



Prokuratura i Prawo

NR 10/październik 2018



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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. 15 649 97 00
e-mail: marketing@wds.com.pl
www.wds.pl

ISSN 1233-2577 nakład 2000 egz.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa

Spis treści
Table of contents

Artykuły/*Articles*

dr hab. Joanna Misztal-Konecka, prof. KUL

Zasądzenie odszkodowania i zadośćuczynienia za niesłuszne wykonanie środka zabezpieczającego lub niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie wykonane w zakładzie psychiatrycznym 5

Award of compensation and redress for wrongful enforcement of a measure of protection, or for clearly wrongful provisional arrest enforced in a psychiatric institution 28

dr Izabela Jankowska-Prochot, wykładowca UKSW, pracownik Komendy Głównej Policji

Definicja przestępstwa i jego klasyfikacja w polskim oraz irlandzkim prawie karnym 29

Definition and classification of an offence in Polish and Irish criminal laws 46

Mariusz Kaszowicz, doktorant Uniwersytetu Humanistycznospołecznego SWPS w Warszawie

Przypadki „nagłej śmierci” w sprawach umorzonych z art. 151 k.k. i art. 155 k.k. 47

“Sudden deaths” among discontinued cases under Articles 151 and 155 of the Penal Code 62

Krzysztof Patora, prokurator Prokuratury Regionalnej w Łodzi

Pojęcie „bezprawności” w różnych gałęziach prawa 64

Notion of “illegality” in various branches of law 93

Wojciech Sołdaczuk, prokurator Prokuratury Okręgowej w Warszawie delegowany do Prokuratury Krajowej

Rola i znaczenie etyki zawodowej prawnika ze szczególnym uwzględnieniem etyki zawodu prokuratora 94

Role and meaning of professional ethics of lawyers, with particular consideration of professional ethics of prosecutors 100

Krzysztof Kmań, absolwent Uniwersytetu Jagiellońskiego

Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii 102

Cumulative sanctions as of 1 July 2015 – considerations in the context of the Act on Counteracting Drug Addiction 134

Cezary Bliźniak, doktorant Uniwersytetu Warszawskiego, adwokat

Specyfika regulacji <i>mens rea</i> w polskim kodeksie karnym na tle prawa krajów anglosaskich	136
<i>Specificity of mens rea regulations in the Polish Penal Code as compared to Anglo-Saxon legislation</i>	163

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

dr Agnieszka Baj, prokurator Prokuratury Rejonowej w Pabianicach

Udział stron w niepowtarzalnych czynnościach dowodowych postępowania przygotowawczego	165
<i>Participation of parties in non-repeatable evidence gathering steps of preparatory proceedings</i>	191

Joanna Misztal-Konecka

Zasądzenie odszkodowania i zadośćuczynienia za niesłuszne wykonanie środka zabezpieczającego lub niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie wykonane w zakładzie psychiatrycznym

Streszczenie

Kodeks postępowania karnego umożliwia oskarżonemu, wobec którego wykonano środek zabezpieczający, dochodzenie odszkodowania za poniesioną szkodę oraz zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, wynikłe z wykonania względem niego w całości lub w części środka zabezpieczającego, której to dolegliwości nie powinien być ponieść, jeżeli w wyniku wznowienia postępowania lub kasacji został uniewinniony lub orzeczono wobec niego łagodniejszy środek zabezpieczający, ewentualnie postępowanie umorzono bez stosowania środka zabezpieczającego wskutek okoliczności, których nie uwzględniono we wcześniejszym postępowaniu. Roszczenia tego rodzaju rozstrzygane są w ramach postępowania karnego, choć w obecnym stanie prawnym nie zachodzą istotne okoliczności uzasadniające wyłączenie kompetencji sądów cywilnych w tym zakresie.

1. Wprowadzenie

Wprawdzie prawo karne (materialne i procesowe) i prawo cywilne (materialne i procesowe) formalnie pozostają odrębnymi gałęziami prawa, ale w niektórych przypadkach oddziałują na siebie w sposób wyjątkowo silny. Przykładem takiej instytucji jest problematyka wynagrodzenia szkody i krzywdy przez Skarb Państwa za szkody wyrządzone przez jego funkcjonariuszy w procesie karnym, uregulowana w przepisach Kodeksu postępowania karnego. Nie można nie zauważyć, że w sprawach tych z co najmniej dwóch powodów uprawnienie do wypowiedzi przypada cywilistom – po pierwsze, materialnoprawne reguły określania zasadności i wysokości odszkodowania i zadośćuczynienia

jedynie szcążtkowo określone zostały w Kodeksie postępowania karnego, co wymusza zastosowanie wypracowanych w prawie cywilnym zasad odpowiedzialności deliktowej. Przewidziane w rozdziale 58 k.p.k. roszczenia, mimo że są dochodzone w procesie karnym, ze swej istoty mają bowiem charakter cywilnoprawny¹. Po drugie zaś – stosownie do art. 558 k.p.k. w zakresie nieuregulowanym w Kodeksie postępowania karnego w sprawach o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie stosuje się przepisy Kodeksu postępowania cywilnego.

Odpowiedzialność Skarbu Państwa za błędy wymiaru sprawiedliwości prowadzące do niesłusznego wykonania środka zabezpieczającego lub niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania wykonanego w zakładzie psychiatrycznym² ma gruntowną podstawę aksjologiczną

¹ Stanowisko to jest powszechnie uznane w doktrynie i orzecznictwie; zob. np. A. Bułsiewicz, P. Hofmański, *Materialnoprawne warunki odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkodę spowodowaną oczywiście niesłusznym tymczasowym aresztowaniem*, *Palestra* 1981, nr 10–12, s. 38; P. Wiliński, *Odszkodowanie za stosowanie środków reakcji karnej lub przymusu procesowego – w świetle konstytucyjnej gwarancji prawa do odszkodowania*, *Wrocławskie Studia Sądowe* 2012, nr 1, s. 5; M. Kozłowska, *Kilka uwag na temat charakteru prawnego odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie*, *Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego* 2013, nr 1–2 s. 144–151; Z. Banaszczyk, *Model postępowania o odszkodowanie z tytułu niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania lub zatrzymania w Kodeksie postępowania karnego a ochrona interesów poszkodowanego*, (w:) M. Boratyńska (red.), *Ochrona strony słabszej stosunku prawnego. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Adamowi Zielińskiemu*, Warszawa 2016, s. 470.

² Tematyka odpowiedzialności za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie ma obszerną literaturę, zaś kwestie niesłusznego wykonania środka zabezpieczającego lub niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania wykonanego w zakładzie psychiatrycznym stanowią jej część, zwykle jedynie wzmiankowaną; zob. np. J. Waszczyński, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie i bezzasadne aresztowanie w polskim procesie karnym*, Łódź 1964; A. Bułsiewicz, *Proces o odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub oczywiście bezzasadny areszt tymczasowy*, Toruń 1968; J. Sobczak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie lub oczywiście niesłuszne aresztowanie w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, *Palestra* 1985, nr 11, s. 43–58; J. Małeckie, *Niektóre cywilnoprawne aspekty odpowiedzialności Skarbu Państwa z art. 487 k.p.k. (wybrane problemy)*, *Palestra* 1989, nr 8–10, s. 84–97; S. Stachowiak, *Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie w kodeksie postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 1, s. 59–68; A. Bułsiewicz, *Konstytucyjna ochrona wolności i praw człowieka a odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkody powstałe wskutek niesłusznego skazania, tymczasowego aresztowania lub zatrzymania*, (w:) J. Czapska (red.) i in., *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 259–267; T. Woźny, *Charakter prawny postępowania o odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie*, *Państwo i Prawo* 2004, nr 8, s. 61–70; P. Cioch, *Odpowiedzialność Skarbu Państwa z tytułu niesłusznego skazania*, Warszawa 2007; P. Wiliński, *op. cit.*, s. 5–22; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Komentarz do art. 552 k.p.k.*, (w:) M. Romańska (red.), *Kodeks postępowania kar-*

i prawną. Przede wszystkim każda sfera ludzkiej działalności obarczona jest ryzykiem popełnienia błędów. Od niebezpieczeństwa tego nie są wolne także sądy, choć zarówno sformalizowanie postępowania karnego, jak i przewidziana w nim kontrola instancyjna mają przeciwdziałać zaistnieniu takich sytuacji. Nadto, nie sposób pominąć, że odpowiedzialność państwa za wadliwe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości poczytywać należy jako element budowania zaufania do organów państwa i legitymizacji władzy. Wymiar sprawiedliwości ma wszak za zadanie egzekwować odpowiedzialność osób, które naruszyły porządek prawny. Skoro zatem sam wymiar sprawiedliwości może popełnić błąd (a zatem naruszyć porządek prawny), nieodzowne jest stworzenie regulacji jego odpowiedzialności wobec podmiotu, którego prawa i wolności zostały w ten sposób naruszone.

Zagadnienie odpowiedzialności za błędy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych nie wyczerpuje oczywiście wszystkich przypadków, w których ma miejsce wadliwe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości naruszające prawa i wolności jednostki. Warto temu wycinkowemu zagadnieniu poświęcić odrębnie uwagę z kilku względów. Przede wszystkim prawo karne operuje środkami prawnymi wkraczającymi niezwykle

nego. Komentarz do artykułów 468–682. Tom III, wyd. 4, Warszawa 2012 (*Legalis*); P. Cioch, (w:) Pozainstancyjne środki ochrony prawnej, Warszawa 2013, s. 441–480; Ł. Chojniak, Odszkodowanie za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie, Warszawa 2013; J. Michalska, Prawo do odszkodowania za niesłuszne skazanie, (w:) M. Jabłoński, S. Jarosz-Żukowska (red.), Aktualne wyzwania ochrony wolności i praw jednostki. Prace uczniów i współpracowników dedykowane Profesorowi Bogusławowi Banaszakowi, Wrocław 2014, s. 327–336; T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 552 k.p.k., (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2014, Lex/el.; M. Wąsek-Wiadek, Kilka uwag o nowym modelu odszkodowania za niesłuszne tymczasowe aresztowanie, (w:) P. Hofmański (red.), *Fiat iustitia pereat mundus*. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej, Warszawa 2014, s. 575–591; L. K. Paprzycki, Komentarz do art. 552 k.p.k., (w:) L. K. Paprzycki (red.), Komentarz aktualizowany do art. 425–673 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Lex/el 2015; J. Konecki, Niepoczytalny sprawca czynu zabronionego w postępowaniu karnym, Warszawa 2015, s. 262–267; W. Jasiński, Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie, wykonanie środka zabezpieczającego oraz niezasadne stosowanie środków przymusu po nowelizacji kodeksu postępowania karnego, Prokuratura i Prawo 2015, nr 9, s. 49–79; P. Czarniecki, Odpowiedzialność Skarbu Państwa za błędy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych po 1 lipca 2015 r., sygn. Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2015, nr 2, s. 52–76; M. Błoński, Dochodzenie odszkodowania przez cudzoziemców z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania, Palestra 2015, nr 11/12, s. 90–98; Z. Banaszczak, Model..., *op. cit.*, s. 469–493; D. Świecki, Komentarz do art. 552 K.p.k., (w:) D. Świecki (red.) i in., Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz aktualizowany, Lex/el 2018; W. Jasiński, Komentarz do art. 552 k.p.k., (w:) J. Skorupka (red.), Kodeks postępowania karnego. Komentarz, wyd. 3, Warszawa 2018 (*Legalis*).

mocno w sferę praw i wolności jednostki, może bowiem prowadzić do pozbawienia nie tylko własności, ale nade wszystko wolności. Nic zatem dziwnego, że błędy wymiaru sprawiedliwości prowadzące do niesłusznego zastosowania kar, a zwłaszcza będących przedmiotem zainteresowania niniejszego opracowania środków zabezpieczających, wzbudzają ogromne zainteresowanie społeczne. Dość przypomnieć relacjonowane w mediach w latach 2015–2016 trzy sprawy. S.B., podejrzany o przywłaszczenie dwóch paczek kawy, w szpitalu psychiatrycznym spędził dziewięć lat³. F.M. stanął pod zarzutem popełnienia przestępstwa z art. 190 k.k. (groźby karalne); sąd zdecydował o umorzeniu wobec niego postępowania karnego i zastosowaniu środka zabezpieczającego, a pobyt mężczyzny w szpitalu psychiatrycznym trwał 11 lat⁴. Podobnie K.B. podejrzany o groźby karalne został umieszczony w zakładzie psychiatrycznym i spędził tam 8 lat. W dwóch ostatnich przypadkach mężczyźni po zakończeniu internacji domagali się zasądzenia ogromnych zadośćuczynień i odszkodowań (K.B. wniósł o przyznanie 14 mln zł zadośćuczynienia za doznane krzywdy oraz 500 tys. zł odszkodowania), jednakże z uwagi na śmierć wnioskodawców w toku postępowań doszło do ich umorzenia⁵.

W oparciu o statystyki sporządzane przez Ministerstwo Sprawiedliwości oczywiście można wywieść, że przypadki zasądzenia zadośćuczynienia i odszkodowania z powodu niesłusznego zastosowania środka zabezpieczającego są nieliczne (kilka do kilkunastu rocznie), ale trzeba pamiętać, że za każdym z takich przypadków może skrywać się ludzka tragedia, do której mogłoby nie dojść, gdyby do pomyłki/błędu/uchybienia (z winy sądu i wspomagających go biegłych) nie doszło. Dane opracowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości przedstawiają się w sposób następujący⁶:

³ <https://www.zdrowie.abc.com.pl/artykuly/katowice-proces-o-zadosuczynienie-za-8-lat-w-zakladzie-psychiatrycznym,17394.html> (dostęp w dniu 1 kwietnia 2018 r.); <http://natemat.pl/171111,adwokat-od-spraw-beznadziejnych-pomaga-tym-ktorych-zamkneli-w-psychiatrikach> (dostęp w dniu 1 kwietnia 2018 r.).

⁴ <https://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/sn-uchylil-postanowienia-w-sprawie-78-latka,595151.html> (dostęp w dniu 1 kwietnia 2018 r.).

⁵ <http://www.rynekzdrowia.pl/Prawo/Sprawa-o-zadosuczynienie-za-8-lat-w-zakladzie-psychiatrycznym-umorzona,171883,2.html> (dostęp w dniu 1 kwietnia 2018 r.); <https://www.zdrowie.abc.com.pl/artykuly/katowice-proces-o-zadosuczynienie-za-8-lat-w-zakladzie-psychiatrycznym,17394.html> (dostęp w dniu 1 kwietnia 2018 r.).

⁶ Informator Statystyczny Ministerstwa Sprawiedliwości (<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie>, dostęp w dniu 10 maja 2018 r.).

Prawomocnie zasądzone odszkodowania w trybie art. 552 k.p.k. za niesłuszne						
Lata	skazanie – § 1 i 2		zastosowanie środka zabezpieczającego – § 3		tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie – § 4	
	liczba osób	łączna wysokość zasądzonych odszkodowań (zł)	liczba osób	łączna wysokość zasądzonych odszkodowań (zł)	liczba osób	łączna wysokość zasądzonych odszkodowań (zł)
2009	18	359 746	1	40 000	175	2 360 096
2010	33	809 088	1	2 725	167	4 305 308
2011	19	326 824	3	3 850	204	4 225 422
2012	15	160 415	–	–	171	4 516 001
2013	8	179 963	3	83 594	164	5 561 172
2014	7	112 173	4	98 962	156	7 436 178
2015	22	551 461	–	–	146	5 036 507
2016	25	721 150	–	–	103	4 311 489
2017	10	417 574	–	–	101	4 091 860

Prawomocnie zasądzone zadośćuczynienia w trybie art. 552 k.p.k. za niesłuszne						
Lata	skazanie – § 1 i 2		zastosowanie środka zabezpieczającego – § 3		tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie – § 4	
	liczba osób	łączna wysokość zasądzonych zadośćuczynień (zł)	liczba osób	łączna wysokość zasądzonych zadośćuczynień (zł)	liczba osób	łączna wysokość zasądzonych zadośćuczynień (zł)
2009	6	95 516	1	1 000	101	2 381 873
2010	32	1 022 700	1	20 000	229	5 129 136
2011	19	651 697	6	26 400	312	9 276 324
2012	23	638 606	–	–	286	8 998 131
2013	32	714 061	3	130 000	306	12 212 570
2014	18	697 725	10	223 500	344	12 660 938
2015	32	1 423 900	1	8 000	258	9 512 588
2016	70	2 727 817	3	25 000	215	10 769 521
2017	27	1 033 600	–	–	243	11 789 524

2. Podstawa konstytucyjna odpowiedzialności Skarbu Państwa

Fundament prawnego zobowiązania do wynagrodzenia osobie fizycznej dolegliwości, której doznała w toku stosowania prawa odnaleźć moż-

na w art. 41 ust. 5 i art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, co stanowi dowód rangi tego zagadnienia⁷. Zgodnie z art. 41 ust. 5 Konstytucji RP każdy bezprawnie pozbawiony wolności ma prawo do odszkodowania, natomiast na mocy art. 77 ust. 1 – każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Wskazany standard konstytucyjny realizowany musi być przez ustawodawcę zwykłego, przy czym nie określono w ramach jakiej procedury – cywilnej, karnej czy administracyjnej – powinno to nastąpić.

Ustawodawca zwykły zdecydował o powierzeniu rozpoznania roszczeń związanych z błędami wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych sądom karnym oraz na zasadach unormowanych w Kodeksie postępowania karnego, choć jest to niewątpliwie zagadnienie z zakresu odpowiedzialności cywilnej. Odpowiedzialność przewidziana w rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego stanowi regulację szczególną wobec art. 417 k.c., który przewiduje, iż za szkodę wyrządzoną przez niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie przy wykonywaniu władzy publicznej ponosi odpowiedzialność Skarb Państwa lub jednostka samorządu terytorialnego lub inna osoba prawna wykonująca tę władzę z mocy prawa (art. 421 k.c.)⁸.

⁷ Warto również podkreślić, że akty prawa międzynarodowego przewidują obowiązek wynagrodzenia szkody związanej z bezprawnym pozbawieniem wolności: – art. 9 ust. 5 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych otwartego do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167 zał.) stanowi, że każdy, kto został bezprawnie aresztowany lub zatrzymany, ma prawo do odszkodowania, którego może dochodzić w drodze sądowej; art. 14 ust. 6 Paktu określa, że jeżeli prawomocne orzeczenie skazujące zostało następnie uchylone lub nastąpiło ułaskawienie na podstawie nowych lub nowo ujawnionych faktów, które niezbitnie wykazywały, że zaszła omyłka sądowa, wówczas osobie, która poniosła karę w wyniku takiego skazania, będzie przyznane odszkodowanie zgodnie z ustawą, chyba że zostanie udowodnione, iż osoba ta ponosi całkowicie lub częściowo winę za nieujawnienie w porę nieznanego faktu; – art. 5 ust. 5 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284) stanowi, że każdy, kto został pokrzywdzony przez niezgodne z treścią tego artykułu zatrzymanie lub aresztowanie, ma prawo do odszkodowania. Jest on również akcentowany w orzecznictwie sądów międzynarodowych, zob. np. wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie N.C. v. Włochy z dnia 18 grudnia 2002 r., 24952/94, LEX nr 75108.

⁸ W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego nie zakwestionowano wprowadzenia odrębnego trybu dochodzenia roszczeń związanych z błędami wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, w tym zwłaszcza niezwykle krótkiego terminu do dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia od Skarbu Państwa (zob. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 października 2012 r., sygn. SK 18/10, Dz. U. poz. 1141).

3. Przesłanki roszczeń odszkodowawczych i zadośćuczynienia za krzywdę w przypadku niesłusznego zastosowania środka zabezpieczającego

W świetle art. 552 § 3 k.p.k. w zw. z art. 552 § 1 i 2 k.p.k. oskarżonemu (w literaturze określanemu też jako poszkodowany lub wnioskodawca), wobec którego wykonano środek zabezpieczający, przysługuje odszkodowanie za poniesioną szkodę oraz zadośćuczynienie za doznaną krzywdę, wynikłe z wykonania względem niego w całości lub w części środka zabezpieczającego, której to dolegliwości nie powinien być ponieść, jeżeli w wyniku wznowienia postępowania lub kasacji został uniewinniony lub orzeczono wobec niego łagodniejszy środek zabezpieczający, ewentualnie postępowanie umorzono bez stosowania środka zabezpieczającego wskutek okoliczności, których nie uwzględniono we wcześniejszym postępowaniu⁹. Nadto stosownie do art. 552 § 4 k.p.k. odszkodowanie i zadośćuczynienie przysługuje w wypadku niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania lub zatrzymania, przy czym jeżeli stan zdrowia oskarżonego tego wymaga, tymczasowe aresztowanie może być wykonywane tylko w postaci umieszczenia w odpowiednim zakładzie leczniczym, w tym w zakładzie psychiatrycznym (art. 260 § 1 k.p.k.).

