość znamion art. 304 k.k. i zdopinguowanie ustawodawcy do zmiany redakcji przepisu, tak aby objął penalizacją zachowania negatywnie oceniane etycznie oraz szkodliwe ekonomicznie dla konsumentów i rynku, a obecnie dla prawa karnego prawnie irrelevantne. Problem sprawiedliwości musi być brany pod uwagę w każdym akcie wykładni. I tak Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 8 lipca 2004 r., sygn. IV CK 520/03, stwierdził, że ustalając znaczenie normy należy brać pod uwagę powszechnie akceptowane zasady słuszności i sprawiedliwości⁴⁷.

Rozbieżności pomiędzy tym, co sprawiedliwe a tym, co stanowione, zaistniały w okresie zmiany ustroju Polski, w trakcie przechodzenia z PRL do RP, co było przedmiotem rozważań profesora Zygmunta Ziemińskiego. Pisał on: „Środek zaradczy na nieadekwatność systemu for-

⁴⁶ Zob. <http://biznes.interia.pl/szukaj/news/felieton-niewygodne-fakty-z-zycia-bankow-i-bankowcow,2359635> (dostęp w dniu 3 września 2017 r.).

⁴⁷ OSNC 2005, nr 7–8, poz. 130.

malnie uznawanych za obowiązujące norm prawnych w stosunku do deklarowanych przez społeczeństwo czy jego elity polityczne wartości widzi się przede wszystkim w dokonywaniu zmian ustawodawstwa, choć nie jest to przecież środek jedyny (...) W licznych przypadkach rozwiązań szukać można nie tyle w zmianie reguł egzekucji tekstów prawnych (reguł interpretacyjnych, inferencyjnych, kolizyjnych), co po prostu w zmianie przesłanek przyjmowanych dla stosowania tych reguł⁴⁸.

6. Orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 października 2015 roku obrazuje problem w stosowaniu art. 304 k.k. w praktyce, a zaprezentowane w nim rozwiązanie interpretacyjne prowadzi w istocie do marginalizacji odpowiedzialności karnej za wyzysk i lichwę, pomimo jednoznacznie negatywnej oceny tego rodzaju zachowań z punktu widzenia etyki, ale również wysokiej społecznej szkodliwości. Problem ten dostrzegł Prokurator Generalny R.P. wydając w dniu 22 sierpnia 2016 r. wytyczne w sprawie zasad prowadzenia postępowań przygotowawczych o przestępstwa udzielania pożyczek o charakterze lichwiarskim oraz o przestępstwa oszustwa skutkujące utratą przez pokrzywdzonych prawa własności nieruchomości⁴⁹. Skierowane do prokuratorów wytyczne, poza napiętnowaniem wyzysku i podkreśleniem intencji ścigania tego przestępstwa, z punktu widzenia analizy znamion czynu z art. 304 niczego nie zmieniają. W wytycznych – w punkcie I.4 – przypomniano, że „przymusowe położenie” sprowadza się do takich okoliczności życiowych lub ekonomicznych po stronie kontrahenta, które zmuszają go do zawarcia umowy dla siebie niekorzystnej, a w punkcie II.3 konkretyzując, że przypadkami trudnej sytuacji życiowej i materialnej pokrzywdzonego jest brak dochodów skutkujący niemożnością zaspokojenia podstawowych potrzeb egzystencjalnych. Podsumowując, poza deklaracją zwalczania wyzysku wyrażoną w wytycznych – bez zmiany interpretacji znamienia „przymusowego położenia” lub zapisu ustawy karnej – wypełnienie znamion przestępstwa z art. 304 k.k. w opisie czynu będzie dla oskarżycieli publicznych nadal niezwykle trudne i oskarżanie o te czyny nadal będzie swoistą ekstrawagancją procesową.

⁴⁸ Z. Ziemiński, „Lex” a „ius” w okresie przemian, Państwo i Prawo 1991, nr 6, s. 7.