Odpowiedzialność Skarbu Państwa za szkodę i krzywdę uregulowana w rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego opiera się na zasadzie ryzyka¹⁰. Przesądza o niej zatem wynik postępowania, a szkoda i krzywda powstałe z działania funkcjonariuszy Państwa mogą zostać spowodowane również działaniami przez nich niezawinionymi¹¹. Istotne jest za-

⁹ J. Konecki, *op. cit.*, s. 262–265.

¹⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., sygn. I KZP 27/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 72; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 maja 2002 r., sygn. III KKN 452/99, LEX nr 53905; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2015 r., sygn. II KK 30/15, LEX nr 1712829. Zob. też L. K. Paprzycki, Przesłanki orzekania odszkodowania za oczywiście niesłuszne tymczasowe aresztowanie w doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego, *Nowe Prawo* 1987, nr 2, s. 44–45; Z. Banaszczyk, *Model...*, *op. cit.*, s. 470.

¹¹ Nie oznacza to, że kwestia zawinienia nie ma żadnego znaczenia. Zgodnie bowiem z art. 557 K.p.k. w razie naprawienia szkody oraz zadośćuczynienia za krzywdę Skarb Państwa ma roszczenie zwrotne do osób, które swoim bezprawnym działaniem spowodowały niesłuszne skazanie, zastosowanie środka zabezpieczającego, niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie. Powództwo dotyczące tych roszczeń może wytoczyć w postępowaniu cywilnym prokurator lub organ, który jest powołany do reprezentowania Skarbu Państwa. Jeżeli prokurator nie dopatry się podstaw do wytoczenia powództwa, wydaje w tej kwestii postanowienie i zawiadamia o tym uprawniony organ. Tego rodzaju postępowania wszczynane się niezwykle rzadko, zob. zwłaszcza P. Czarniecki, *op. cit.*, s. 63.

tem jedynie wykazanie niezgodnego z prawem działania organów przy wykonywaniu władzy publicznej w postaci niesłusznego wykonania środka zabezpieczającego lub tymczasowego aresztowania, zaistnienie szkody lub krzywdy oraz adekwatny związek przyczynowy pomiędzy przyczyną sprawczą a szkodą. Brak konieczności wykazania winy konkretnego funkcjonariusza, który doprowadził do niesłusznego wykonania środka zabezpieczającego lub niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania stanowi istotne ułatwienie dowodowe dla poszkodowanego, a w szczególności uchyla potrzebę uzyskania w drodze odrębnego procesu orzeczenia prejudycjalnego w tym zakresie. Odpowiedzialność Skarbu Państwa uchyla lub zmniejsza jedynie wykazanie przesłanek egzoneracyjnych¹². Okoliczności egzoneracyjne wskazane są w art. 553 k.p.k., zgodnie z którym – co do zasady – roszczenie o odszkodowanie lub zadośćuczynienie nie przysługuje temu, kto w zamiarze wprowadzenia w błąd sądu lub organu ścigania złożył fałszywe zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa lub fałszywe wyjaśnienie i spowodował tym niekorzystne dla siebie orzeczenie w przedmiocie skazania, tymczasowego aresztowania, zastosowania środka zabezpieczającego albo zatrzymanie¹³. Natomiast przyczynienie się oskarżonego do wydania niekorzystnego orzeczenia prowadzi do zastosowania art. 362 K.c., zgodnie z którym jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia winy obu stron (art. 553 § 3 K.p.k.).

Należy podkreślić, że Kodeks postępowania karnego w zakresie, w jakim określa materialnoprawne podstawy roszczeń za szkody wynikające z niesłusznego skazania lub aresztowania stanowi *lex specialis* wo-

¹² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., sygn. I KZP 27/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 72; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 października 2007 r., sygn. II AKa 170/07, Prok. i Pr. 2008, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 39.

¹³ W wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 14 lutego 2013 r., sygn. II AKa 1/13, LEX nr 1316244, wskazano, że jeżeli wnioskodawca w zamiarze wprowadzenia prokuratora i sądu w błąd, realizując przyjętą przez siebie taktykę procesową, po to by osiągnąć doraźne cele (uniknąć tymczasowego aresztowania, a później uzyskać uchylene tego środka zapobiegawczego), złożył nieprawdziwe wyjaśnienia, w których przyznał się w całości i potwierdził stawiany mu zarzut popełnienia przestępstwa, to tym samym nie może domagać się skutecznie odszkodowania i zadośćuczynienia za stosowany wobec niego areszt tymczasowy. Zob. też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 maja 2002 r., sygn. IV KK 160/02, LEX nr 53326; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2005 r., sygn. III KK 177/05, OSNKW 2006, nr 4, poz. 34; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. II AKa 142/12, LEX nr 1220631.

bec przepisów prawa cywilnego¹⁴, zaś wybór drogi dochodzenia roszczeń – droga cywilna czy droga karna – poszkodowanemu nie przysługuje. Roszczenia wskazane w Rozdziale 58 k.p.k. muszą być dochodzone w drodze procesu karnego i w trybie w nim przewidzianym¹⁵, a droga cywilna jest w tym zakresie niedopuszczalna.

4. Prawomocne zastosowanie środka zabezpieczającego

Spośród przesłanek zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zastosowanie środka zabezpieczającego.

Zgodnie z art. 93a k.k. środkami zabezpieczającymi są:

- 1) elektroniczna kontrola miejsca pobytu¹⁶;
- 2) terapia¹⁷;
- 3) terapia uzależnień¹⁸;
- 4) pobyt w zakładzie psychiatrycznym¹⁹;

¹⁴ Poza zakresem rozważań pozostawiona zostanie kwestia zasądzenia odsetek od przyznanego odszkodowania i zadośćuczynienia. Wskazać należy jedynie, że w orzecznictwie przeważa stanowisko, iż w orzekaniu w sprawach regulowanych rozdziałem 58 k.p.k. art. 481 k.c. nie ma zastosowania, ponieważ Skarb Państwa nie jest w zwłocie od czasu złożenia wniosku, lecz od daty uprawomocnienia się orzeczenia; zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 27 września 2005 r., sygn. II AKa 145/05, LEX nr 172341; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 4 października 2007 r., sygn. II AKa 148/07, KZS 2007, nr 10, poz. 60; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 marca 2013 r., sygn. II AKa 301/12, LEX nr 1313343; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 9 października 2017 r., sygn. II AKa 309/17, LEX nr 2396175.

¹⁵ Konstatacje te prowadzą do stwierdzenia, że w odniesieniu do tych roszczeń doszło do niekorzystnej dla poszkodowanego modyfikacji terminu przedawnienia (art. 555 k.p.k.) i ograniczenia dziedziczności roszczeń (art. 556 § 1 k.p.k.). Dotychczas nie usunięto wątpliwości, które budzi określenie niezwykle krótkiego – rocznego – okresu przedawnienia tych roszczeń. Zob. szerzej K. Wiśniewska, Przedawnienie roszczeń o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie, zastosowanie środka zabezpieczającego, niesłuszne tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie (między teorią a praktyką), *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2018, nr 1, s. 1–31 (*preprint*).

¹⁶ Sprawca, wobec którego orzeczono elektroniczną kontrolę miejsca pobytu, ma obowiązek poddania się nieprzerwanej kontroli miejsca swojego pobytu sprawowanej za pomocą urządzeń technicznych, w tym noszonego nadajnika (art. 93e k.k.).

¹⁷ Sprawca, wobec którego orzeczono terapię, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psychoterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie (art. 93f § 1 k.k.).

¹⁸ Sprawca, wobec którego orzeczono terapię uzależnień, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce leczenia odwykowego w terminach wyznaczonych przez lekarza i poddania się leczeniu uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka (art. 93f § 2 k.k.).

5) jeżeli ustawa tak stanowi – nakazy i zakazy określone w art. 39 pkt 2–3 (zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej; zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi; zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu; zakaz wstępu na imprezę masową; zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych; nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym; zakaz prowadzenia pojazdów).

Regulacja zawarta w art. 552 § 3 k.p.k. nie określa, z niesłusznym wykonaniem których środków zabezpieczających ustawodawca wiąże prawo do odszkodowania i zadośćuczynienia. W literaturze wyrażono stanowisko, iż brak podstaw do ograniczania uprawnień osoby poszkodowanej w tym zakresie²⁰, jednakże jest to stanowisko odosobnione. Istotnie częściej prezentowany jest pogląd, że pomimo braku wyraźnej regulacji w art. 552 § 3 k.p.k. uznać należy, że prawomocne orzeczenie w stosunku do poszkodowanego izolacyjnego środka zabezpieczającego jest pierwszą z przesłanek odpowiedzialności Skarbu Państwa. Jest to wprawdzie wynik wykładni zwężającej, jednakże w ocenie prezentujących go autorów znajduje ona uzasadnienie systemowe. Skoro bowiem § 1–2 art. 552 k.p.k. wiążą odpowiedzialność wyłącznie z karami (a nie

¹⁹ Sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym wobec: – sprawcy, co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on ponownie czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym (art. 93g § 1 k.k.); – wobec sprawcy skazywanego za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2 k.k. na pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym (art. 93g § 2 k.k.); – wobec sprawcy skazywanego za przestępstwo określone w art. 148, art. 156, art. 197, art. 198, art. 199 § 2 lub art. 200 § 1, popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych, na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, karę 25 lat pozbawienia wolności lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że skazany popełni przestępstwo przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych (art. 93g § 3 k.k.).

²⁰ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek wskazali, że wykonanie każdego środka zabezpieczającego uzasadnia dochodzenie roszczeń w trybie art. 58 k.p.k. (P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Komentarz do art. 552 k.p.k., *op. cit.*).

środkami karnymi lub środkami kompensacyjnymi), to tylko środek izolacyjny zbliżony jest niedogodnościami do wykonania kar, a nie środków karnych. Z tego względu to nie nazwa stosowanego środka represji karnej ma decydujące znaczenie dla prezentowanej wykładni, lecz skala dolegliwości związanych z jego niesłusznym wykonaniem²¹.

Niewątpliwie zastosowanie izolacyjnego środka zabezpieczającego (pobyt w zakładzie psychiatrycznym) objęte jest zatem dyspozycją art. 552 § 3 k.p.k. Charakter dolegliwości w tym przypadku nie może być uznany za mniejszy niż w przypadku kary pozbawienia wolności.

W pozostałym zakresie, wydaje się, warto powrócić do dyskusji. O ile konieczność zachowania symetrii wyklucza możliwość uznania za stanowiące podstawę roszczeń dochodzonych w trybie art. 552 § 3 k.p.k. wykonania środków zabezpieczających o charakterze wolnościowym (elektroniczna kontrola miejsca pobytu, nakazy i zakazy określone w art. 39 pkt 2–3), skoro roszczeń takich nie rodzi niesłuszne zastosowanie środków karnych, o tyle wydaje się, że inny charakter mają środki zabezpieczające terapeutyczne (lecnicze). Zakres obowiązków spoczywających na osobie, wobec której zastosowano środek zabezpieczający w postaci terapii lub terapii uzależnień, w tym konieczność stawiennictwa w wyznaczonych terminach i poddania się terapii farmakologicznej, psychoterapii, psychoedukacji lub leczeniu uzależnień, wydaje się odpowiadać dolegliwości kary ograniczenia wolności w postaci obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne²². Uzasadniałoby to rozciągnięcie regulacji art. 552 § 3 k.p.k. również na te środki zabezpieczające.

Jak wskazano uprzednio, tryb dochodzenia roszczeń określony w rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego, jest trybem szczególnym, a zatem znajduje zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do przypadków i roszczeń w nim wskazanych. Stąd też niesłuszne wykonanie innych środków zabezpieczających (zwłaszcza administracyjnych), jak też niesłusznej obserwacji psychiatrycznej nie jest objęte normą art. 552 § 3 k.p.k. Podobnie nie można dochodzić w tym trybie innych roszczeń niż zadośćuczynienie lub odszkodowanie. Oczywiście nie oznacza to ani wyłączenia dochodzenia roszczeń w tych przypadkach (np. niesłusznej obserwacji psychiatrycznej), ani pozbawienia możliwości dochodzenia innych roszczeń (np. przeproszenia), z tym że poszkodowany musi reali-

²¹ P. Cioch, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 145; J. Konecki, *op. cit.*, s. 263–264. W. Jasiński, *Komentarz do art. 552 k.p.k.*, *op. cit.* (Nb 4); D. Świecki, *Komentarz do art. 552 k.p.k.*, *op. cit.*

²² Zob. art. 34–35 k.k.

zować je na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym i Kodeksie postępowania cywilnego. Właściwa jest wówczas droga postępowania cywilnego, a nie karnego²³.

5. Faktyczne wykonanie środka zabezpieczającego

Ustawodawca jednoznacznie określił, że samo niesłuszne orzeczenie środka zabezpieczającego nie jest wystarczające do powstania roszczeń odszkodowawczych wskazanych w rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego. Środek ten musi zostać faktycznie wykonany²⁴, czemu wprost daje wyraz norma „wynikłe z wykonania względem niego w całości lub w części” kary (środka zabezpieczającego), której nie powinien być ponieść (art. 552 § 3 k.p.k.). Mimo tego oczywistego stanowiska warto

²³ Stanowisko takie wyrażane jest w odniesieniu do roszczeń odszkodowawczych związanych z niesłusznym wykonaniem środków karnych, obserwacji psychiatrycznej, umieszczenia w ośrodku przystosowania społecznego itp. Poza zakresem regulacji art. 552 k.p.k. pozostają bowiem różne inne sytuacje, w których doszło do pozbawienia wolności na podstawie orzeczenia sądu karnego, a faktyczna dolegliwość przekroczyła tę, jaką osadzony winien ponieść (np. uniewinnienie w związku z uwzględnieniem apelacji wniesionej po przywróceniu terminu, do którego doszło po rozpoczęciu wykonywania kary; wymierzenie w wyroku łącznym kary niższej od okresu odbytych i połączonych już kar pozbawienia wolności itd.). Ustawodawca, określając warunki dochodzenia odszkodowania przed sądem karnym, nie posłużył się kryterium charakteru szkód i krzywd, jakie w tym trybie mają być rekompensowane, ale kryterium sytuacji procesowych, w jakich doszło do zdarzeń skutkujących tymi dolegliwościami. Odrębność postępowań prowadzonych na podstawie art. 558 k.p.k. i powierzenie ich sądom karnym (co jest wyjątkiem od ogólnej zasady rozpoznawania spraw o odszkodowanie w postępowaniu cywilnym) wynika ze ścisłego powiązania podstaw odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa z kwalifikowanymi naruszeniami prawa, leżącymi u podstaw uwzględnienia nadzwyczajnych środków zaskarżenia w postępowaniu karnym i, wyjątkowo, ze stosowaniem izolacyjnych środków przymusu (art. 552 § 4 k.p.k.). Zob. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 maja 2002 r., sygn. II AKa 114/02, LEX nr 75089; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 2 grudnia 2004 r., sygn. II KK 78/04, LEX nr 141362; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 12 marca 2008 r., sygn. II AKa 36/08, LEX nr 399959; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 15 maja 2008 r., sygn. II AKa 45/08, OSAB 2008, nr 2–3, poz. 33; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2009 r., sygn. III KK 359/08, LEX nr 491548; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 kwietnia 2010 r., sygn. II AKa 86/10, Apel.–W–wa 2011, nr 1, poz. 1; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. II KK 107/11, LEX nr 847136; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2013 r., sygn. V CSK 348/12, LEX nr 1375501; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. II AKa 145/17, LEX nr 2343423; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r., sygn. II AKa 360/17, LEX nr 2446550. Tak też postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 grudnia 2014 r., sygn. Ts 276/14, OTK-B 2014, nr 6, poz. 638. W literaturze zob. np. P. Cioch, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 89–92, 145.

²⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2006 r., sygn. II KK 259/05, OSNKW 2006, nr 9, poz. 82.

przywołać pogląd L. K. Paprzyckiego, iż ograniczenie odszkodowania lub zadośćuczynienia tylko do szkody lub krzywdy wynikłych z wykonania (a więc nie samego orzeczenia w wyroku) kary pozostaje w sprzeczności z art. 77 ust. 1 Konstytucji RP²⁵, co należałoby – jak sądzę – odnieść do zastosowania środka zabezpieczającego.

6. Uniewinnienie skazanego, orzeczenie wobec niego łagodniejszego środka zabezpieczającego lub też umorzenie wobec skazanego postępowania na podstawie okoliczności, które nie zostały uwzględnione we wcześniejszym postępowaniu – na skutek uwzględnienia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania

Kolejną przesłanką dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w trybie art. 552 i następnie k.p.k. jest stwierdzenie tego, że środek zabezpieczający został orzeczony i wykonany niesłusznie²⁶. Ustawodawca jednoznacznie sprecyzował, że w sprawach takich musi dojść do uprzedniego wzruszenia prawomocnego orzeczenia w trybie kasacji lub wznowienia postępowania, na skutek czego dojdzie do wydania jednego z następujących orzeczeń:

- uniewinnienie skazanego²⁷,
- orzeczenie łagodniejszego środka zabezpieczającego (lub łagodniejszej kary),
- uchylenie wyroku i umorzenie postępowania wskutek okoliczności, których nie uwzględniono we wcześniejszym postępowaniu²⁸.

²⁵ L. K. Paprzycki, Komentarz do art. 552 k.p.k., *op. cit.* (Nb 13).

²⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2006 r., sygn. II KK 259/05, OSNKW 2006, nr 9, poz. 82; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 września 2011 r., sygn. II AKA 116/11, KZS 2011, nr 11, poz. 59.

²⁷ W postępowaniu o odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne tymczasowe aresztowanie przy dokonywaniu ustaleń, czy istnieją przesłanki do uznania aresztowania za niewątpliwie niesłuszne, nie wolno różnicować wyroków uniewinniających, będących podstawą dochodzenia roszczenia. Ze względu na zasadę domniemania niewinności, prawomocność orzeczenia i odpowiedzialność Skarbu Państwa na zasadzie ryzyka, nie ma znaczenia, czy wyrok ten zapadł z uwagi na wykazanie braku sprawstwa lub winy, czy też na skutek nie dających się usunąć wątpliwości lub braku dostatecznych dowodów do przypisania oskarżonemu odpowiedzialności (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2002 r., sygn. V KKN 125/00, OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 80).

²⁸ Okoliczności, których nie uwzględniono we wcześniejszym postępowaniu, to takie okoliczności, które istniały i uzasadniały umorzenie postępowania już w chwili wydania prawomocnego orzeczenia, następnie uchylonego (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 27 stycznia 1973 r., sygn. III KZ 187/72, OSNKW 1973, nr 5, poz. 68).

W postępowaniu prowadzonym na podstawie przepisów rozdziału 58 k.p.k. nie dokonuje się zatem kontroli zasadności prawomocnego orzeczenia o zastosowaniu środka zabezpieczającego. Taka ocena musi być przeprowadzona wcześniej, w wyniku wniesienia kasacji lub wniosku o wznowienie postępowania, a zatem w praktyce uzyskania prejudykatu w trybie kasacji (art. 518–539 k.p.k.) lub wznowienia postępowania (art. 540–548 k.p.k.). Nie jest natomiast niezbędne wykazanie niewątpliwej niesłuszności środka zabezpieczającego²⁹.

Przyjmuje się wprost, że odszkodowania i zadośćuczynienia z racji stosowania środka zabezpieczającego, o jakim mowa w art. 94 § 1 k.k. (obecnie art. 93g k.k.), po uprzednim uchyleniu w trybie wznowienia procesu, orzeczenia sądu o umorzeniu postępowania z uwagi na niepoczytalność sprawcy z zastosowaniem środka zabezpieczającego i ponownym umorzeniu postępowania z uwagi na tę niepoczytalność, ale bez stosowania wskazanego środka, a więc w sytuacji, gdy do umorzenia doszło wskutek tych samych okoliczności, można zasadnie dochodzić jedynie wtedy, gdy uprzednio w postępowaniu wznowionym w kwestii owego umorzenia zostało wykazane, że stosowany uprzednio środek zabezpieczający został orzeczony, mimo braku wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę ponownie czynu o znacznej szkodliwości społecznej, a nie jeżeli rezygnacja obecnie z umieszczenia sprawcy w zakładzie psychiatrycznym jest związana z jego aktualnym stanem zdrowia, będącym efektem leczenia psychiatrycznego i brakiem w związku z tym przewidywań zaistnienia wskazanego wyżej niebezpieczeństwa³⁰. Oznacza to zatem, że nie zachodzą przesłanki zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia, jeżeli orzeczenie zostało uchylone w drodze nadzwyczajnych środków zaskarżenia z powodów formalnych, a następnie postępowanie umorzono z tych samych powodów, które uwzględniono poprzednio; są zaś przesłanki zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia, jeżeli środek zabezpieczający został orzeczony pomimo wadliwego ustalenia sprawstwa po stronie oskarżonego lub pomimo braku wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę ponownie czynu o znacznej szkodliwości społecznej³¹.

²⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2006 r., sygn. II KK 259/05, OSNKW 2006, nr 9, poz. 82.

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2012 r., sygn. V KK 354/11, OSNKW 2012, nr 12, poz. 129. Tak też L. K. Paprzycki, Komentarz do art. 552 K.p.k., *op. cit.* (Nb 19).

³¹ W. Wołski, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 5 lipca 2012 r., sygn. V KK 354/11, Przegląd Sądowy 2013, nr 6, s. 137–138.

7. Poniesienie w związku z wykonaniem środka zabezpieczającego szkody lub doznanie krzywdy

Przesłanką dochodzenia roszczeń odszkodowawczych jest wreszcie zaistnienie szkody lub krzywdy, która pozostaje w adekwatnym (normalnym) związku przyczynowym z niesłusznym wykonaniem środka zabezpieczającego albo niewątpliwie niesłusznym tymczasowym aresztowaniem wykonanym w zakładzie psychiatrycznym (art. 361 k.c.). Konkluzją tą jest wynikiem zastosowania regulacji prawa cywilnego odnoszących się do obowiązku odszkodowawczego. Również z cywilistycznego charakteru roszczeń wynika to, że w trybie określonym w Rozdziale 58 Kodeksu postępowania karnego rekompensowane mogą być tylko szkoda i krzywda, istniejące w chwili orzekania przez sąd w przedmiocie wniosku; jeżeli do tego czasu nastąpi zrekompensowanie w innej przewidzianej procesowo formie niesłusznie odbytej kary lub tymczasowego aresztowania, potrzeba i możliwość zasądzenia odszkodowania i zadośćuczynienia dezaktualizuje się, a roszczenie staje się bezprzedmiotowe³².

8. Przesłanki zadośćuczynienia i odszkodowania w przypadku niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania

Stosownie do art. 552 § 4 k.p.k. odszkodowanie i zadośćuczynienie przysługuje również w wypadku niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania lub zatrzymania. Niezależnie od tego, czy tymczasowe aresztowanie było wykonywane w warunkach aresztu śledczego, czy też z uwagi na stan zdrowia oskarżonego w postaci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym (art. 260 § 1 k.p.k.), odpowiedzialność Skarbu Państwa za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie nie cechuje się prawnymi odrębnościami. W pełni wykorzystać należy niezwykle bogate orzecznictwo i literaturę w tym zakresie³³. Przypomnieć nale-

³² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2008 r., sygn. V KK 157/07, OSNKW 2008, nr 5, poz. 35.

³³ Zob. zwłaszcza A. Bulsiewicz, P. Hofmański, *Materialnoprawne...*, *op. cit.*, s. 37–49; M. Cieślak, *Podstawa odszkodowania za oczywiste niesłuszne tymczasowe aresztowanie*, *Palestra* 1987, nr 9, s. 85–95; P. Kruszyński, *Z problematyki odszkodowania za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie*, (w:) J. Czapska (red.) i in., *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltośa*, Warszawa 2000, s. 278–285; M. Zbrojewska, Ł. Chojniak, *Głosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 3 marca 2008 r., sygn. II K 293/07, Orzecznictwo Sądów Polskich* 2009, nr 2, s. 156–159; W. Grzeszczyk, *Podstawy i zakres odszkodowania za*

ży jedynie, że roszczenia odszkodowawcze przysługują w związku z pozbawieniem wolności przez zastosowanie tego środka zapobiegawczego, nie zaś z powodu samego faktu wydania postanowienia o tymczasowym aresztowaniu³⁴.

Kluczowe dla interpretacji regulacji art. 552 § 4 k.p.k. jest to, że podstawę odszkodowania i zadośćuczynienia stanowi tymczasowe aresztowanie cechujące się niewątpliwą niesłusnością. W orzecznictwie Sądu Najwyższego poczynając od końca lat dziewięćdziesiątych XX wieku przyjmuje się, że aresztowanie jest niewątpliwie niesłuszne, jeżeli nastąpiło z naruszeniem przepisów Kodeksu postępowania karnego, dotyczących tego środka zapobiegawczego albo okazało się niezasadne z punktu widzenia ostatecznego (prawomocnego) rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej, w świetle całokształtu okoliczności ustalonych w tej sprawie, a także w toku postępowania w przedmiocie odszkodowania lub zadośćuczynienia za niesłuszne tymczasowe aresztowanie³⁵. W istocie zatem ocena tego, czy tymczasowe aresztowanie było niesłuszne powinna być dokonywana *ex post* przy uwzględnieniu wszelkich danych zebranych w sprawie do chwili orzekania o odszkodowaniu. O ile zatem samo zapadnięcie wyroku skazującego nie wyklucza uznania, że tymczasowe aresztowanie było oczywiście niesłuszne (jeśli nastąpiło z naruszeniem przepisów Kodeksu postępowania karnego), o tyle zaliczenie wykonanego aresztu na poczet orzeczonej kary pozbawienia wolności może prowadzić do uznania, iż poszkodowany poniósł dolegliwość, którą ponieść powinien³⁶.

niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie lub zatrzymanie, Prokuratura i Prawo 2010, nr 1–2, s. 41–62; A. Wilczyńska, Charakter odpowiedzialności odszkodowawczej Skarbu Państwa z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania, Prokuratura i Prawo 2011, nr 4 s. 51–65; M. Wąsek-Wiaderk, O odszkodowaniu za niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 10 maja 2011 r. w sprawie Włoch nr 2 p. Polsce, Palestra 2012, nr 1/2, s. 56–69.

³⁴ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 24 czerwca 1994 r., sygn. I KZP 14/94, OSNKW 1994, nr 7–8, poz. 43.

³⁵ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., sygn. I KZP 27/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 72; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2002 r., sygn. V KKN 125/00, OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 80; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 kwietnia 2006 r., sygn. V KK 329/05, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 814; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 marca 2015 r., sygn. V KK 417/14, LEX nr 1659253; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 kwietnia 2015 r., sygn. II KK 30/15, LEX nr 1712829.

³⁶ Dominujące jest stanowisko, że zaliczenie tymczasowego aresztowania na poczet kary pozbawienia wolności wyłącza możliwość dochodzenia odszkodowania i zadośćuczynienia (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., sygn. I KZP 27/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 72; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 września 2007 r., sygn. I KZP 28/07, OSNKW 2007, nr 10, poz. 70; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 li-

W konsekwencji w art. 553a k.p.k. przesądzono dodatkowo, że ustalając wysokość odszkodowania, sąd uwzględnia zaliczenie oskarżonemu okresu niesłusznego stosowania kar, środków zabezpieczających, tymczasowego aresztowania lub zatrzymania, których dotyczy wnioszek o odszkodowanie, na poczet kar lub środków zabezpieczających orzeczonych w innym postępowaniu.

Za zbyt daleko idące trzeba jednakże uznać stanowisko Sądu Apelacyjnego w Warszawie, iż w każdym wypadku umorzenia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 31 § 1 k.k., wobec ustalenia, że sprawca czynu zabronionego był w chwili jego popełnienia niepoczytalny, tymczasowe aresztowanie trzeba uznać za niewątpliwie niesłuszne. W uzasadnieniu tego stanowiska Sąd Apelacyjny wskazał, że brak jest podstaw do przyjęcia, bez względu na stan zdrowia psychicznego oskarżonego w toku postępowania, że zachowaniem swoim, np. przez zatajenie choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego, czy innego zakłócenia czynności psychicznych, przyczynił się do zastosowania tymczasowego aresztowania, a za taką oceną przemawiają po prostu względy słuszności³⁷.

Trzeba bowiem uznać, że sam fakt prawomocnego uniewinnienia lub umorzenia postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy nie może mieć przesądzającego *a limine* znaczenia dla przyjęcia „niewątpliwie niesłuszności” tymczasowego aresztowania. Niewątpliwie niesłuszne jest bowiem tylko takie tymczasowe aresztowanie, które spowodowało dolegliwość, której oskarżony nie powinien być doznać w świetle całokształtu okoliczności³⁸. Nie sposób zatem uznać odpowiedzialności Skarbu Pań-

stopada 2007 r., sygn. IV KK 82/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 2610). Odmienne stanowisko wyrazić należy w przypadku zaliczenia tymczasowego aresztowania na poczet kar nieizolacyjnych. Warto jednakże zwrócić uwagę, że w literaturze wyrażane jest gruntownie uzasadnione stanowisko, iż zaliczenie okresu tymczasowego aresztowania na poczet orzekanej kary nie wyłącza odpowiedzialności Skarbu Państwa, a jest jedynie okolicznością, która powinna zostać wzięta pod uwagę; por. P. Domagała, Glosa do postanowienia składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 24 września 2007 r., sygn. I KZP 28/071, Prokurator 2008, nr 4, s. 93–100; A. Ludwiczek, Kompensacja szkód i krzywd w ramach postępowania o odszkodowanie z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania, cz. 1, Palestra 2010, nr 3, s. 23–32; cz. 2, Palestra 2010, nr 5, s. 63–70; M. Wąsek-Wiaderek, O odszkodowaniu..., *op. cit.*, s. 56–69; W. Jasiński, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 29 maja 2013 r., sygn. II AKa 85/13, Prokuratura i Prawo 2014, nr 9, s. 175–186; M. Wąsek-Wiaderek, Kilka..., *op. cit.*, s. 580–591.

³⁷ Tak np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 listopada 2016 r., sygn. II AKa 275/16, LEX nr 2171219.

³⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2012 r., sygn. II KK 296/11, LEX nr 1212377; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 marca 2014 r., sygn. II AKa 30/14, LEX nr 1448519.

stwa w takich przypadkach jak stosowanie tymczasowego aresztowania (zgodnie z przepisami proceduralnymi³⁹):

- w celu konieczności zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego, gdy oskarżony podejmował działania to postępowanie utrudniające (np. odmówił poddania się obserwacji psychiatrycznej, ukrywał się itp.)⁴⁰,
- na czas do uprawomocnienia się orzeczenia o umorzeniu postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i orzeczenia środka zabezpieczającego polegającego na umieszczeniu go w zakładzie zamkniętym (art. 264 § 2a k.p.k.),
- w wypadku prawomocnego orzeczenia środka zabezpieczającego polegającego na umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym⁴¹ (art. 264 § 3 k.p.k.)⁴².

9. Odszkodowanie

Ustawodawca przewiduje rekompensowanie szkody poprzez zasądzenie odszkodowania oraz krzywdy – poprzez zasądzenie zadośćuczyn-

³⁹ Niewątpliwie niesłuszne jest zawsze tymczasowe aresztowanie zastosowane z naruszeniem zasad sprawiedliwości proceduralnej, odmienne stanowisko prowadziłoby bowiem do pokusy sanowania wszelkiego rodzaju uchybień proceduralnych.

⁴⁰ W orzecznictwie wyrażane są przeciwstawne stanowiska co do tego, czy tymczasowe aresztowanie, które stosowane było ze względu na obawę o utrudnianie postępowania w przypadku uniewinnienia lub umorzenia postępowania, jest zawsze oczywiście niesłuszne (uchwała Sądu Najwyższego z dnia 15 września 1999 r., sygn. I KZP 27/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 72; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 kwietnia 2001 r., sygn. V KKN 481/99, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 66; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 2002 r., sygn. V KKN 125/00, OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 80; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2006 r., sygn. I KZP 5/06, OSNKW 2006, nr 6, poz. 55), czy też nie musi być uznane za niewątpliwie niesłuszne (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 października 2000 r., sygn. III KKN 600/98, LEX nr 51110; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 4 grudnia 2003 r., sygn. II AKa 341/03, LEX nr 120370; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2009 r., sygn. III KK 110/09, LEX nr 529668; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 19 listopada 2009 r., sygn. II AKa 120/09, KZS 2011, nr 4/62; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 kwietnia 2010 r., sygn. V KK 308/09, LEX nr 583934). Na podzielenie zasługuje to drugie stanowisko. Tak też np. D. Ś w i e c k i, Komentarz do art. 552 k.p.k., *op. cit.*

⁴¹ Zgodnie z art. 264 § 4 k.p.k. tymczasowe aresztowanie w wypadku orzeczenia środka zabezpieczającego polegającego na umieszczeniu sprawcy w zakładzie zamkniętym wykonuje się w warunkach umożliwiających stosowanie odpowiedniego postępowania leczniczego, terapeutycznego, rehabilitacyjnego oraz resocjalizacyjnego.

⁴² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 25 marca 2014 r., sygn. II AKa 6/14, LEX nr 1444757.

nienia⁴³. Co istotne, odszkodowanie i zadośćuczynienie należy się tylko za okres faktycznego pozbawienia wolności, którego dana osoba nie powinna była odbyć⁴⁴.

Pojęcie szkody musi być rozumiane w sposób przyjęty w nauce prawa cywilnego, a zatem jako uszczerbek w dobrach poszkodowanego, polegający na różnicy między stanem tych dóbr, powstałym wskutek zdarzenia szkodzącego, a stanem, jaki by istniał, gdyby nie zaszło to zdarzenie⁴⁵. W sensie ścisłym szkoda majątkowa jest uszczerbkiem w dobrach, w majątku, który daje się wyrazić w pieniądzu. Zgodnie z zasadą pełnego odszkodowania naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł (*damnum emergens*), oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*). Z tego powodu w orzecznictwie Sądu Najwyższego wskazuje się na różnicę między stanem majątkowym, jaki by istniał, gdyby skazanego nie pozbawiono wolności, a stanem rzeczywistym z chwili odzyskania wolności⁴⁶.

Oczywiste jest, że zrekompensowaniu podlega szkoda stanowiąca normalne następstwo wykonania środka zabezpieczającego lub tymczasowego aresztowania⁴⁷. Z uwagi na to, że w tym zakresie pełne zastoso-

⁴³ Szerzej na ten temat zob. P. Cioch, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 92–119.

⁴⁴ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 2002 r., sygn. II KKN 218/00, LEX nr 53918; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 kwietnia 2005 r., sygn. V KK 383/04, LEX nr 149615.

⁴⁵ Szerzej zob. M. Kaliński, (w:) A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 6, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 80–82 wraz z powołaną tam literaturą.

⁴⁶ Tak też wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. II KK 64/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 2112; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2007 r., sygn. IV KK 444/06, LEX nr 265825; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2007 r., sygn. II KK 321/06, LEX nr 299187; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. V KK 45/08, LEX nr 438427.

⁴⁷ W postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 12 października 2011 r., sygn. III KK 84/11, LEX nr 1044037, wskazano, że: 1. Zgodnie z treścią art. 552 § 4 k.p.k. państwo jest zobowiązane do zrekompensowania szkody materialnej i zadośćuczynienia wynikłych z niewątpliwie niesłusznego aresztowania. Natomiast na wysokość takiego odszkodowania nie mogą mieć wpływu wszelkie możliwe następstwa toczącego się postępowania karnego, jak np. jego długotrwałość, pozostawanie wnioskodawcy w niepewności co do swojej sytuacji prawnej, czy też wszelkie możliwe utrudnienia w codziennej egzystencji powstałe już po uchyleniu tymczasowego aresztowania. 2. Jakkolwiek szkoda, o której mowa w art. 552 k.p.k. winna wynikać w sposób bezpośredni z zastosowania niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania, to bezpośredniość owa wcale nie musi oznaczać ograniczenia szkody wyłącznie do skutków powstałych wprost na skutek fizycznego pozbawienia wolności i tylko w czasie jego trwania. Nie ulega bowiem wątpliwości, że skutki tego rodzaju mogą w przyszłości wykraczać poza sam moment zwolnienia wnioskodawcy z aresztu, chociażby w związku z pogorszeniem jego stanu zdrowia czy utratą zatrudnienia, nie tracąc przymiotu bezpośredniości. Oczywiście okoliczności te każdorazowo muszą podlegać zindywidualizo-

sowanie znajdują zasady ustalania odszkodowania przewidziane w Kodeksie cywilnym, wydaje się, że na potrzeby podjętych rozważań wystarczy ograniczyć się do wskazania najczęściej rekompensowanych poszkodowanym szkód na mieniu i szkód na osobie: utracone zarobki w kwocie netto⁴⁸ lub inne dochody wynikające z uniemożliwienia pracy zarobkowej lub działalności gospodarczej, artystycznej itp.⁴⁹, koszty poniesione na opłacenie obrońcy, koszty wynikłe z doznania szkody na osobie (np. pogorszenia się stanu zdrowia poszkodowanego) w postaci kosztów leczenia, rehabilitacji lub przygotowania do wykonywania innego zawodu itd.

10. Zadośćuczynienie

Zadośćuczynienie, o którym mowa w art. 552 § 1 k.p.k., służy rekompensowaniu krzywdy, a zatem szkody niemajątkowej (nieznajdującej negatywnego wyrazu w sytuacji majątkowej poszkodowanego) doznanej na skutek naruszenia dobra osobistego poprzez niesłuszne wykonanie środka zabezpieczającego lub tymczasowego aresztowania wykonanego w zakładzie psychiatrycznym. Również w tym zakresie pełne zastosowanie znajdują regulacje Kodeksu cywilnego odnoszące się do zadośćuczynienia za krzywdę.

Bez obawy popełnienia błędu można stwierdzić, że niesłuszne stosowanie tak drastycznych środków jako środek zabezpieczający lub niewątpliwie niesłuszne tymczasowe aresztowanie wykonywane w zakładzie psychiatrycznym łączą się z negatywnymi przeżyciami psychicznymi, cierpieniami psychicznymi (a czasem także fizycznymi), powodują stres, często tęsknotę do bliskich, niemożność realizacji własnych zamierzeń, uczucie bezradności, niepokoju czy nawet utratę dobrego imienia⁵⁰. Tego rodzaju krzywda podlega naprawieniu na podstawie art. 445 § 2 k.c., a jeśli jest połączona z uszkodzeniem ciała lub doznaniem rozstroju zdrowia – na podstawie art. 445 § 1 k.c.

wanej ocenie sądu orzekającego w realiach konkretnej sprawy, której przedmiotem jest odszkodowanie z tytułu niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania.

⁴⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 25 września 2008 r., sygn. II AKa 247/08, LEX nr 477899.

⁴⁹ Szerzej zob. K. C e s a r z, Szkody wynikłe z uniemożliwienia poszkodowanemu pracy zarobkowej na skutek niesłusznego pozbawienia wolności (zagadnienia wybrane), Przegląd Sądowy 2002, nr 2, s. 44–53.

⁵⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 163/13, LEX nr 1356724.

Trudności dotyczące ustalania wysokości odszkodowania, związane z tym, że każdorazowo wysokość szkody jako różnica musi być ustalona hipotetycznie, na gruncie ustalenia wysokości zadośćuczynienia są jeszcze większe. Prawo cywilne nie daje bowiem żadnych uniwersalnych kryteriów określenia wysokości zadośćuczynienia poza kryterium „odpowiedniości”⁵¹, która sytuuje się między koniecznością określenia jej jako wartości odczuwalnej ekonomicznie⁵² i utrzymanej w rozsądnych granicach⁵³. Suma odpowiednia to taka, która zrównoważy przeżycia związane z niesłusznym tymczasowym aresztowaniem lub niesłusznym wykonaniem środka zabezpieczającego. Orzecznictwo sądowe wypracowało kryteria, które wydają się istotne dla określenia wysokości zadośćuczynienia, pełniącego funkcję kompensacyjną poprzez zaoferowanie poszkodowanemu jednorazowego świadczenia. Wskazuje się zatem na rodzaj cierpień fizycznych i psychicznych, ich intensywność, czas trwania, nieodwracalność następstw, zakres doznanego dyskomfortu psychicznego związanego z pozbawieniem wolności i utratą dobrego imienia, wiek osoby poszkodowanej i jej stan zdrowia, wpływ na dotychczasowe życie i widoki na przyszłość (w tym ostracyzm środowiskowy, nieprzychylnie reakcje po zwolnieniu)⁵⁴, co nie wyklucza uwzględnienia także innych okoliczności istotnych w danym przypadku (których nie sposób wymieniść wyczerpująco). Nie zmienia to jednak konstatacji, że ustalenie kwoty odpowiedniej należy do sfery swobod-

⁵¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. II AKa 11/08, LEX nr 410357.