⁴⁹ Sygn. PK II P 404.2.2016 – https://pk.gov.pl/aktualnosci-prokuratury-krajowej/wytyczne-prokuratora-generalnego-w-sprawie-zasad-prowadzenia-postepowan-dotyczacych-udzielania-lichwiarskich-pozyczek.html#.WMEbcPk1_tQ (dostęp w dniu 27 sierpnia 2017 r.).

Rozważane zagadnienie egzemplifikuje przywołanie danych z bazy statystycznej Ministerstwa Sprawiedliwości⁵⁰, o tym, że w okresie od 2008 do 2015 roku skazano na mocy art. 304 k.k. zaledwie 17 osób. Odpowiednio w tym samym okresie za popełnienie przestępstwa z art. 297 § 1 k.k. prawomocnie skazano 18 207 osób. Aktualnie w bazie danych KRD BIG znajdują się informacje o 6 milionach niezapłaconych zobowiązań na kwotę 26,5 mld zł. Długi konsumentów stanowią zdecydowaną większość – 5,2 mln na kwotę 21 mld zł., 780 tys. to zobowiązania przedsiębiorców na kwotę ponad 5 mld zł⁵¹. Z danych tych wynika, że najczęściej „trudnych” zobowiązań kredytowych powstaje nie na linii bank – przedsiębiorca, lecz bank – konsument. Jak można przeczytać w powołanym artykule, jest to polska specyfika. Ta swoistość polskiego rynku kredytów nie może pozostawać poza zainteresowaniem prawa karnego, skoro jedna strona umowy kredytowej ma „mocne” narzędzie chroniące jej interesy przed nierzetelnością w postaci art. 297 § 1 k.k., a druga w postaci konsumenta narzędzi chroniących przed wyzyskiem, rozumianym jako ekonomiczne pasożytnictwo, w istocie nie posiada.

Wracając do wskazówek Mistrza należy przytoczyć: „Człowiek myślący pyta – co to jest prawo, jaka jest jego funkcja społeczna, jakie powinno być prawo, by odpowiedzieć potrzebom społecznym, jak zorganizować prawo karne, by nie było przestępców”⁵². Należy zatem zadać pytanie o możliwość rozwiązania problemu w stosowaniu art. 304 k.k.. Upatruję go w dopuszczalnej wykładni dynamicznej znamienia „przymusowego położenia”, uznającej za podstawowe potrzeby nie tylko zabezpieczenie egzystencji, lecz także zapewnienie bezpieczeństwa.

Ustawa karna nie jest instrumentem doskonałym i wymaga zmian odpowiadających wymogom sprawiedliwości prawa, na co zwracano od dłuższego czasu uwagę w doktrynie⁵³.

Uważam, że najlepszym sposobem rozwiązania występującego problemu będzie interwencja ustawodawcy, poprzez uzupełnienie znamienia czynu z art. 304 k.k. – „przymusowe położenie” o „wynikające z trudnej sytuacji życiowej lub majątkowej”. Należy pamiętać, że aby doszło do

⁵⁰ <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (dostęp w dniu 3 września 2017 r.).

⁵¹ <http://www.forbes.pl/polacy-sa-zadluzeni-na-939-mld-zl-najslabiej-splacane-kredyty-konsumpcyjne,artykuly,200821,1,1.html> (dostęp w dniu 3 września 2017 r.).

⁵² J. Makarewicz, Nowożytne zadania filozofii prawa, Przegląd Prawa i Administracji 30(1905), nr 3, s. 189.

⁵³ W. Mąciór, Złe prawo należy zmienić, (w:) Ł. Pohł (red.), Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca, Poznań 2009, s. 379.

wypełnienia znamion czynu zabronionego sprawca musi o tak opisanym położeniu pokrzywdzonego wiedzieć i je wyzyskać do zawarcia umowy, nakładającej na drugą stronę świadczenie niewspółmierne do świadczenia wzajemnego.