⁵² Zadośćuczynienie nie może mieć wysokości symbolicznej. Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2006 r., sygn. II KK 64/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 2112; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2007 r., sygn. IV KK 444/06, LEX nr 265825; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2007 r., sygn. II KK 321/06, LEX nr 299187; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 12 sierpnia 2008 r., sygn. V KK 45/08, LEX nr 438427; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 16 października 2013 r., sygn. II AKa 307/13, LEX nr 1381625.

⁵³ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 25 lipca 2012 r., sygn. II AKa 205/12, LEX nr 1213790.

⁵⁴ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 stycznia 2004 r., sygn. I CK 131/03, OSNC 2005, nr 2, poz. 40; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 2004 r., sygn. V CK 282/03, LEX nr 183777; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2006 r., sygn. IV CSK 80/05, OSNC 2006, nr 10, poz. 175; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 16 listopada 2006 r., sygn. II AKa 359/06, KZS 2007, nr 5, poz. 92; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 października 2007 r., WA 43/07, OSNwSK 2007, nr 1, poz. 2246; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. II CSK 536/07, LEX nr 461725; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. IV KK 137/11, OSNKW 2011, nr 11, poz. 105; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 192/13, LEX nr 1342399; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. V KK 464/12, LEX nr 1341290.

nego uznania sędziowskiego, ponieważ tylko w takim przypadku możliwe jest uwzględnienie całokształtu okoliczności konkretnej sprawy i jej indywidualnego charakteru⁵⁵.

11. Zakończenie

Konieczność zagwarantowania możliwości dochodzenia roszczeń związanych z niesłusznym wykonaniem środka zabezpieczającego lub tymczasowym aresztowaniem wykonywanym w zakładzie psychiatrycznym w przypadku pomyłki wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych pozostaje niepodlegającym jakimkolwiek sporom standardem. O ile uznać trzeba, że zaistnienie pomyłek sądowych jest nieuchronne, o tyle niewątpliwie ich skutków nie może ponosić ostatecznie jednostka⁵⁶.

Jednakże uregulowanie odpowiedzialności Skarbu Państwa z tego powodu w przepisach Kodeksu postępowania karnego dawno już utraciło uzasadnienie. W czasach, w których zasadą był brak odpowiedzialności państwa za szkody wyrządzone wykonywaniem władzy publicznej, szczególne normy procedury karnej uznać należało za rozwiązania nowatorskie i głęboko humanitarne. Obecnie jednak trudno z pełną powagą uzasadniać regulacje art. 552 i następnych k.p.k. szybkością działania sądów karnych (w przeciwstawieniu do opieszale działających sądów cywilnych) i lepszym rozeznaniem sędziów karnych co do dolegliwości związanych ze stosowaniem represji karnych⁵⁷. Za gruntowną modyfikacją trybu dochodzenia roszczeń na

⁵⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 2 lutego 2012 r., sygn. II AKa 268/11, LEX nr 1210836.

⁵⁶ Osobą uprawnioną do dochodzenia roszczeń w trybie rozdziału 58 k.p.k. jest przede wszystkim osoba, wobec której niesłusznie wykonano środek zabezpieczający. Zgodnie z art. 556 § 1 k.p.k. w razie śmierci oskarżonego prawo do odszkodowania przysługuje temu, kto wskutek wykonania kary lub niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania utracił: należne mu od uprawnionego z mocy ustawy utrzymanie (pkt 1) lub też stale dostarczane mu przez zmarłego utrzymanie, jeżeli względy słuszności przemawiają za przyznaniem odszkodowania (pkt 2). Wprawdzie literalna wykładnia art. 556 k.p.k. mogła prowadzić do wniosku, iż odszkodowanie nie przysługuje bliskim skazanego w razie niesłusznego zastosowania środka zabezpieczającego (tak L. K. Pańczyk, Komentarz do art. 556 k.p.k., *op. cit.* (Nb 1), jednakże należy opowiedzieć się za stanowiskiem przeciwnym (tak też np. S. Stachowiak, *op. cit.*, s. 65; F. Prusak, Komentarz do art. 556 k.p.k., (w:) F. Prusak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1999 (Lex/el, Nb 12); P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgrzyzek, Komentarz do art. 556 k.p.k., *op. cit.*; T. Grzegorzczak, Komentarz do art. 556 k.p.k., *op. cit.* (Nb 4); J. Konecki, *op. cit.*, s. 265; W. Jasiński, Komentarz do art. 556 k.p.k., *op. cit.*

⁵⁷ Tak Z. Banaszczyk, Model..., *op. cit.*, s. 469.

rzecz wyboru drogi procesu cywilnego przemawia cywilnoprawny charakter odpowiedzialności Skarbu Państwa i roszczeń w tego rodzaju postępowaniach zasądzanych, odrębność postępowania odszkodowawczego od głównego nurtu postępowania karnego⁵⁸ oraz objęcie standardami rzetelnego procesu także procedury cywilnej⁵⁹. Brak również racjonalnego uzasadnienia, by roszczenia związane z niektórymi środkami przymusu stosowanymi w postępowaniu karnym (np. obserwacja psychiatryczna) były rozpatrywane na innej drodze niż roszczenia objęte hipotezą art. 552 k.p.k.⁶⁰

Tego rodzaju modyfikacje pozwoliłyby uniknąć fragmentaryzacji postępowań, jak też uniknąć odmiennego trybu dochodzenia roszczeń związanych z warunkami odbywania środka zabezpieczającego lub stosowanego aresztu⁶¹. Nie można bowiem pominąć, że poza kierowanymi przeciwko Skarbowi Państwa żądaniami odszkodowania i zadośćuczynienia (czy to w trybie art. 552 i następane k.p.k., czy to w drodze procesu cywilnego) coraz częściej pojawiają się powództwa przeciwko jednostkom służby zdrowia wykonującymi środki zabezpieczające lub obserwacje psychiatryczne. Te ostatnie problemy, jak też zakres odpowiedzialności cywilnej biegłych opiniujących w sprawach, w których zastosowano środki przymusu, oczekują jednak dopiero na pełne opracowanie⁶².

⁵⁸ Tak np. J. Małeckki, *op. cit.*, s. 86–87. Odmiennie por. R. Kmiecik, O charakterze prawnym terminu z art. 489 k.p.k. – inaczej, (w:) M. Sawczuk (red.), *Z zagadnień cywilnego prawa materialnego i procesowego*, Lublin 1988, s. 189–191.

⁵⁹ Nie sposób uznać za usprawiedliwiony poglądu T. Woźnego (*op. cit.*, s. 65), że sprawy o wskazane roszczenia zostały słusznie i celowo skierowane na drogę gwarancyjnego procesu karnego, który chroni interesy stron w o wiele większym stopniu niż proces cywilny (z uwagi na gwarancyjny charakter norm karnoprosesowych). Stanowisko to oparte jest na oczywiście błędnym założeniu jakoby przepisy procedury cywilnej gwarancyjnego charakteru nie miały.

⁶⁰ Szerzej zob. D. Kała, M. Klubasińska, Odszkodowanie i zadośćuczynienie za niesłuszne skazanie oraz niesłuszne stosowanie środków przymusu procesowego – analiza trybu i zasad dochodzenia roszczeń, *Przegląd Sądowy* 2016, nr 1, s. 8–31.

⁶¹ Na temat spraw tego rodzaju i pozbawienia wolności – T. Prześławski, Postępowanie sądowe w sprawach o odszkodowanie (zadośćuczynienie) z tytułu nieprawidłowego wykonania kary pozbawienia wolności (tymczasowego aresztowania), *Profilaktyka Społeczna i Resocjalizacja* 2013, nr 22, s. 25–53.

⁶² Przykładami pierwszych analiz prawnych w tym zakresie są następujące prace: J. Ciechorski, Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 marca 2013 r., sygn. I ACa 852/12, *Lex* nr 1313338, *Prawo i Medycyna* 2014, nr 3–4, s. 206–216; J. Ciechorski, Odpowiedzialność odszkodowawcza szpitala psychiatrycznego za działania władcze na podstawie art. 417 k.c., *Prawo i Medycyna* 2015, nr 2, s. 151–176; Z. Banaszczyk, O odpowiedzialności za szkody wyrządzone pacjentom szpitali psychiatrycznych, *Prawo i Medycyna* 2015, nr 4, s. 57–69; S. Rovers, Między dominium a imperium – o podstawie odpowiedzialności szpitala psychiatrycznego, *Monitor Prawniczy* 2018, nr 3, s. 154–156.

Award of compensation and redress for wrongful enforcement of a measure of protection, or for clearly wrongful provisional arrest enforced in a psychiatric institution

Abstract

The Code of Criminal Procedure makes it possible for an accused person, against whom a measure of protection has been wrongfully enforced, to claim compensation for damage, and redress for harm suffered as a result of a measure of protection having been enforced in whole or in part against such person, where the revision of proceedings or cassation resulted in acquittal or in a less severe measure being imposed, or, alternatively, proceedings have been discontinued with no application of any measure of protection on account of circumstances not captured in earlier proceedings. The claims are resolved as part of criminal proceedings, although there are no significant circumstances under the current legislative framework that would justify the exclusion of jurisdiction of civil courts in this respect.

Izabela Jankowska-Prochot

Definicja przestępstwa i jego klasyfikacja w polskim oraz irlandzkim prawie karnym

Streszczenie

Przedmiotem analizy w niniejszym artykule jest porównanie dwóch odrębnych form systematyzacji ustawodawstwa tj. inkorporacji systematycznej i kodyfikacji. Konkretyzacji tak określonych założeń dokonano poprzez zestawienie ze sobą zapisów aktualnie obowiązujących ustaw karnych w Polsce i w Irlandii na dwóch płaszczyznach. Pierwsza z nich dotyczyła porównania definicji przestępstwa, druga zaś ich klasyfikacji.

1. Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problematyka typizacji przestępstw w systemie kontynentalnym i *common law* na przykładzie Polski i Irlandii. U źródeł tak zdefiniowanego celu leży konstatacja faktu, że irlandzka inkorporacja systematyczna prawa, oparta na kryterium rzeczowym (przedmiotowym) oraz rudymenarne znaczenie precedensów sądowych sprawia, że jest to szczególny, niekiedy niezwykle trudny do wyinterpretowania, rodzaj reguł prawnych. Z kolei w Polsce z uwagi na odmienne kategorie standardów legislacyjnych i kodyfikację przepisów karnoprawnych, poznanie treści reguł i badanie normatywnego charakteru wypowiedzi nie budzi takich wątpliwości wykładniczych.

Rozważania nad tymi zagadnieniami mają znaczenie nie tylko teorio-poznawcze i metodyczne, ale także praktyczne. Pozwalają bowiem na objaśnienie podobieństw i różnic występujących między zbliżonymi instytucjami prawnymi, poszukiwanie szerokiego zbioru rozwiązań jurydycznych oraz uniwersalnej systematyki i siatki pojęciowej. Artykuł ten może mieć także dużą doniosłość praktyczną z uwagi na swój nowatorski charakter. Niniejsza publikacja jest jedną z nielicznych na krajowym rynku wydawniczym, która dotyczy polsko-irlandzkich badań prawno-porównawczych. Wybór problematyki wydaje się być także słuszny, a cele badawcze istotne z uwagi na znaczną liczbę polskich obywateli zamieszkujących na

Szmaragdowej Wyspie i pozbawionych dostępu do polskojęzycznych publikacji naukowych w obszarze komparystyki prawniczej.

2. Definicja legalna przestępstwa w Irlandii

Termin przestępstwo jest w prawie irlandzkim zdefiniowane w sposób wyjątkowo nieostry. Ustawodawca nie wskazuje jego konstytutywnych cech, podkreśla tylko że jest to czyn zabroniony, godzący w interesy całej społeczności, do którego ukarania zobowiązane jest państwo. Ekspozuje natomiast cele kary, którymi mają być prewencja ogólna i indywidualna¹. W konsekwencji to organy państwa takie jak Prokurator (*Prosecutor*), a jeszcze częściej Dyrektor Prokuratury (*Director of Public Prosecutions*) podejmują decyzję o tym, czy oskarżenie ma być kontynuowane czy też nie. One też prowadzą postępowanie karne w imieniu państwa i w interesie publicznym. Kwestią natury zasadniczej przy rozstrzygnięciu, czy doszło do popełnienia przestępstwa, jest tzw. *mens rea*, czyli odpowiednik występującego polskim prawem karnym zamiaru, definiowanego także jako stan umysłu czy też zamiaru sprawcy na płaszczyźnie intelektualnej (*guilty mind*). Jednocześnie skład orzekający weryfikuje, czy sprawca ma świadomość, że określone działanie lub zaniechanie (łac. *actus rea*) jest przestępstwem, a więc czynem szkodliwym i społecznie niebezpiecznym². Znamiona strony przedmiotowej poszczególnych czynów zawarte są w dyspozycji przepisów tematycznie pogrupowanych statutów (*Irish Statue Book*). One też wyznaczają zespół charakterystycznych cech tworzących zarys przestępstwa określonego typu. Na tej podstawie funkcjonują ustawy, w których uregulowane są np. przestępstwa seksualne (*Criminal Law (Sexual Offences) Act, 2017*), przeciwko mieniu (*Criminal Justice (Theft and Fraud Offences) Act, 2001*) czy praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (*Criminal Justice (Money Laundering and Terrorist Financing) Act, 2010*)³. To w każdej z nich umiejscowione są przepisy wyjaśniające, czyli określające i projektujące sens oraz znaczenie pojęć dla potrzeb tego konkretnego aktu normatywnego,

¹ To podstawowa różnica między irlandzkim prawem karnym a cywilnym. Fakt, że przedmiotem zamachu są ogólnospołeczne, a nie jednostkowe dobra sprawia, że egzekwowanie sprawiedliwości leży w gestii państwa, nie zaś ofiary. Innymi słowy w prawie cywilnym każde jego naruszenie jest sprawą poszkodowanego, który sam podejmuje decyzję o wszczęciu, prowadzeniu czy umorzeniu postępowania.

² Zob. Kingsmail Moore w sprawie *Melling v Ó Mathghamhna* (1962) IR 1, <https://irishlawnotes.wordpress.com/tag/melling-v-omathghamhna/>, dostęp w dniu 3 lipca 2018 r.

³ Zob. szerzej: Number 2 of 2017, Number 50 of 2001, Number of 6 of 2010 Irish Statue Book.

czy też przepisy zawężające, a więc wpływające na treść zakresu obowiązywania normy.

Warto także wspomnieć, że do klasycznych konstrukcji penalizujących określone zachowania ustawodawca irlandzki zalicza pojęcie zamiaru (*intent or intention*) stanowiącego odpowiednik występującego w europejskich kodeksach karnych zamiaru bezpośredniego lub zamierzania (*intend*) jako zamiaru ewentualnego. Z kolei w celu określenia dyspozycji umysłu niezbędnej dla popełnienia danego czynu przestępnego, ustawodawca stosuje pojęcie wiedzy (*knowledge*) lub przekonania (*believes*) sprawcy na temat określonych faktów⁴.

3. Pojęcie przestępstwa w polskim prawie karnym

Odmienne problematykę tę ujmuje polski ustawodawca, który w miejsce jednej, ogólnej definicji przestępstwa, zawartej w katalogu pojęć prawnych Kodeksu karnego, przedstawia zespół wymaganych kryteriów formułowanych w stosunku do tej kategorii czynów. I tak z treści art. 1 § 1, 2, 3, 7 i 9 k.k. można wyinterpretować, że podstawą do poniesienia odpowiedzialności karnej jest, by czyn został popełniony przez sprawcę, któremu można przypisać winę w chwili popełnienia czynu. Musi być też on zagrożony przez ustawę, bezprawny, zawiniony i szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy⁵.

W Polsce na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów karnoprawnych istnienie zamierzenia przestępczego *item* zamiaru bezpośredniego lub ewentualnego nie jest warunkiem koniecznym do zakwalifikowania czynu jako przestępstwa. *In alia verba*, sprawca nie musi chcieć ani godzić się na wystąpienie określonego skutku, albowiem czynniki warunkujące odpowiedzialność karną obejmują także lekkomyślność i niedbalstwo. Znajduje to odzwierciedlenie w przepisach kodeksowych, w których penalizowane są tzw. przestępstwa nieumyślne, czyli takie w których sprawca nie miał co prawda zamiaru popełnienia czynu zabronionego, jednak na skutek naruszenia tzw. reguł ostrożnego zachowania, dopuścił się ich. Jedynie dla przypisania odpowiedzialności za zbrodnie, konieczne jest umyślne działanie lub zaniechanie sprawcy. Występki z kolei

⁴ Zob. Art. 26 Criminal Justice (*Theft and Fraud Offences*) Act 2001 Number 50 of 2001 "A person who uses an instrument which is, and which he or she knows or believes to be, a false instrument, with the intention of inducing another person to accept it as genuine and, by reason of so accepting it, to do some act, or to make some omission, or to provide some service, to the prejudice of that person or any other person is guilty of an offence".

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 2017 r., poz. 2204 z późn. zm.).

można popełnić nieumyślnie lub umyślnie, jednak tylko w przypadkach ściśle wskazanych przez ustawę.

W polskim prawie karnym istnieje również wyraźnie sformułowane domniemanie, że każdy człowiek jest zobowiązany do posiadania wiedzy na temat obowiązujących norm prawnych. Jej brak zgodnie z treścią łacińskiej sentencji *ignorantia iuris nocet* nie zwalania z odpowiedzialności karnej. W opinii legislatora gwarancyjna funkcja domniemania znajomości swoich obowiązków prawnych, a także świadomości ich naruszania w konkretnych stanach faktycznych jest konsekwencją przekonania, że nieetyczne byłoby surowsze karanie tych uczestników obrotu prawnego, którzy zapoznali się ze swymi obowiązkami w odróżnieniu od tych, którzy tego nie uczynili. Stąd też okoliczności usprawiedliwiające nieświadomość bezprawności mają charakter jednostkowy. Uregulowane są w art. 30 k.k. i obejmują błąd co do prawa, błąd co do faktu oraz błąd co do znamion czynu zabronionego.

4. Klasyfikacja czynów przestępnych w Irlandii

W Irlandii do 1997 r. ze względu na stopień winy oraz stopień społecznej szkodliwości czynu wyróżniano trzy rodzaje czynów przestępnych: zdrady (*treason*), poważne przestępstwa *item* zbrodnie (*felony*) oraz wykroczenia o randze występków (*misdemeanour*).

Zdrada uznawana była i jest za najpoważniejsze z możliwych przestępstw. Zgodnie z treścią art. 39, obowiązującej od 1937 r. Konstytucji irlandzkiej bezprawność zachowania w tym zakresie określona została przez alternatywnie ujęte znamiona i polega na: a) prowadzeniu wojny przeciwko Państwu Irlandzkiemu (*State*), b) udzielaniu pomocy innemu Państwu, osobie lub grupie osób, które przy użyciu sił zbrojnych lub innymi brutalnymi środkami chcą obalić konstytucyjne organy państwa, c) podżeganiu i spiskowaniu przeciwko Państwu Irlandzkiemu, w celu dokonania ww. czynów. Zagwarantowanie na poziomie konstytucyjnym penalizacji tego czynu jednoznacznie dowodzi, że jest on uznawany za szczególnie niebezpieczny. Dlatego też o przestępstwie tym rozstrzygają tzw. specjalne sądy karne (*Special Criminal Courts*)⁶. Na marginesie warto wspomnieć, że uzasadnienia dla tego typu rozwiązań legislacyjnych należy doszukiwać się w długofalowych strategiach irlandzkich elit poli-

⁶ Zob. szerzej ustawa Przystępstwa przeciwko państwu (*Offences Against the State Acts, 1939*) oraz ustawa o zdradzie państwowej (*Treason Act*), Number 13 o of 1930, Number 10 of 1939 Irish Statute Book.

tycznych, które z uwagi na trudną historię swego kraju i jego ponad 800 letni niebyt państwowy do dziś usilnie zabiegają o szeroko rozumianą ochronę integralności⁷.

Do kolejnej kategorii tj. zbrodni zaliczano wszelkie poważne przestępstwa, zaś osoba podejrzana o ich popełnienie mogła być zatrzymana przez organ procesowy bez nakazu (*arrest warrant*)⁸. Negatywną przesłanką do takiego zatrzymania miało być natomiast podejrzenie popełnienia przez sprawcę wykroczenia.

Wykroczenia traktowano jako czyny o mniejszym stopniu społecznej szkodliwości i karane w sposób mniej represyjny niż zbrodnie, surowiej jednak niż delikty administracyjne. Często były też określane mianem drobniejszych przestępstw (*minor, petty czy summary offences*) i zgodnie z zasadą racjonalizacji sankcji kryminalnych, karane zazwyczaj w formie grzywnien.

W 1997 r. w efekcie upowszechnienia się w irlandzkiej doktrynie stanowiska kwestionującego sens rozróżniania zbrodni od występków została uchwalona ustawa Prawo karne (*Criminal Law Act, 1997*). Na mocy art. 3.1.2 ww. ustawy dystynkcje zostały uchylone⁹. Natomiast zgodnie z dyspozycją art. 2.1 wprowadzono nową kategorię przestępstw zagrożonych aresztem bez nakazu (*arrestable offences*). Zostały one zdefiniowane jako czyn zabroniony, popełniony przez osobę poczytalną, wcześniej nie karaną, która na gruncie obowiązującego prawa może być skazana na karę 5 lat pozbawienia wolności lub surowszą. Co ciekawe i znamienne, normodawca irlandzki w dyspozycji przepisu *explicite* wskazał, że sprawcą czynu musi być osoba poczytalna. Nie zawarł wszak tego wymogu w definicjach innych czynów przestępnych. I choć warunek poczytalności sprawcy wynika ze wspomnianego już *actus rea*, to jednak w opinii autorki wspomnianie o poczytalności *ad casu ad casum* jest widocznym przejawem terminologicznej niekonsekwencji ustawodawcy.

⁷ Zob. szerzej: I. Jankowska, Irlandzka neutralność w czasie II wojny światowej, Przegląd Historyczno-Wojskowy 14(65)/3(245), s. 55.

⁸ Warto wspomnieć, że niegdyś wszelkie czyny tego rodzaju były karane śmiercią i przypadkiem korzyści majątkowych, dopiero z czasem w ramach systemu *common law* rozwinęła się kategoria mniej poważnych przestępstw określanych jako występkę karane więzieniem lub grzywną. Zob. szerzej: I. Jankowska-Prochoń, Ewolucja instrumentów prawnych ochrony wiarygodności dokumentów w systemie *common law* na przykładzie Irlandii zależnej i niepodległej, Czasopismo Prawno-Historyczne, vol. 70 (nr 1) 2017.

⁹ Dystynkcje te miały jednak dość płynny charakter, jako że głównym wyróżnikiem był „bardziej zróżnicowany i wyższy wymiar kary” (przy jednoczesnym braku jego ujednoczenia). Ostatecznie więc na mocy ustawy Prawo karne z 1997 r. (*Criminal Law Act z 1997*) podział ten zniesiono.

W kwestii wykroczeń obecnie wyróżnia się mający w dużej mierze umowny podział na drobne wykroczenia (*minor offence*) oraz pozostałe zwane także mianem niedrobnych wykroczeń (*non-minor offences*). I choć w katalogu pojęć prawnych zdefiniowanych w treści irlandzkich ustaw karnych i karnoprosesowych ustawodawca nie umieścił definicji omawianych pojęć, to jednak z prezentowanego w judykatach Sądu Najwyższego (*Supreme Court*) kierunku interpretacji wynika, że przy rozstrzyganiu, czy czyn należy zaliczyć do kategorii drobnych czy niedrobnych wykroczeń, należy uwzględnić trzy elementy. Należą do nich ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary, skrucha sprawcy i okoliczności towarzyszące jej wyrażeniu (*moral guilty*) oraz funkcja sprawiedliwościowa, opierająca się na nieprzejednanym postulatcie zaspokajania społecznego poczucia sprawiedliwości¹⁰. Niezależnie od powyższego najistotniejszym kryterium przesadzającym o owych dystynkcjach jest surowość grożącej i orzeczonej przez sąd kary. Z analizy orzecznictwa i stanowiska doktryny wynika, że gdy czyn uznany jest za „drobne wykroczenie” to orzekana kara pozbawienia wolności jest najczęściej krótsza niż sześć miesięcy¹¹. Nie należy on natomiast do tej kategorii, gdy kara wynosi dwa lub więcej lat pozbawienia wolności¹².

Kolejna klasyfikacja dotyczy wyodrębnienia na podstawie art. 11 ustawy o sądownictwie karnym (*Criminal Justice Act 1984*) kategorizacji na występki (*Summary Offences*) oraz przestępstwa podlegające oskar-

¹⁰ Zasady te zostały wyrażone w cytowanym wyżej uzasadnieniu do wyroku we wspomnianej już sprawie *Melling v Ó Mathghamhna* (1962). Dotyczył on postawienia sprawcy przez sąd rejonowy (*District Court*) 15 zarzutów o popełnienie czynów zabronionych, których charakter był zbliżony. Wszystkie one dotyczyły przemytu przez Petera Mellinga masła do kraju. Sąd musiał ustalić, czy sprawca popełnił czyn o charakterze karnym czy nie. Po zbadaniu wszystkich okoliczności sprawy sędzia Sądu Najwyższego Kingsmill Moore J uznał za konieczne przyjęcie takiej wykładni. W jego opinii przestępstwo można zidentyfikować za pomocą następujących założeń: a) popełnione czyny muszą być skierowane przeciwko całej społeczności, a nie jednej osobie, b) charakter sankcji musi być karny, c) sprawca musi mieć świadomość bezprawności popełnionego czynu (*mens rea*). Zob. szerzej: <https://irishlawnotes.wordpress.com/tag/melling-v-omathghamhna/>, dostęp w dniu 13 lipca 2018 r.

¹¹ Zob. szerzej: wyrok w sprawie *Conroy v Attorney General* (1965) IR 411), dotyczącej złamania art. 49 ustawy o ruchu ulicznym (*Road Traffic Act 1961*) na skutek prowadzenia pojazdu w stanie upojenia alkoholowego. W sprawie tej Sąd Najwyższy musiał rozstrzygnąć o obowiązkowym pozbawieniu prawa jazdy sprawcy oraz wypowiedział się w pozostałych kwestiach dotyczących *non-minor offence*.

¹² W sprawie *Mallon v Minister for Agriculture, Food and Forestry* (1996) 1 IR 517) Sąd Najwyższy uznał, że przestępstwo, w którym maksymalna kara pozbawienia wolności wynosi 12 miesięcy jest drobnym wykroczeniem (*minor-offence*). Z kolei czyn zagrożony dwuletnią lub wyższą karą pozbawienia wolności nie jest drobnym wykroczeniem (*minor-offence*). Zob. szerzej: The Law Reform Commission. Consultation Paper on Penalties for Minor Offences (LRC-CP18-2002. Ireland, ISSN 1393-3140), s. 21.

żeniu publicznemu (*Indictable Offences*). W tym wypadku kluczowe znaczenie także ma ustawowe zagrożenie karą oraz jej sądowy wymiar, a także szkodliwość społeczna popełnionego czynu. Innymi słowy, jeśli kara nie przekracza 12 miesięcy pozbawienia wolności lub 1270 euro grzywny, to przyjmuje się, że popełniony czyn jest występkiem¹³. Wnio- skując *a contrario*, gdy kary te są wyższe to popełniony czyn będzie uznany za przestępstwo podlegające oskarżeniu publicznemu. Istotne jest przy tym, że zaistniały czyn zabroniony musi być szkodliwy w stopniu większym niż znikomy (występek) i w stopniu znacznym (przestępstwo publicznoskargowe)¹⁴.

Dla pogłębienia perspektywy spojrzenia warto podkreślić, że na grun- cie obecnie obowiązujących przepisów prawa karnego występkami to czyny zabronione, skierowane pod adresem innej osoby, w wyniku których nie doszło do śmierci ofiary. W ustawie (*Non-fatal Offences w Against the Person Act 1997*) legislator penalizuje napad, którego następstwem jest ciężki lub średni uszczerbek na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, usiłowanie zabójstwa, atak z użyciem strzy- kawki, atak z użyciem strzykawki skierowany wobec funkcjonariuszy Po- licji irlandzkiej (*Garda Síochána*), przymus, nękanie itp.¹⁵ Do kategorii tej zalicza się też bezprawne żądanie zapłaty, stosowanie trucizny, spowo- dowanie zagrożenia oraz zagrożenia w ruchu ulicznym, bezprawne ograniczenie wolności czy uprowadzenie dziecka¹⁶.

Wartym odnotowania wydaje się być fakt, że rozmiar naruszonego dobra prawnego w irlandzkich występkach jest mocno zdysharmonizo- wany. O ile bowiem bezprawne żądanie zapłaty może być uznane za czyn o stosunkowo niskim stopniu bezprawia, o tyle już usiłowanie za- bójstwa, atak z użyciem strzykawki czy użycie trucizny trudno zakwalifi- kować do takiej samej kategorii. Pojawia się w związku z tym wątpliwość,

¹³ Przy ustalaniu punitwności kary konieczne jest uwzględnienie, czy byłaby ona uznana za dotkliwą w momencie uchwalania ustawy. Ma to także znaczenie przy ustalaniu wysokości ustalania grzywien.

¹⁴ Zob. szerzej. Wyrok w sprawie *O'Sullivan v. Hartnett* (1983) ILRM 79. Zgodnie z jego treścią nielegalne wwiezienie 900 sztuk łososia na terytorium kraju było czynem o dużej szkodliwo- ści. Por. też *The Law Reform Commission. Consultation Paper on Penalties for Minor Of- fences (LRC-CP18-2002)*. Ireland, ISSN 1393-3140, s. 14.

¹⁵ Warto w tym miejscu zauważyć, że w Polsce zgodnie z art. 14 § 1 k.k. usiłowanie zabójstwa jest co do zasady zagrożone taką samą karą, co zabójstwo dokonane. W Irlandii natomiast, z uwagi na fakt, że należy do kategorii czynów *nomen omen* nieśmiertelnych (*non-fatal cri- me*), jest występkiem.

¹⁶ Należy w tym miejscu wspomnieć, że osobno kryminalizowane jest dokonanie ostatniego ze wspomnianych czynów przez rodziców lub opiekunów prawnych dziecka, jak i przez inne osoby. Zob. *Part 2 Children First Act 2015 Number 36 of 2015*.

czy umieszczanie tak zróżnicowanych czynów w jednej ustawie jest uzasadnione. Jej rozwianie nie jest jednak możliwe przy pomocy badań prawno-porównawczych i pozostaje w sferze spekulacji naukowych. Niezależnie od tego warto podkreślić, że stopień dolegliwości kary kryminalnej za te czyny jest zróżnicowany. *In alia verba*, ustawodawca irlandzki nie narusza zatem zasad proporcjonalności prawa karnego oraz racjonalizacji wymiaru kary.

Wskazany rodzaj czynu przestępnego ma też wpływ na tryb ścigania. Zasady te wynikają ze wspomnianego już art. 38 Konstytucji irlandzkiej, na mocy którego, czyny o mniejszym ciężarze gatunkowym (*summary offences*) mogą być rozstrzygane przez sądy rejonowe (*District court*) w ramach procedury uproszczonej i przyspieszonej (*summary jurisdiction*). Sprawcom tym nie przysługuje co do zasady prawo do rozprawy z udziałem ławy przysięgłych. Z kolei w sprawach poważniejszych, skomplikowanych pod względem faktycznym bądź prawnym (*indictable offences*) taki obowiązek już istnieje¹⁷. *Eo ipso* skutkiem uznania, że sprawa ma charakter kryminalny jest obowiązek przeprowadzenia rozprawy karnej z udziałem ławy przysięgłych (*jury*).

Dalszym następstwem tego stanu jest fakt, że przestępstwa publicznoskargowe są co do zasady rozstrzygane przez okręgowe sądy karne (*Circuit Criminal Court*) lub Centralny Sąd Karny (*Central Criminal Court*). Wyrok zaś wydawany jest przez sędziego zawodowego i ławę przysięgłych. W wyłącznej gestii tych sądów pozostaje grupa czynów, do której wchodzi m.in. zabójstwo, usiłowanie zabójstwa, piractwo, gwałt, ciężki uszkodzenie ciała etc.¹⁸

Dla wyczerpania tego wątku warto również wspomnieć, że wśród przestępstw publicznoskargowych można wyróżnić takie, które mogą być rozpatrywane zarówno w trybie uproszczonym jak i trybie aktu oskarżenia (*on indictment*). W sytuacji tej wybór trybu uzależniony jest od ciężaru gatunkowego czynu. By sprawa dotycząca przestępstwa publicznoskar-

¹⁷ Wyjątek od zasady stanowiła Ustawa o kradzieży z 1916 (*Larceny Act 1916*), uchwalona jeszcze przez brytyjski parlament, ale obowiązująca na terytorium Irlandii do 1968 r. W tym akcie normatywnym uregulowane zostały m.in. takie czyny karalne jak: kradzież, świętokradztwo, szantaż czy włamanie i choć maksymalne zagrożenie karą mogło wynosić nawet siedem lat pozbawienia wolności, to sprawa toczyła się w postępowaniu uproszczonym. Zob. art. 37.2 *Larceny Act 1916* <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1916/act/50/enacted/en/print.html>, dostęp w dniu 18 marca 2018 r.

¹⁸ Zob. szerzej: *Criminal Procedure Act, 1967* Number 12 of 1967 *Irish Statute Book*; *Criminal Law (Rape) Amendment Act 1990* Number 32 of 1990 *Irish Statute Book*; *Treason Act 1939* Number 10 of 1939 *Irish Statute Book*, *Non – fatal Offences Against the Person Act, 1997* Number 26 of 1997 *Irish Statute Book*, *Criminal Justice (Public Order) Act 1994* Number 2 of 1994 *Irish Statute Book*.

gowego mogła być rozpatrywana w trybie uproszczonym muszą być spełnione łącznie trzy warunki:

- Szef Prokuratury (*Director of Public Prosecutions*) musi wyrazić na to zgodę,
- Sędzia sądu rejonowego (*District Court*) musi uznać, że sprawa w której będzie orzekał nie jest „poważna” w rozumieniu art. 38 irlandzkiej ustawy zasadniczej,
- Oskarżony został pouczone o przysługującym mu prawie do bycia sądzonym przez ławę przysięgłych, nie sprzeciwia się jednak, że postępowanie będzie toczyło się przed sądem okręgowym. Tym samym wyraża zgodę, by jego sprawa była rozstrzygana bez udziału ławy przysięgłych.

Spostrzeżenia z praktyki eksperckiej dowodzą, że procedura ta wygląda następująco. Po zasięgnięciu opinii Szefa Prokuratury oraz wysłuchania opinii funkcjonariusza Policji (*Garda Síochána*), sędzia sądu rejonowego rozważa wysokość kary, którą należy w danym przypadku wymierzyć. W razie uznania, iż powinna być ona wyższa niż 12 miesięcy pozbawiania wolności (lub 24 w przypadku zbiegu przestępstw) lub grzywny powyżej 1270 euro, sprawę przekazuje się do sądu wyższego rzędu. Nieodzowną przesłanką takiej koncepcji wymiaru sprawiedliwości jest zatem konieczność przewidywania przez składy orzekające możliwych do wymierzenia kar i decydowanie na tej podstawie o właściwości rzeczowej składów orzekających. Następnym argumentem wpływającym na decyzję o ewentualnym przekazaniu sprawy jest jej waga lub złożoność. W przypadku, gdy sąd rejonowy uzna się za organ właściwy w sprawie o przestępstwo podlegające oskarżeniu publicznemu kolejny ruch należy do oskarżonego. Niezależnie od powyższego przysługuje mu bowiem prawo do wyboru sądu okręgowego. Realizm podpowiada jednak, że z punktu widzenia oskarżonego korzystniejsze jest, by sprawa była rozstrzygana przez sąd rejonowy, albowiem wymiar kary, który może być zasądzony, jest niższy niż w przypadku sądu okręgowego¹⁹.

Ostatnia systematyzacja czynów przestępnych sprowadza się do podziału ich na tzw. poważne przestępstwa (*serious crime*) i niegroźne przestępstwa (*non-serious crime*) Została ona wprowadzona do irlandzkiego prawa karnego po referendum w sprawie poręczeń majątkowych w 1996 r. Na jego podstawie uchwalona została ustawa o poręczeniach (*The Bail Act 1997*). Na mocy art. 1. 1 wzmiankowanego aktu normatyw-

¹⁹ Zob. szerzej: Section 5 of the Criminal Justice Act 1951 (as amended by s. 12(1) of the Criminal Justice Act 1984).

nego możliwe jest wydanie przez sąd odmowy zwolnienia sprawcy za kaucją, w przypadku gdy dopuścił się on groźnego przestępstwa²⁰. Ustawodawca definiuje je jako jeden z wymienionych w złączniku bezprawnych zachowań, za które grozi kara 5 lat pozbawienia wolności lub kara surowsza.

5. Podział przestępstw w polskim prawie karnym

W Konstytucji RP w odróżnieniu od irlandzkiej, problematyka zdrady Ojczyzny nie została uwzględniona. Nie jest ona także traktowana jako odrębny typ czynu zabronionego. Jednak ustawodawca w rozdziale XVII zatytułowanym Przeszypstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej Kodeksu karnego penalizuje i surowo karze wszystkie czyny zmierzające do zmiany panującego w kraju ustroju na drodze pozakonstytucyjnej. Odpowiedzialności karnej podlega także naruszenie niepodzielności terytorialnej kraju²¹.

Odmienne jest też rozumiane karnoprawne pojęcie zbrodni. W większym również stopniu utożsamiane jest z przestępstwami zagrożonymi aresztem bez nakazu (*arrestable offences*). Zgodnie z wywodzącym się z prawa francuskiego trójdzielny podział czynów karalnych, polski ustawodawca wyróżnia zbrodnie, występki i wykroczenia. Dystynkcja między dwoma pierwszymi rodzajami czynów sprowadza się do różnicowania wysokości zagrożenia karą. Jego celem zaś jest podkreślenie stosunku ustawodawcy do „abstrakcyjnego stopnia karygodności poszczególnych kategorii czynów zabronionych pod groźbą kary oraz do wartości

²⁰ Na mocy art. 1. 1 wzmiankowanego aktu normatywnego możliwe jest wydanie przez sąd odmowy zwolnienia sprawcy za kaucją, o ile istnieje ryzyko, że podczas przebywania na wolności popełni on podobny czyn. Zgodnie z jej treścią pod pojęciem kaucji (*bail*) należy rozumieć uiszczenie określonej przez sąd sumy pieniężnej i zwolnienie w jej następstwie osoby przebywającej w warunkach izolacyjnych w trakcie oczekiwania na proces lub rozpoznanie apelacji od wyroku skazującego. Zob. *The Bail Act 1997 Number 16 of 1997 Irish Statute Book*.

²¹ Do kategorii przestępstw skierowanych przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej ustawodawca zalicza następujące ich rodzaje: zdrada główna (zbrodnia stanu), zamach stanu, zdrada dyplomatyczna i szpiegostwo, gwałtowny zamach na organy konstytucyjne państwa (art. 128 k.k.), zamach na życie i czynna napaść na Prezydenta RP (art. 134–135 k.k.), znieważenie Narodu i Państwa Polskiego (art. 133 k.k.) oraz zamach na głowę innego państwa lub przedstawiciela dyplomatycznego i konsularnego, a także znieważenie państwowych symboli własnych, jak i państw obcych, przy zachowaniu jednak warunku ekwiwalencji. Zob. J. Sobczak, Recenzja książki Stanisława Hoca, *Pismo Adwokatury Polskiej Palestra*, nr 11–12, s. 123.

dóbr chronionych”²². To na tej podstawie do kategorii pierwszej zalicza się te czyny, które są zagrożone karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat trzech lub karą surowszą²³. Dolna granica zagrożenia ustawowego irlandzkich przestępstw bez nakazu jest jednak wyższa od polskich ustawowych sankcji przewidzianych za popełnienie zbrodni.

Inaczej też przedstawia się kwestia poczytalności sprawcy. Ustawodawca krajowy bowiem jedynie w części ogólnej Kodeksu karnego określa cechy podmiotu przestępstwa. Zgodnie z treścią art. 31 § 1 k.k. osoba dotknięta zaburzeniami psychicznymi, nie popełnia przestępstwa lecz jedynie czyn zabroniony. Nie można jej bowiem zarzucić winy, rozumianej jako możliwość rozpoznania znaczenia swego czynu lub też pokierowania swym postępowaniem. To z kolei umożliwia umorzenie postępowania lub zastosowania wobec sprawcy środków zabezpieczających²⁴.

W Polsce analogicznie jak w Irlandii istnieje kategoria występków, które odróżnia od zbrodni zarówno niższy wymiar kary, jak i niższy stopień społecznej szkodliwości czynu. W konsekwencji za występki uznaje się czyn zabroniony i zagrożony karą grzywny powyżej 30 stawek dziennych, karą ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności przekraczającą miesiąc²⁵.