Uzupełnienie opisu znamienia o „przymusowe położenie wynikające z trudnej sytuacji życiowej lub majątkowej”, mogłoby spowodować adekwatną ocenę sytuacji wyzyskiwanego, tym bardziej, że analogiczne oceny poprzez trudną sytuację, dokonują organy państwowe, oceniając na przykład przez ten pryzmat ważny interes podatnika w postępowaniu o umorzenie zaległości podatkowej.

Z tego względu za niesłuszne uważam prognozy autora glosy aprobującej do przedmiotowego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który stwierdził, że „Doświadczenie życiowe i obserwacja praktyki potwierdzają, że ludzie zbyt często powołują się na występowanie przesłanek lichwy w sytuacji niewystarczającego wykazania się własną aktywnością w przezwyciężeniu powstałych trudności. Prowadzić to może do niezamierzonej i nadmiernej kryminalizacji wielu zachowań, graniczących pozornie z ryzykiem, szczególnie w działalności gospodarczej, co byłoby trudne do zaakceptowania. Mogłoby dojść do precedensu polegającego na uznaniu za przymusowe położenie takiej na przykład sytuacji, w której pokrzywdzeni ubiegają się o kredyt czy pożyczkę w banku. Wykładnia taka mogłaby prowadzić do powstania absurdalnych sytuacji, pozwalających uznać pewną część czy nawet połowę wszystkich umów bankowych za jakąś formę umowy lichwiarskiej”⁵⁴. Poglądu tego nie można zaakceptować. Wbrew twierdzeniu autora cytowanej glosy, to doświadczenie praktyki wskazuje, że przepis art. 304 k.k. o konstrukcji normatywnej zawierającej złożony opis znamion czynności sprawczej jest trudny do zastosowania i nawet zmiana interpretacji „przymusowego położenia” lub jego normatywnego zapisu na „przymusowe położenie wynikające z trudnej sytuacji życiowej lub majątkowej” nie spowoduje masowości skazań za to przestępstwo ani nie zablokuje systemu bankowego. Trzeba pamiętać, co powtórzę, że nadal musi dojść do wypełnienia pozostałych znamion czynu z art. 304 k.k., a oceny tej dokonać musi organ procesowy, któremu nie można odmówić racjonalności. Zdaje się to pomijać autor aprobującej glosy stwierdzając, że nawet połowa umów bankowych mogłaby być uznana za formę lichwy. Zresztą pogląd ten zdaje się zakładać, że nawet połowa klientów banków pozostaje w obiektywnym nie-

⁵⁴ Z. Kukuła, Glosa do wyroku..., s. 89–90.

dostatku i niemalże połowa produktów bankowych to produkty finansowe przynoszące niewspółmierny zysk. Założenie takie jest błędne.

Uważam, że warto w praktyce stosowania prawa przyjrzeć się ponownie znamionom przestępstwa z art. 304 k.k. i postulować zmianę zapisu ustawowego, aby było ono sprawnym narzędziem realizowania polityki karnej w zakresie zwalczania wyzysku.

Commentary to the judgment of the Appellate Court in Katowice of 8 October 2015, ref. no.: II AKa 347/15

Abstract

This commentary to the judgment of the Appellate Court in Katowice focuses on the criterion of “being under constraint”, which is among the criteria of the offence of exploitation under Article 304 of the Penal Code. Interpretation of the aforesaid criterion is deemed essential for reasons of practicality. It is suggested that interpretation different from the Appellate Court’s interpretation is acceptable. Moreover, the commentator calls for an amendment to the relevant provision and draws attention to the fact that the criminal liability for the offence under Article 304 of the Penal Code is marginalised although exploitation of weak groups by professional entities is the actual social problem facing Poland.

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 (kilukzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przysyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.

Lista recenzentów opiniujących materiały opublikowane w 2017 roku

Aleksander Herzog, Jolanta Jaworska, Kazimierz Klugiewicz, Wojciech Kotowski, Dariusz Kuberski, Bolesław Kurzępa, Beata Miłk, Lech K. Paprzycki, Kazimierz Postulski, Tomasz Razowski, Ryszard A. Stefański, Bogusław Sygit, Andrzej Ważny, Damian Wąsik, Jan Wojtasik.