Odmienny jest jednak model regulacji dotyczący wykroczeń. W Irlandii zaliczane są one do kategorii przestępstw o randze występków i zagrożone karą kryminalną pozbawienia wolności, grzywny, czy też obowiązku naprawienia szkody. Zasady odpowiedzialności za ich popełnienie wynikają więc z ustawy karnej, a do rozpoznawania spraw tej kategorii za właściwe uznaje się sądy najniższego szczebla (*District courts*). One też stosują procedurę uproszczoną do ich rozstrzygnięcia. *Eo ipso* irlandzkie wykroczenia to czyny *de facto* tożsame z przestępstwami, z uwagi na zagrożenie karą i wspólną im cechą społecznego niebezpieczeństwa²⁶.

W Polsce natomiast wykroczenia mają charakter odrębny i zaliczane są do trzeciej kategorii czynów karalnych. Z tego też powodu są one umieszczone w osobnym akcie prawnym zatytułowanym Kodeks wykro-

²² Cyt. za: M. Małecki, Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary, (w:) W. Wróbel, Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015, s. 283.

²³ Art. 7 k.k.

²⁴ Art. 324 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 2017.1904 z późn. zm.)

²⁵ Art. 7 § 3 kk.

²⁶ Osobną kategorię stanowią jeszcze delikty administracyjne (*administrative tort*), jednak z określone ramy opracowania sprawiają, że autorka odstępkuje od ich omawiania. Zob. szerzej: E. F a h e y, Irish Tort Legislation, Dublin 2015, *passim*.

czeń²⁷. Podstawowym elementem wyróżniającym jest fakt, że wykroczenia nie wiążą się zazwyczaj „z potępieniem moralnym, charakterystycznym dla większości przestępstw”²⁸. Inna sprawa, że do kategorii tej często zaliczane są takie same czyny kryminalne jak wymienione w ustawie karnej, lecz z uwagi na niższą wartość przedmiotu czynu bądź wysokości wyrządzonej lub grożącej szkody są wykroczeniami, a nie przestępstwami. Niezależnie od tego, w polskich ustawach szczególnych jak i w Kodeksie wykroczeń istnieje cała gama zachowań, których charakter sprowadza się jedynie do „naruszeń przepisów porządkowych, co do których z powodzeniem mogłyby stosować represję organy administracyjne”²⁹.

Pewne podobieństwo dotyczy natomiast istnienia przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, czyli zazwyczaj w sposób bezwnioskowy³⁰. Na kanwie tych rozważań wskazać jednak należy, że wyodrębnienie w polskim systemie prawnym tzw. przestępstw publicznoskargowych jest konsekwencją uwzględnienia i zabezpieczenia interesów pokrzywdzonego w procesie karnym. Dalszym następstwem tego stanu jest z kolei obowiązywanie dychotomicznego podziału czynów karalnych ze względu na tryb ścigania. Na tej podstawie poza ww. można także wyróżnić przestępstwa ściągane z oskarżenia prywatnego, których charakterystyczną cechą jest to, że nie godzą co do zasady w interes publiczny, lecz w interes prywatny pokrzywdzonego. W rezultacie to on, nie zaś Prokurator czy Policja, jest podmiotem zainteresowanym ściganiem sprawcy Są to przy tym czyny o niskim stopniu szkodliwości społecznej i zagrożone relatywnie niewielką, bo wynoszącą do dwóch lat, karą pozbawienia wolności.

W Polsce brak jest ekwiwalentu instytucjonalnego w postaci dosłownie wyrażonego podziału na przestępstwa „groźne” i „niegroźne”. Dla porządku warto dodać, że w opinii Autorki sformułowanie „niegroźne przestępstwa” należy uznać w najlepszym wypadku za daleki od doskonałości oksymoron i paradoks zarazem. Z przytoczonej przez irlandzkiego

²⁷ Zob. ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2018 r., poz. 618 z późn. zm.).

²⁸ Cyt. za: L. Gardocki, Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstwa w polskim prawie karnym, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” Lublin – Polonia, Vol LX, 2 Sectio G 2013, s. 32.

²⁹ Cyt. za: R. A Stefański, Odpowiedzialność administracyjna czy karna *sensu largo?*, (w:) M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vacher, Węzłowe problemy prawa wykroczeń. Czy potrzebna jest reforma? Warszawa 2016, s. 10 i n.

³⁰ Wymóg złożenia wniosku o podjęcie ścigania ma charakter incydentalny i wynika zazwyczaj z istnienia określonego stosunku osobistego między pokrzywdzonym a sprawcą. Przyjąć on może formę relacji pokrewieństwa, powinowactwa czy też więzi faktycznej wynikającej ze wspólnego pożycia.

ustawodawcę definicji legalnej jednoznacznie wynika, że warunkiem koniecznym do uznania czynu za przestępny jest, by godził on w interesy całej społeczności. To zaś *de facto* wyklucza ową „niegroźność”.

Niezależnie od powyższego podobny status normatywny posiada jednak wspomniany już „polski” podział na zbrodnie i występki. Z kolei poręczenie majątkowe jest jednym z wielu nieizolacyjnych środków zapobiegawczych, które sąd lub prokurator stosuje w celu zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania karnego, uniemożliwienia podejrzanemu lub oskarżonemu manipulowania jego przebiegiem czy też zapobieżeniu ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego. Ustawodawca polski nie wskazuje, w jakich warunkach nie może być zastosowane poręczenie majątkowe, pozostawiając to sądowni. Innymi słowy ranga przestępczego zamachu czy też istotność naruszonych dóbr prawnych nie ma w Polsce wpływu na sędziowskie prawo orzeczenia przewidzianych w ustawie środków zapobiegawczych.

6. Podsumowanie

Polski Kodeks karny jest głównym, choć nie jedynym źródłem przepisów prawnokarnych. Zgodnie z techniką kondensacji i rozczłonkowania tekstu prawnego, można w jego ramach wyróżnić tzw. część ogólną i szczególną³¹. W tej pierwszej określone są m.in. zakres podmiotowy i przedmiotowy przestępstwa, zasady i warunki odpowiedzialności karnej, zasady wymiaru kar, środków karnych, kompensacyjnych i przepadku, wyłączenie odpowiedzialności karnej etc. Z kolei w części szczególnej zawarte jest całościowe i względnie wyczerpujące unormowanie „zasadniczych zrębów norm sankcjonowanych, sankcjonujących i kompetencyjnych”³².

W Irlandii z uwagi na inną tradycję praktyki i stylu prawodawstwa brak jest analogicznego aktu normatywnego. Istniejące typy czynów zabronionych są rozproszone i wyszczególnione w odpowiednikach polskich dzienników ustaw, czyli tzw. statutach (*Irish Statute Books*). W każdym z nich uwzględnione są też odrębne przepisy zawężające i wyjaśniające. Brak systematyzacji irlandzkiego ustawodawstwa w postaci kodyfikacji rodzi poważne problemy interpretacyjne, a niekiedy i zarzut, że nie jest realizowany postulat przyzwoitej legislacji. Stanowisko to, choć niepo-

³¹ W ramach polskiego Kodeksu karnego wyróżnia się także część wojskową, jednak zgodnie ze wstępnym założeniem odnoszenie się do tego zagadnienia nie mieści się w ramach niniejszego opracowania

³² Cyt. za: M. Dąbrowska-Kardas, Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, Warszawa 2012, s. 74.

zbawione pewnych racji, nie wydaje się jednak słuszne. Obowiązujący w Irlandii system prawa jest bowiem hierarchiczny, niesprzeczny oraz spójny aksjologicznie. Jest przy tym uzgodniony, szczegółowy i stabilny, czyli zgodny z postulatami czy też zasadami kodyfikacyjnymi obowiązującymi w państwach demokratycznych. Niezależnie od powyższego, za jego poważną słabość należy uznać przyjętą technikę formułowania tekstu prawnego. Odzwierciedleniem tego stanu rzeczy jest trudność z jego odczytaniem oraz negatywny wpływ na rangę ustaw w świadomości osób je interpretujących oraz stosujących.

Irlandzki ustawodawca jest mniej rygorystyczny niż polski, toleruje przy tym istnienie w systemie prawa wielu niedopowiedzeń, które następnie są prostowane przez judykaturę. Z definicji karnoprawnej przestępstwa wynika, że warunkiem *sine equa non* jego popełnienia jest zamiar sprawcy oraz świadomość, że czyn ten jest objęty zakresem kryminalizacji i penalizacji. I choć w praktyce nie oznacza to, że działania lub zaniechania jednostki mogą być w pełni usprawiedliwione niewiedzą to jednak ustawodawca przyjął rozwiązanie kompromisowe. Dostrzegając złożoność norm prawnych zobowiązuje on do znajomości tych regulacji, które pokrywają się z wymaganiami stawianymi przez powszechnie obowiązujące systemy norm i wartości. Truizmem jest stwierdzenie, że do kategorii tej należy wiedza o penalizacji zabójstwa czy przywłaszczeniu cudzego mienia. W Polsce natomiast każdy jest zobowiązany do zaznajomienia się z obowiązującymi normami prawnymi, zaś możliwość zasłaniania się nieznajomością prawa ma charakter jednostkowy. Bardziej też rozbudowany jest system restrykcji i środków reakcji karnej, bo obejmuje także przestępstwa nieumyślne.

Następną kwestią stanowiącą o różnicach systemowych pomiędzy polskim a irlandzkim prawem karnym materialnym jest klasyfikacja przestępstw. W Polsce do najczęściej wymienianych kryteriów należą: 1) waga przestępstw: (zbrodnie i występki), 2) występowanie w opisie ustawowych znamion skutku (formalne i materialne lub też skutkowe czy też bezskutkowe), 3) szkoda lub niebezpieczeństwo dla dobra chronionego; (dobro prawne zostaje naruszone, dobro prawne narażone jest na konkretne niebezpieczeństwo, dobro prawne zostaje narażone na niebezpieczeństwo w sposób abstrakcyjny), 4) rodzaj zachowania (działanie czy zaniechanie), 5) forma winy (umyślne i nieumyślne) 6) tryb ścigania (ścigane z oskarżenia publicznego, ścigane z oskarżenia prywatnego), 7) cechy sprawcy (indywidualne i powszechne)³³.

³³ Przytoczone za: L. Gardocki, Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstw..., s. 34.

Irlandzki system klasyfikacji przestępstw jest mocno rozbudowany i nieostry. Niektóre z omawianych typologii pojawiają się w Konstytucji, inne w ustawach zwykłych, a jeszcze inne w judykatach sądów powszechnych. Ich zakresy definicyjne często pokrywają się ze sobą, a to z kolei może zdaniem autorki być źródłem problemów jurysdykcyjnych i rozbieżności wykładniczych sądów *meritii*. Wielość i niejednoznaczność definicji nie oznacza braku pewnej wspólnej płaszczyzny teoretycznej. Podstawą do jej wyodrębnienia jest 1) waga przestępstwa: zdrady (*treason*), przestępstwa podlegające oskarżeniu publicznemu (*indictable offences*), występki (*non-fatal offences*), niegroźne przestępstwa (*non-serious crime*), 2) system środków reakcji karnej: przestępstwa zagrożone odmową zwolnienia sprawcy za kaucją (*serious crime*), przestępstwa zagrożone aresztem bez nakazu (*arrestable offences*), 3) tryb ścigania: rozstrzygane przez sądy rejonowe (*District court*) w ramach procedury uproszczonej i przyspieszonej (*summary jurisdiction*), rozstrzygane przez okręgowe sądy karne (*Circuit Criminal Court*) lub Centralny Sąd Karny (*Central Criminal Court*). Wyrok zaś wydawany jest przez sędziego zawodowego i ławę przysięgłych. Dla porządku warto dodać, że irlandzkie regulacje dotyczące trybu ścigania przestępstw są pod wieloma względami zbieżne z polskimi rozwiązaniami karnoprosesowymi dotyczącymi postępowania przyspieszonego oraz właściwości rzeczowej i funkcjonalnej sądów. Zakreślone ramy opracowania sprawiają jednak, że omówienie tych zagadnień *in extenso* nie jest możliwe. Niezależnie od powyższego podział na przestępstwa poważne i niepoważne oraz zbrodnie i występki wskazuje na stopień karygodności czynu oraz rangę dóbr chronionych przez prawo, zaś o przynależności do określonej kategorii decyduje zagrożenie karą przez ustawę.

Ustawodawstwo irlandzkie i polskie odmiennie reguluje zakres wykroczeń. W ramach pierwszego modelu nie stanowią one jednolitej kategorii czynów, można bowiem wśród nich wyróżnić, te które mają charakter drobnego oraz niedrobnego. W obu przypadkach należą one jednak do kategorii przestępstw o niskim poziomie bezprawia i zasługujących na łagodniejszą sankcję.

W Polsce z kolei prawo wykroczeń stanowi przykład osobnej dziedziny regulacji normatywnej, wyłączonej spod reżimu odpowiedzialności karnej. I choć w obu krajach sprawy o wykroczenie są wyłączone spod kognicji sądów okręgowych, to jednak przewidziany przez irlandzkiego ustawodawcę model odpowiedzialności za wykroczenia wydaje się w większym stopniu ingerować w swobody i wolności obywatelskie. Może być tu bowiem orzekana kara nawet do dwóch lat pozbawienia wolno-

ści, a w Polsce tylko kara aresztu w wysokości do jednego miesiąca. Jednocześnie zarówno w Polsce, jak i w Irlandii poza przestępstwami istnieją jeszcze delikty administracyjne, które nie wchodzą w zakres ustawodawstwa karnego, lecz są całkowicie podporządkowane prawu administracyjnemu.

Reasumując, pierwszoplanowym celem przedstawianej publikacji było udowodnienie, że przyjęcie określonej techniki formułowania tekstu prawnego ma fundamentalne znaczenie dla sposobu rozumienia, a zarazem i przestrzegania norm prawa pozytywnego. Trawestując znany pogląd S. Grzybowskiego, można zatem przyjąć, że skodyfikowane akty normatywne są najpełniejszym wyrazem panowania prawa stanowionego i najdoskonalszym normatywnym kształtowaniem jego struktury³⁴.

Bibliografia

Orzecznictwo

- 1) Kingsmail Moore w sprawie Melling v Ó Mathghamhna (1962) IR 1,
- 2) Conroy v Attorney General (1965) IR 411,
- 3) Mallon v Minister for Agriculture, Food and Forestry (1996) 1 IR 517,
- 4) O'Sullivan v. Hartnett (1983) ILRM 79.

Akty normatywne

- 1) The Bail Act, 1997, Number 16 of 1997 Irish Statue Book,
- 2) Children First Act, 2015, Number 36 of 2015 Irish Statue Book,
- 3) The Criminal Procedure Act, 1967, Number 12 of 1967 Irish Statue Book,
- 4) The Criminal Justice (Public Order) Act, 1994, Number 2 of 1994 Irish Statue Book,
- 5) The Criminal Justice Act, 1951 (as amended by s. 12(1) of the Criminal Justice Act, 1984),
- 6) The Criminal Justice (Theft and Fraud Offences) Act, 2001, Number 50 of 2001 Irish Statue Book,
- 7) The Criminal Law (Rape) Amendment Act, 1990, Number 32 of 1990 Irish Statue Book,

³⁴ Zdaniem S. Grzybowskiego – „akty kodyfikacyjne są najwszechstronniejszym i najwyższym formalnym wyrazem panowania prawa stanowionego”. Cyt. za: S. Grzybowski, Dzieje prawa. Opowieść, refleksje, rozważania, Wrocław 1981, s. 167.

- 8) The Criminal Law (Sexual Offences) Act, 2017, Number 2 of 2017 Irish Statue Book,
- 9) The Criminal Justice (Money Laundering and Terrorist Financing) Act, 2010, Number of 6 of 2010 Irish Statue Book,
- 10) The Larceny Act, 1916,
- 11) The Non-fatal Offences Against the Person Act, 1997, Number 26 of 1997 Irish Statue Book,
- 12) The Offences Against the State Acts, 1939, Number 13 o of 1939 Irish Statue Book,
- 13) The Road Traffic Act, 1961, Number 24 of 1961 Irish Statue Book,
- 14) The Treason Act, 1939, Number 10 of 1939 Irish Statue Book,
- 15) Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz. U. 2018 r., poz. 618 z późn. zm.),
- 16) Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. 2017 r., poz. 2204 z późn. zm.),
- 17) Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2017 r., poz. 1904 z późn. zm.).

Wydawnictwa monograficzne i artykuły naukowe

- 1) Dąbrowska-Kardas M., Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej Kodeksu karnego, Warszawa 2012,
- 2) Fahey E, Irish Tort Legislation, Dublin 2015,
- 3) Gardocki L., Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstwa w polskim prawie karnym, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” Lublin – Polonia, Vol LX, 2 Sectio G 2013,
- 4) Jankowska, Irlandzka neutralność w czasie II wojny światowej, Przegląd Historyczno-Wojskowy 14(65)/3(245),
 1. Jankowska-Prochot, Ewolucja instrumentów prawnych ochrony wiarygodności dokumentów w systemie *common law* na przykładzie Irlandii zależnej i niepodległej, Czasopismo Prawno-Historyczne, vol. 70 (nr 1) 2017,
- 5) Małecki M., Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary (w): W. Wróbel, Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, Kraków 2015,
- 6) Sobczak J., Recenzja książki Stanisława Hoca, Pismo Adwokatury Polskiej Palestra, 11–12,
- 7) Stefański R. A, Odpowiedzialność administracyjna czy karna *sensu largo*?, (w:) M. Kolendowska-Matejczuk, V. Vacher, Węzłowe problemy prawa wykroczeń. Czy potrzebna jest reforma?, Warszawa 2016.

Raporty

- 1) The Law Reform Commission. Consultation Paper on Penalties for Minor Offences (LRC-CP18-2002). Ireland, ISSN 1393-3140.

Definition and classification of an offence in Polish and Irish criminal laws

Abstract

This study compares two separate forms of systematization of legislation, i.e. systematic incorporation and codification. To that end, it collates current criminal laws in force in Poland and in Ireland, comparing both definitions of an offence, and offence classification.

Mariusz Kaszowicz¹

Przypadki „nagłej śmierci” w sprawach umorzonych z art. 151 k.k. i art. 155 k.k.²

Streszczenie

Przedmiotem i celem artykułu jest próba przybliżenia i wyjaśnienia powodów odstępowania przez prokuratorów jednej z prokuratur rejonowych od zarządzania przeprowadzania sądowo-lekarskich sekcji zwłok, których rezultat przyczynił się do procesowego ustalania powodów śmierci, w sprawach umorzonych, dotyczących przypadków kwalifikowanych z art. 151 k.k. i art. 155 k.k. w kontekście scharakteryzowania i usystematyzowania aktualnie posiadanej wiedzy w przedmiocie zdarzeń kryminalnych polegających na ujawnianiu zgonów kwalifikowanych jako przypadki nagłej śmierci, pod kątem właściwej kwalifikacji prawnej zdarzenia, jak też ustalenia liczby i powodów odstępień przez prokuratorów od zarządzania sekcji zwłok, na podstawie badania akt wybranych postępowań przygotowawczych.

W opracowaniu przybliżono czytelnikowi pojęcie śmierci, w tym znanioną tzw. „nagłej śmierci” w rozumieniu polskiego prawodawstwa, a także omówiono przestępstwa namowy do samobójstwa i nieumyślnego spowodowania śmierci. Scharakteryzowano oraz przedstawiono instytucję sądowo-lekarskiej sekcji zwłok.

W artykule przedstawiono wyniki badań 29 akt spraw prokuratorskich prowadzonych przez prokuratorów jednej z prokuratur rejonowych o czyny z art. 151 k.k. i art. 155 k.k. Podstawowym kryterium doboru akt do badań była kwalifikacja prawna zdarzenia, która już na wstępie wskazywała, iż akta śledztw dotyczyć będą przypadków tzw. „nagłej śmierci” oraz w ramach prowadzonych czynności procesowych pojawi się konieczność wydania decyzji o zarządzeniu lub też odstąpieniu od przeprowadzenia sądowo-lekarskich sekcji zwłok.

¹ Mgr prawa, doktorant na Wydziale Prawa Uniwersytetu Humanistycznospołecznego SWPS w Warszawie, policjant.

² Akta postępowań przygotowawczych na podstawie, których opracowano niniejszy artykuł, zostały wybrane losowo, spośród spraw prowadzonych w jednej z prokuratur rejonowych.

Na podstawie przeprowadzonych badań podjęto próbę odpowiedzi na przedstawiony problem badawczy.

Wstęp

Przedmiotem i celem opracowania jest próba przybliżenia i wyjaśnienia powodów odstępowania przez prokuratorów jednej z prokuratur rejonowych od zarządzania przeprowadzania sądowo-lekarskich sekcji zwłok, których rezultat przyczynił się do procesowego ustalania powodów śmierci, w sprawach umorzonych, dotyczących przypadków kwalifikowanych z art. 151 k.k. i art. 155 k.k., w kontekście scharakteryzowania i usystematyzowania aktualnie posiadanej wiedzy w przedmiocie zdarzeń kryminalnych polegających na ujawnianiu zgonów kwalifikowanych jako przypadki nagłej śmierci, pod kątem właściwej kwalifikacji prawnej zdarzenia, jak też ustalenia liczby i powodów odstępień od zarządzania sekcji zwłok, na podstawie badania akt wybranych postępowań przygotowawczych.

Pojęcie śmierci w polskim prawodawstwie

Śmiercią w potocznym rozumieniu tego słowa jest stan, w którym następuje ustanie oznak życia człowieka. Z biologicznego punktu widzenia jest to proces prowadzący do ustania wszelkich funkcji życiowych organizmu w wyniku nieodwracalnego zahamowania relacji biologicznych w jego komórkach³. Jest on rozciągnięty w czasie, składający się z kilku etapów:

- agonii: okresu poprzedzającego ustanie funkcji życiowych organizmu,
- śmierci klinicznej (zwanej śmiercią pozorną): stanu, gdzie następuje zanik widocznych oznak życia, w tym zatrzymanie pracy serca i oddechu, przy czym nadal funkcjonuje i aktywny jest mózg,
- śmierci mózgowej: polegającą na trwałym i nieodwracalnym ustaniu funkcji pnia mózgu,
- śmierci osobniczej: polegającej na całkowitym i nieodwracalnym ustaniu wszystkich czynności życiowych ustroju⁴.

Z medycznego punktu widzenia to kres życia człowieka wskutek definitywnego i nieodwracalnego ustania pracy podstawowych dla integralności organizmu narządów i tkanek⁵.

³ J. Wojnowski (red.), *Wielka Encyklopedia PWN* 27, Warszawa 2005, s. 11.

⁴ J. K o m e n d e r (red.), *Wielki słownik medyczny*, Warszawa 1996, s. 1309.

⁵ J. Wojnowski (red.), *Wielka Encyklopedia PWN* 27, Warszawa 2005, s. 11.

W związku z tym, że śmierć jest procesem rozciągniętym w czasie (zdysocjowanym), w wyniku którego zatrzymaniu ulegają czynności fizjologiczne człowieka, a więc krążenie krwi i oddychanie, natomiast proces dezintegracji obejmuje tkanki i układy organów w różnym czasie⁶, do połowy lat pięćdziesiątych XX wieku funkcjonował paradygmat warunku śmierci związany wyłącznie z jej krążeniowymi symptomami. Śmierć człowieka stwierdzano w chwili, gdy jego serce przestało bić i nie podejmowało akcji oddechowej. Jednakże postęp nauk medycznych spowodował to, że po zatrzymaniu krążenia i akcji oddechowej, czyli wystąpieniu symptomów tzw. śmierci klinicznej, w wyniku prawidłowo prowadzonej akcji resuscytacyjnej, funkcje te można było przywrócić.

Zmiana w zakresie określania kryterium śmierci klinicznej człowieka, jako kresu jego życia nastąpiła w chwili ogłoszenia raportu komisji nadzwyczajnej Wydziału Medycznego Uniwersytetu Harvarda do zbadania definicji śmierci mózgowej z 1968 r.⁷ W dokumencie tym śmierć mózgu została określona jako medyczne kryterium śmierci człowieka. Powyższe zostało uściślone w 1981 r. wytycznymi zawartymi w ustawie o jednolitym sposobie rozpoznawania śmierci (*Uniform Determination Death Act*), które precyzowały, że dopiero po utracie przez pień mózgu zdolności pełnienia funkcji integracyjnych poszczególne systemy żywych organów nie tworzą już żyjącego organizmu jako całości⁸. Mózg jest organem odpowiedzialnym za funkcjonowanie człowieka jako całego organizmu. Wobec faktu, że śmierć to zdysocjowane zjawisko powodujące dezintegrację ustroju jako całości funkcjonalnej, śmierć pnia mózgu powoduje nieodwracalną śmierć człowieka.

W Polsce przesłanka śmierci pnia mózgu, jako warunkująca śmierć człowieka została przytoczona w komunikacie Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej w sprawie wytycznych Krajowych Zespołów Specjalistycznych odnośnie do kryteriów śmierci mózgu z dnia 1 lipca 1984 r. (Dz. Urz. Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej Nr 6, poz. 48). Zawierały one 10 punktów opisujących oznaki śmierci mózgowej. Wytyczne te nie miały jednak mocy normy prawnej, wyrażały wyłącznie przekonania naukowe. Definicja śmierci człowieka wskazująca kryterium ustania czynności pnia mózgu została określona w pierwszej polskiej regulacji dotyczącej zagadnienia transplantacji, a mianowicie w ustawie z dnia

⁶ W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1957, s. 74.

⁷ A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death; *The Journal of the American Medical Association* 1968, vol. 205, nr 6, s. 85–88.

⁸ M. Nowacka, *Etyka a transplantacje*, Warszawa 2003, s. 80.

26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 138, poz. 682 ze zm.). Szczegółowe kryteria stwierdzenia śmierci mózgowej zostały opracowane i opublikowane w komunikacie zespołu specjalistów powołanych przez Ministra Zdrowia i Opieki Społecznej z dnia 29 października 1996 r. o wytycznych w sprawie kryteriów stwierdzenia trwałego i nieodwracalnego ustania funkcji pnia mózgu (Dz. Urz. Ministerstwa Zdrowia i Opieki Społecznej Nr 13, poz. 36). Powyższe zasady zostały zmodyfikowane w Obwieszczeniu Ministra Zdrowia z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (M. P. z 2007 r., Nr 46, poz. 547). Należy również wspomnieć, że Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 9 sierpnia 2010 r. w sprawie kryteriów i sposobu stwierdzenia nieodwracalnego zatrzymania krążenia (M. P. z 2010 r., Nr 59, poz. 784) wskazuje przesłankę stwierdzenia śmierci w przypadku nieodwracalnego zatrzymania krążenia, jako właściwą w celach transplantacji organów ludzkich.

Z uwagi na powagę problemu, jakim jest śmierć człowieka arcyważnym z punktu widzenia prawnego jest ustalenie czasu i chwili jej nastąpienia. Art. 9 ust. 1 ustawy z 1 lipca 2005 r. o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2005 r., Nr 169, poz. 1411) jednoznacznie ustala fakt, że moment śmierci człowieka określany jest na podstawie kryterium trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu). Ustęp 2 tego przepisu stanowi, iż: „kryteria i sposób stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu ustalają powołani przez ministra właściwego do spraw zdrowia specjaliści odpowiednich dziedzin medycyny przy uwzględnieniu aktualnej wiedzy medycznej”. W tym miejscu należy nadmienić, że art. 9 ust. 1–5 cytowanej ustawy został uchylony na mocy art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 24 lutego 2017 r. o zmianie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o pobieraniu, przechowywaniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. z 2017 r., poz. 767), która weszła w życie z dniem 27 kwietnia 2017 r.

Ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentystry sankcjonuje fakt, iż to lekarz może stwierdzić zgon na podstawie osobiście wykonanych badań i ustaleń. Ma on możliwość wystawienia karty zgonu na podstawie dokumentacji badania pośmiertnego przeprowadzonego przez innego lekarza lub inną uprawnioną osobę, a także na podstawie dokumentacji stwierdzenia trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu lub nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów. Sposób i kryteria są ustalane zgodnie z aktualną wiedzą me-

dyczną przez specjalistów w odpowiednich dziedzinach medycyny powoływanych i odwoływanych przez ministra zdrowia, który to ogłasza je w formie obwieszczenia.

Śmierć mózgu stwierdza jednomyślnie dwóch lekarzy specjalistów posiadających II stopień specjalizacji lub tytuł specjalisty, w tym jeden specjalista w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii lub neonatologii, a drugi w dziedzinie neurologii, neurologii dziecięcej lub neurochirurgii. Nieodwracalne zatrzymanie krążenia poprzedzające pobranie narządów stwierdza jednomyślnie dwóch lekarzy specjalistów posiadających II stopień specjalizacji lub tytuł specjalisty, w tym jeden specjalista w dziedzinie anestezjologii i intensywnej terapii lub neonatologii, a drugi w dziedzinie medycyny ratunkowej, chorób wewnętrznych, kardiologii, kardiologii dziecięcej lub pediatrii. Stwierdzenie trwałego nieodwracalnego ustania czynności mózgu (śmierci mózgu) lub nieodwracalnego zatrzymania krążenia poprzedzającego pobranie narządów jest równoznaczne ze stwierdzeniem zgonu⁹.

Z pojęciem śmierci człowieka, czy też z definicją śmierci łączy się i jest nierozdzielnie powiązane pojęcie tzw. „nagłej śmierci”. Śmierć nagła to sytuacja, kiedy do zgonu dochodzi natychmiast lub też w bardzo krótkim czasie. Jest to rodzaj śmierci szybkiej, nie poprzedzonej agonią. Kategoria śmierci nagłej zawiera się w pojęciu tzw. „śmierci gwałtownej”. W literaturze pod pojęciem śmierci gwałtownej kryją się również zgony posiadające charakter urazowy, gdzie jako uraz należy rozumieć uraz fizyczny, mechaniczny, chemiczny, termiczny. Z punktu widzenia prawa i medycyny sądowej śmierć gwałtowna może być wynikiem samobójstwa, zabójstwa, bądź też np. nieszczęśliwego wypadku. Większość osób mówiąc o śmierci nagłej ma na myśli śmierć natychmiastową. Przypadki śmierci nagłej obejmują: śmierć natychmiastową, śmierć nagłą, ale nie natychmiastową oraz sytuacje, gdy osobę znajduje się martwą¹⁰. Aby zgon zakwalifikować jako śmierć nagłą podstawową kwestią jest ustalenie przyczyn i czasu, kiedy śmierć nastąpiła. Zgony nagłe i niespodziewane to przede wszystkim przypadki śmierci z przyczyn chorobowych, głównie zgony naturalne, gdzie śmierć przyszła nagle i w sposób nieoczekiwany. W polskim systemie prawa karnego ustawodawca przewidział przepisy regulujące przypadki nagłej śmierci. Polski kodeks karny zna między innymi przestępstwo namowy do samobójstwa – art. 151 k.k. i nieumyślnego spowodowania śmierci –

⁹ [Http://www.dilnet.wroc.pl/informacje-prawne/item/522-nowe-przepisy-prawne-maj-czerwiec-2017-r](http://www.dilnet.wroc.pl/informacje-prawne/item/522-nowe-przepisy-prawne-maj-czerwiec-2017-r) (dostęp w dniu 13 maja 2018 r.).

¹⁰ V. J. Di Maio, D. Di Maio, *Medycyna sądowa*, Wrocław 2003, s. 7.

art. 155 k.k. Swoim zakresem przedmiotowo-podmiotowym zarówno pierwszy jak i drugi wymieniony przepis karny obejmuje przypadki zgonów zaliczanych do kategorii nagłej śmierci. Jednakże, jak już wcześniej wspomniano, aby dokonać właściwej kwalifikacji rodzaju śmierci należy uprzednio ustalić jej czas oraz przyczynę. Również taką sytuację przewidział ustawodawca uwzględniając w ramach procedury karnej art. 209 k.p.k., w którym zdefiniował instytucję oględzin i otwarcia zwłok, czyli sekcji sądowo-lekarskiej, jako narzędzie używane przez organy procesowe do celów wyżej wskazanych.

Charakterystyka czynów stypizowanych w art. 151 k.k. i art. 155 k.k.

Art. 151 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny, którego treść stanowi, że: „Kto namową lub przez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.” (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553) opisuje znamiona czynu zabronionego potocznie zwanego doprowadzeniem do samobójstwa. Występek ten był już wcześniej znany polskiemu ustawodawcy. Przepis to zostało uregulowane w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks Karny (art. 228), jak i w ustawie z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks Karny (Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94), (art. 151). Co ciekawe, brzmienie aktualnie obowiązującego przepisu jest literalnym powtórzeniem treści poprzednich regulacji. Biorąc pod uwagę aspekt historyczno-kulturowy omawianego czynu należy wskazać, że dawne regulacje prawne przewidywały karalność samobójstw niedokonanych, przewidując za to surowe kary, włącznie z karą śmierci, jak i również w przypadku samobójstw dokonanych przewidywały różnego rodzaju formy pośmiertnego potępienia samobójcy (np. powieszenie, spalenie zwłok, unieważnienie testamentu samobójcy, czy też nawet konfiskata jego majątku). We współczesnych regulacjach prawa karnego regułą jest rezygnacja z typizacji targnięcia na własne życie jako czynu zabronionego. Samobójstwo przestało być traktowane jako zbrodnia przeciwko sobie. W kręgu europejskiego prawa karnego ostatecznie karalność usiłowanego samobójstwa zniesiono dopiero w XX w¹¹.

Przedmiotem ochrony czynu stypizowanego w art. 151 k.k. jest życie człowieka. Przedmiotem czynności wykonawczej jest człowiek posiada-

¹¹ R. A. Stefański (red.), Kodeks karny, Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 869.

jący zdolność do właściwego rozpoznania znaczenia powziętego czynu, a także posiadający fizyczną możliwość do podjęcia działań mających na celu jego dokonanie. Doprowadzenie do targnięcia się człowieka na własne życie może nastąpić poprzez namowę lub udzielenie pomocy. Można je popełnić zarówno w formie działania, jak też zaniechania. Pomiedzy namową lub udzieleniem pomocy, a samym aktem targnięcia się na własne życie musi zająć związek przyczynowy, który doprowadzi do przypisania czynności konkretnego, obiektywnego skutku. Występek z art. 151 k.k. jest przestępstwem materialnym, którego dokonanie jest niezależne od zaistnienia skutku śmiertelnego, a zachodzi już z chwilą podjęcia przez pokrzywdzonego działań bezpośrednio zmierzających do samobójstwa¹². Przestępstwo to może zaistnieć w formie usiłowania, w tym usiłowania nieudolnego. Czasownikowe znamię „doprowadza” jest rozumiane w sposób uwzględniający swobodę dysponowania własnym życiem samobójcy. Istota namowy to wywarcie nacisku na sferę intelektualną i uczuciową suicydenta. Do popełnienia tego występku namawiać można w sposób bezpośredni, ale także np. poprzez rozmowę telefoniczną, użycie komunikatora internetowego, listownie, za pomocą poczty elektronicznej. Może to być sugestia, porada, propozycja, prośba, zalecenie. Namowa powinna być wyrażona w sposób jednoznaczny i wyraźny. Pomoc do samobójstwa to w zasadzie każde działanie i zaniechanie, które przez fizyczne bądź psychiczne ułatwienie prowadzi do jego dokonania. Udzielenie pomocy do samobójstwa jest możliwe przed targnięciem się człowieka na swoje życie, jak i w trakcie, aż do momentu wystąpienia skutku śmiertelnego. Popełnienie tego czynu możliwe jest w formie jednosprawstwa, ale również współsprawstwa. Przestępstwo stypizowane w art. 151 k.k. ma charakter powszechny. W przypadku, gdy popełnione jest przez działanie, wówczas może je popełnić każdy, natomiast zaniechania realizującego ustawowe znamiona tego przestępstwa może dopuścić się jedynie ten, na kim ciąży szczególny prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi (art. 2 k.k.); w tym zakresie przestępstwo ma charakter indywidualny¹³. Przestępstwo to można popełnić w zamiarze bezpośrednim w przypadku namowy do targnięcia się na życie i zarazem w zamiarze bezpośrednim i ewentualnym w przypadku udzielenia pomocy. Omawiany przepis jest występkem zagrożonym karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Jest czynem ściganym z urzędu. Poddając analizie czyn z art. 151

¹² Tamże, s. 871.

¹³ M. M o z g a w a, P. B a c h m a t, Przestępstwo doprowadzenia człowieka do targnięcia się na własne życie (art. 151 k.k.) – analiza akt sądowych, Warszawa 2016, s. 71.

k.k. nie sposób nie wspomnieć o liczbie zamachów samobójczych w Polsce zakończonych zgonem, która jest bardzo wysoka. Równie wysoka jest liczba postępowań wszczętych w sprawie o przestępstwo z tego artykułu, gdzie w większości przypadków samobójstw wszczynane jest śledztwo prokuratorskie w tym celu, aby zweryfikować okoliczności stanowiące ustawowe znamiona przestępstwa i ustalić, czy czyn jest wynikiem samoistnej decyzji suicydenta, czy też zaistniał skutek namowy lub przez udzielenie pomocy ze strony innej osoby. Liczba przestępstw stwierdzonych z art. 151 k.k. stanowi ułamek procenta w stosunku do liczby postępowań wszczętych, z których nieliczne trafiają do sądów. Jak pisał w 1990 r. Józef Gurgul, „akty oskarżenia, a tym więcej skazania za przestępstwa z art. 151 k.k. są w praktyce sądowej czymś prawie nieznanym”¹⁴. Omawiane przestępstwo pozostaje w tzw. szarej strefie wykrywalności, co związane jest z dużą trudnością polegającą na udowodnieniu tego typu czynu.

Art. 155 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, którego treść stanowi, że: „Kto nieumyślnie powoduje śmierć człowieka, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5” (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553) opisuje znamiona czynu zabronionego potocznie zwanego nieumyślnym spowodowaniem śmierci. Występek ten także był już wcześniej znany polskiemu ustawodawcy. Przestępstwo to zostało unormowane w Rozporządzeniu Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks Karny (art. 230 § 1), jak i w ustawie z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks Karny (art. 152). Brzmienie aktualnie obowiązującego przepisu jest dosłownym powtórzeniem treści poprzednich regulacji. W stosunku do poprzednio obowiązującej kodyfikacji nastąpiła jedynie nieznaczna zmiana zagrożenia karą polegająca na obniżeniu dolnej jego granicy z 6 do 3 miesięcy kary pozbawienia wolności. Różnice w interpretacji znamion tegoż przestępstwa wynikają z ogólniejszych zmian, jakie objęły ustawową formułę nieumyślności, a które polegają na przesunięciu nieumyślności oraz umyślności z płaszczyzny winy w obszar strony podmiotowej czynu zabronionego¹⁵.

Przedmiotem ochrony czynu stypizowanego w art. 155 k.k. jest życie człowieka. Przedmiotem czynności wykonawczej jest człowiek, a dokładnie jego ciało, w którym zachodzą procesy życiowe. Występek może zaistnieć wyłącznie w formie dokonanej, gdzie efektem czynności sprawczej jest śmierć człowieka. Można je popełnić zarówno w formie działa-

¹⁴ J. Gurgul, Postępowanie przygotowawcze dotyczące samobójstwa (wybrane problemy), Problemy Praworządności 1990, nr 4–5, s. 4.

¹⁵ R. A. S t e f a ń s k i (red.), Kodeks karny, Komentarz, wyd. 2, Warszawa 2015, s. 886.

nia, jak też zaniechania. Koniecznym warunkiem odpowiedzialności karnej z art. 155 k.k. jest ustalenie związku przyczynowego pomiędzy zachowaniem sprawcy czynu, a zaistniałym skutkiem śmiertelnym. Nieumyślny skutek musi być następstwem zachowania, które narusza określone reguły ostrożności. Zachowanie to może być prawnokarnie relewantne, w tym znaczeniu, że sprawca ma zamiar realizacji znamion jakiegoś czynu bezprawnego, choć zamiarem tym nie obejmuje możliwego skutku w postaci śmierci człowieka lub prawnokarnie indyferentne w tym sensie, iż zachodzi brak zamiaru popełnienia czynu zabronionego, a więc zachowanie to w oderwaniu od skutku, pozostaje zachowaniem prawnokarnie neutralnym¹⁶. Poziom ostrożności musi przekraczać poziom przeciętności w konkretnych okolicznościach podmiotowo-przedmiotowych. Istnieje możliwość popełnienia omawianego przestępstwa w warunkach współsprawstwa. Przestępstwo stypizowane w art. 155 k.k. ma charakter powszechny. W formie działania może je popełnić każdy. Natomiast w formie zaniechania jedynie osoba, na której ciążył szczególnie obowiązek polegający na konieczności podjęcia działań mających na celu zapobiegnięcie śmierci człowieka. Taką osobą w rozumieniu przepisów kodeksu karnego jest np. lekarz, który w tym przypadku występuje w charakterze gwaranta bezpieczeństwa pacjenta. Podstawą odpowiedzialności za nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka może być zarazem świadome, jak i też nieświadome naruszenie reguł ostrożności, w sytuacji kiedy sprawca mógł przewidzieć możliwość wystąpienia czy też spowodowania skutku. Omawiany przepis jest występkiem zagrożonym karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Jest czynem ściganym z urzędu. W statystyce przestępczości nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka jest zdarzeniem niemal marginalnym, bowiem roczna liczba stwierdzonych przestępstw tego typu w stosunku do przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu wynosi zaledwie 0,56%. W czasie obowiązywania nowego kodeksu notowano na terenie kraju średnio w stosunku rocznym 175 stwierdzonych przestępstw, 160 ujawnionych podejrzanych oraz 216 skazań. Inną charakterystyczną jego cechą jest okoliczność, że liczebność skazań w postępowaniu sądowym jest znacznie wyższa od liczebności oskarżonych, a także podejrzanych ustalonych w postępowaniu przygotowawczym. Dodatnia dysproporcja skazań jest wynikiem tego, że za ten typ przestępstwa zostają skazane osoby oskarżone

¹⁶ Tamże, s. 888.

o groźniejsze przestępstwa przeciwko życiu (art. 148, art. 156 § 3 i art. 158 § 3 k.k.)¹⁷.

Instytucja otwarcia zwłok w polskiej procedurze karnej

Art. 209 § 1 i 4 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks postępowania karnego, którego treść stanowi, że:

„§ 1 Jeżeli zachodzi podejrzenie przestępnego spowodowania śmierci, przeprowadza się oględziny i otwarcie zwłok.

§ 4 Otwarcia zwłok dokonuje biegły lekarz, w miarę możliwości z zakresu medycyny sądowej, w obecności prokuratora albo sądu. W postępowaniu przed sądem art. 396 § 1 i 4 stosuje się odpowiednio” (Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555),

Procesowo i strukturalnie definiuje sekcję sądowo-lekarską jako badanie przeprowadzane na polecenie prokuratury lub sądu, której głównym celem jest stwierdzenie przyczyny śmierci, ustalenie faktu, czy śmierć osoby pozostaje w związku z działaniem lub zaniechaniem innych osób, ewentualnie czy zgon nastąpił w wyniku samobójstwa.

Procesowe otwarcie zwłok jest sposobem przeprowadzania dowodów z rzeczowych źródeł dowodowych, istotną czynnością procesową służącą do poznania prawdy obiektywnej o badanym zdarzeniu, opartą na podstawach z różnych dziedzin nauki i techniki¹⁸. To prawnie dopuszczalny sposób i metoda uzyskiwania informacji o przestępstwie. Polski system prawa karnego zna dwa rodzaje oględzin zwłok: oględziny zewnętrzne i oględziny wewnętrzne. Zgodnie z art. 209 § 1 k.p.k. zarządza się oględziny i otwarcie zwłok. Wskazuje to, że ewidentnie oddzielono czynność procesową, jaką są oględziny zwłok od ich otwarcia. Połączenie w art. 209 § 1 k.p.k. pojęć „oględziny” oraz „otwarcie zwłok” za pomocą funktora zdaniowego „i” określa, że w przypadku podejrzenia przestępnego spowodowania śmierci obowiązkowe jest zarówno zarządzenie zewnętrznych oględzin zwłok, jak i ich otwarcie. Oględziny i otwarcie zwłok są zawsze czynnościami łącznymi, których celem jest ustalenie przyczyny śmierci. Są one obowiązkowe w razie podejrzenia przestępnego spowodowania śmierci. Wystarczy, że zachodzą okoliczności, które mogłyby wskazywać na udział osób trzecich w zejściu śmiertelnym danej

¹⁷ S. Łagodziński, Przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka (art. 155 k.k.). Rozważania teoretyczne i praktyka ścigania., Prokuratura i Prawo 2014, nr 7–8, s. 71–72.

¹⁸ K. Witkowska, Procesowe, kryminalistyczne i sądowo-lekarskie aspekty oględzin zwłok, Prokuratura i Prawo 2012, nr 6, s. 153.

osoby. Samo podejrzenie przestępnego spowodowania śmierci zobowiązuje organ procesowy do przeprowadzenia oględzin i otwarcia zwłok. Podejrzenie śmierci w wyniku przestępstwa nie musi być uzasadnione, wystarczy, że jest uprawdopodobnione¹⁹. Sądowo-lekarska sekcja zwłok całkowicie różni się od sekcji anatomopatologicznej zwłok. Poza ustaleniem przyczyny zgonu medyk sądowy zobowiązany jest do ustalenia okoliczności zgonu, tożsamości zmarłego – jeżeli nie jest znana, czasu zgonu lub czasu powstania odniesionych obrażeń. Sądowo-lekarska sekcja zwłok nie tylko wymaga przeprowadzenia oględzin ciała według schematu sekcji, lecz także obejmuje inne aspekty – oględziny miejsca znalezienia zwłok, badanie ubrania czy też badania toksykologiczne²⁰. W 1929 r. ukazało się Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości i Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 15 lipca 1929 r. o wykonywaniu oględzin sądowo-lekarskich zwłok ludzkich (Dz. U. Ministra Sprawiedliwości, Nr 14 z dnia 15 lipca 1929 r.). Akt ten normował: cele sekcji zwłok, przypadki zgonów podlegających sekcji, warunki w jakich sekcja powinna być prowadzona, obowiązujące wyposażenie prosekury, inne wymogi formalne i merytoryczne badania. Należy zaznaczyć, że przepisy dotyczące spraw organizacyjnych straciły swoją aktualność, natomiast zapisy dotyczące wymogów formalnych i merytorycznych przy wykonywaniu sądowo – lekarskiej sekcji zwłok są nadal aktualne. Omawiając instytucję procesowego otwarcia zwłok należy również wspomnieć, że w literaturze wskazuje się na sytuacje, gdzie pomimo braku niewątpliwych cech przestępstwa na miejscu ujawnienia zwłok, powinny zostać przeprowadzone oględziny i otwarcie zwłok. Przestankami do zrealizowania takich czynności procesowych są na przykład: zgony osób względnie młodych, brak wiedzy na temat zdrowia osoby zmarłej, informacje o podejrzanych wydarzeniach lub osobach, które miały miejsce w środowisku denata krótko przed jego śmiercią, odkrycie zwłok w miejscach mało odludnych, w przypadku odkrycia zwłok w mieszkaniach, przesadna czystość i porządek. Otwarcie zwłok zarządzane jest postanowieniem o powołaniu biegłego, zasięgnięciu opinii instytucji. Dokumentacja procesowa z sekcji zwłok to protokół oględzin i otwarcia zwłok i protokół sądowo-lekarskich oględzin i sekcji zwłok.

¹⁹ S. Majewska, Udział prokuratora w oględzinach zwłok., *Prokuratura i Prawo* 2013, nr 10, s. 167–168.

²⁰ V. J. DiMaio, D. DiMaio, *Medycyna sądowa*, Wrocław 2003, s. 521.

Praktyka procesowa

W celu wyjaśnienia postawionego na wstępie artykułu problemu badawczego, przeprowadzone zostały szczegółowe badania aktowe spraw umorzonych, dotyczących przypadków kwalifikowanych z art. 151 k.k. i art. 155 k.k. Przedmiotem badań były akta 9 postępowań przygotowawczych w sprawach kwalifikowanych z art. 151 k.k., gdzie czyny zaistniały w okresie od sierpnia 2016 r. do lutego 2017 r. oraz 20 postępowań przygotowawczych w sprawach kwalifikowanych z art. 155 k.k., gdzie czyny zaistniały w okresie od sierpnia 2016 r. do maja 2017 r.

W trakcie analizy akt postępowań przygotowawczych, które dotyczyły czynów zakwalifikowanych z art. 151 k.k. (zgonów ujawnionych w wyniku: powieszeń, podcięć żył, wtargnięć pod koła metra, otruc i upadków z wysokości) ustalono, że:

- wezwany na miejsce, celem stwierdzenia zgonu, lekarz z Wojewódzkiej Stacji Pogotowania Ratunkowego i Transportu Sanitarnego w karcie medycznych czynności lekarza w 5 przypadkach stwierdził zgon w wyniku samobójstwa, w 4 przypadkach nie określił przyczyny śmierci, a w 1 przypadku nie określając przyczyny śmierci odnotował fakt, iż zgon nastąpił bez udziału osób trzecich,
- w 6 przypadkach samobójstwo popełnili mężczyźni, w 3 przypadkach kobiety, suycydenci byli w wieku od 23 do 93 lat, 5 z nich leczyło się psychiatrycznie, 2 osoby w związku z zaawansowanym wiekiem borykały się z problemami zdrowotnymi, 1 osoba nadużywała alkoholu, 3 uprzednio podejmowały próby samobójcze, 1 osoba groziła popełnieniem samobójstwa, 2 osoby pozostawiły list pożegnalny,
- w badanych sprawach w 5 przypadkach prokurator osobiście przeprowadził oględziny miejsca ujawnienia zwłok i sporządził protokół zewnętrznych oględzin zwłok na miejscu ich znalezienia, w pozostałych przypadkach czynności prowadziła samodzielnie Policja,
- w 6 przypadkach, w celu stwierdzenia na podstawie oględzin zewnętrznych i wewnętrznych zwłok przyczyn śmierci, prokurator powołał biegłego lekarza medycyny sądowej lub zasięgnął opinii instytucji Zakładu Medycyny Sądowej Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, w 3 przypadkach odstąpił od zarządzenia sekcji zwłok,
- w 6 przypadkach prokurator wszczął śledztwo z art. 151 k.k., w 3 przypadkach umorzył śledztwo po przeprowadzeniu czynności procesowych w trybie art. 308 § 1 k.p.k. (umorzenie przed wszczęciem) na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. wobec niepopelnienia czynu zabronionego, w pozostałych przypadkach 1 postępowanie zostało

umorzone na zasadzie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. wobec stwierdzenia, iż czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego, a 5 wobec niepopelnienia przestępstwa.

W uzasadnieniach postanowień o umorzeniu śledztw prokurator wskazując przyczynę śmierci, a co za tym idzie powody umorzenia prowadzonych spraw, w szczególności powoływał się na opinię biegłych lekarzy, którzy przeprowadzili sądowo-lekarskie sekcje zwłok. Ponadto bazował również na ustaleniach faktycznych dokonanych w toku prowadzonych postępowań przygotowawczych, w tym: wypisach z kart medycznych lekarzy stwierdzających zgon, efektach oględzin miejsca ujawnienia zwłok i protokołach zewnętrznych oględzin zwłok na miejscu ich znalezienia, informacjach jakich dostarczyli przesłuchani świadkowie zdarzeń (szczególnie świadkowie naoczni i osoby najbliższe), wywiadach, innych ustaleniach własnych. W przypadkach, kiedy prokurator odstępował od zarządzenia sekcji zwłok, podstawą umorzeń śledztw były ustalenia procesowe wykonane w postępowaniu w trybie art. 308 § 1 k.p.k. Niebagatelny wpływ na podjęte w tym zakresie decyzje merytoryczne miały ustalone przez lekarzy stwierdzających zgon jego przyczyny, zapisy stwierdzające brak udziału osób trzecich w zdarzeniu i występowania innych obrażeń ciała, efekty oględzin miejsca ujawnienia zwłok i oględzin zewnętrznych oraz wiedza, czy też informacje jakich dostarczyli przesłuchani świadkowie zdarzenia, głównie dotyczące stanu zdrowia, przebytych chorób, ewentualnych uzależnień.

W trakcie badania akt postępowań przygotowawczych, które dotyczyły czynów zakwalifikowanych z art. 155 k.k. (przypadków zwłok ujawnionych na: ulicy, w mieszkaniach, na ogródkach działkowych, w pustostanie) ustalono, że:

- wezwany na miejsce, celem stwierdzenia zgonu, lekarz z Wojewódzkiej Stacji Pogotowia Ratunkowego i Transportu Sanitarnego w karcie medycznych czynności lekarza w 9 przypadkach nie określił przyczyny śmierci, przy czym w 2 przypadkach nie wykluczył udziału osób trzecich, w kolejnych 2 przypadkach wykluczył udział osób trzecich, w 3 przypadkach dokonał adnotacji o ujawnieniu zwłok w znacznym rozkładzie ciała; w 4 przypadkach stwierdził zgon bez cech kryminogennych lub z wykluczeniem udziału osób trzecich; w 3 przypadkach stwierdził zgon przed przybyciem karetki pogotowia ratunkowego, przy czym w 1 przypadku stwierdził zgon bez udziału osób trzecich i również w 1 przypadku upadek z wysokości; w 1 przypadku stwierdził zgon naturalny bez cech kryminogennych; w 1 przypadku dokonał stwierdzenia zgonu po resuscytacji, w 1 przypadku nie wykluczył

- udziału osób trzecich lub cech kryminogennych, w 1 przypadku stwierdził ostrą niewydolność krążenia,
- w 13 przypadkach ujawniono zwłoki mężczyzn, w 7 przypadkach zwłoki kobiet, były to osoby w wieku od 40 do 103 lat, 7 spośród tych osób borykało się z problemami zdrowotnymi, 3 osoby nadużywały alkoholu, 1 osoba zmarła na zawał,
 - w badanych sprawach w 2 przypadkach prokurator osobiście przeprowadził oględziny miejsca ujawnienia zwłok i sporządził protokół zewnętrznych oględzin zwłok na miejscu ich znalezienia, w 17 przypadkach czynności prowadziła samodzielnie Policja, w 1 przypadku oględzin nie przeprowadzono,
 - w 8 przypadkach, w celu stwierdzenia na podstawie oględzin zewnętrznych i wewnętrznych zwłok przyczyn śmierci, prokurator powołał biegłego lekarza medycyny sądowej lub zasięgnął opinii instytucji Zakładu Medycyny Sądowej Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, w 12 przypadkach odstąpił od zarządzenia sekcji zwłok,
 - w 8 przypadkach prokurator wszczął śledztwo z art. 155 k.k., gdzie 6 z tych postępowań zakończył umorzeniem na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k., wobec niepopelnienia czynu zabronionego, natomiast 2 sprawy umorzeniem na zasadzie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. wobec stwierdzenia, iż czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego; w 12 przypadkach śledztwo umorzono po przeprowadzeniu czynności procesowych w trybie art. 308 § 1 k.p.k., z czego w 2 przypadkach z uwagi na to, iż czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego, a w 8 wobec niepopelnienia przestępstwa.

W uzasadnieniach postanowień o umorzeniu śledztw w sprawach o nieumyślne spowodowanie śmierci człowieka prokurator wskazywał podobne okoliczności jak wydając końcowe decyzje merytoryczne w śledztwach z art. 151 k.k., które to powody zostały omówione we wcześniejszych akapitach artykułu. Należy tutaj przedstawić tezę, że w świetle badanych akt w przypadkach śledztw umarzanych w trybie art. 308 § 1 k.p.k. najważniejsze znaczenie dla podjęcia decyzji o umorzeniu postępowania miał wypis lekarza stwierdzającego zgon, efekty oględzin miejsca ujawnienia zwłok i oględzin zewnętrznych oraz okoliczności ujawnienia zwłok, np. zamknięte od wewnątrz mieszkanie, jak też brak zgody osób najbliższych na wykonanie sekcji zwłok. Godnym podkreślenia jest fakt, że niewyrażenie zgody przez najbliższych na przeprowadzenie sekcji zwłok nie jest przesłanką, która determinuje, bądź w jakikolwiek sposób uzależnia prokuratora od podjęcia decyzji o odstąpieniu od przeprowadzenia badań sekcyjnych, niemniej jednak z analizy bada-

nych akt śledztw wynika jednoznacznie, że takie stanowiska były brane pod uwagę przy wydawaniu prokuratorskich decyzji merytorycznych w omawianych kwestiach. Prokuratorzy wydając postanowienia często wskazywali na ustawowe znamiona przestępstwa z art. 155 k.k., a w szczególności na fakt, iż warunkiem odpowiedzialności karnej z tego przepisu jest nie sam fakt ujawnienia zwłok, ale ustalenie związku przyczynowo-skutkowego między zachowaniem sprawcy a zaistnieniem skutku śmiertelnego.

Podsumowanie

Głównym celem przedmiotowego opracowania była próba przybliżenia i wyjaśnienia powodów odstępowania przez prokuratorów jednej z prokuratur rejonowych od zarządzania przeprowadzania sądowo-lekarskich sekcji zwłok, których rezultat przyczynił się do procesowego ustalania powodów śmierci, w sprawach umorzonych, dotyczących przypadków kwalifikowanych z art. 151 k.k. i art. 155 k.k. Te powody zostały już wcześniej wskazane w treści opracowania. Są one tożsame z okolicznościami, jakie wskazywane są w uzasadnieniach postanowień o umorzeniu śledztw w trybie art. 308 § 1 k.p.k. Analiza akt postępowań przygotowawczych pozwoliła na ustalenie, że były nimi przede wszystkim: ustalone przez lekarzy stwierdzających zgon jego przyczyny, zapisy stwierdzające brak udziału osób trzecich w zdarzeniu i innych obrażeń ciała, efekty oględzin miejsca ujawnienia zwłok i oględzin zewnętrznych, w tym brak obrażeń ciała denata oraz wiedza czy też informacje, jakich dostarczyli przesłuchani świadkowie zdarzenia, głównie dotyczące stanu zdrowia, przebytych chorób, ewentualnych uzależnień, okoliczności ujawnienia zwłok, np. zamknięte od wewnątrz mieszkanie, jak również brak zgody osób najbliższych na wykonanie sekcji zwłok. Jeżeli chodzi o kwalifikacje prawne zdarzeń objętych rzeczonymi badaniami, należy stwierdzić, że pomimo, iż wszystkie z prowadzonych w tych sprawach postępowania przygotowawcze zakończyły się wydaniem postanowień o umorzeniu, albo wobec niepopelnienia czynu zabronionego, albo braku znamion czynu zabronionego, to wstępne prokuratorskie kwalifikacje prawne były jak najbardziej właściwe, w pełni odzwierciedlając ustalony czy też ujawniony na miejscu rzeczywisty stan faktyczny. Dalsza analiza badanych akt prowadzi do dodatkowych wniosków i konkluzji. Zastanawiającym jest fakt tak rzadkiego uczestnictwa prokuratora w oględzinach miejsca ujawnienia zwłok i zewnętrznych oględzin zwłok na miejscu ich znalezienia – na 29 badanych spraw, jego udział nastąpił tylko w 7 przy-

padkach. Co prawda w przypadku samobójstwa i nieumyślnego spowodowania śmierci zgodnie z § 169 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r., Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1206), udział prokuratora w oględzinach jest fakultatywny, niemniej jednak wydaje się warte ustalenia kryterium rodzaju przesłanek wpływających na podjęcie indywidualnych decyzji w tym zakresie. Również dającym sporo do myślenia jest fakt podjęcia aż w 15 przypadkach decyzji o umorzeniu śledztwa po przeprowadzeniu czynności procesowych w trybie art. 308 § 1 k.p.k. W tych przypadkach organ procesowy tak naprawdę nie dokonał procesowego ustalenia przyczyn śmierci za pośrednictwem narzędzia przewidzianego w art. 209 § 1 k.p.k., do którego był zobowiązany chociażby na podstawie art. 297 § 1 pkt 1 i 4 k.p.k. Prawdą jest, że to prokurator jest samoistnym *dominus litis* tego stadium procesu karnego, a co więcej decyzje merytoryczne wydane przez niego w badanych aktach są decyzjami prawomocnymi, jednak nasuwa się pytanie, czy przeprowadzenie sekcji prokuratorskich w tych 15 przypadkach wniosłoby jakieś nowe istotne, z dowodowego punktu widzenia, okoliczności. Odpowiedź na to pytanie pozostaje kwestią otwartą.

“Sudden deaths” among discontinued cases under Articles 151 and 155 of the Penal Code

Abstract

This paper offers an insight into, and explains reasons why prosecutors one of the District Prosecutor's Offices did not order medico-legal autopsy that was likely to help determine a cause of death in discontinued cases under Articles 151 and 155 of the Penal Code. Based on the study of files of selected preparatory proceedings, current knowledge on criminal events involving deaths classified as sudden is described and systematized for proper legal classification of such events, and for determining both the number of cases, in which prosecutors did not order an autopsy, and the reasons for no autopsy ordered.

An overview of the notion of death, including the criteria of sudden death as defined by Polish legislation, is given and offences, such as en-

couraging to commit suicide or unintentionally causing a death, are discussed. A medico-legal autopsy is described.

Results of the file research study on 29 proceedings for crimes under Articles 151 and 155 of the Penal Code, conducted by the prosecutors of the said Prosecutor' Office, are presented with an attempt to answer the research question.

Krystyna Patora

Pojęcie „bezprawności” w różnych gałęziach prawa

Streszczenie

Niniejszy artykuł dotyczy rozważań odnośnie pojęcia „bezprawności” jako pojęcia ogólnego we wszystkich gałęziach prawa, a także odrębności znaczenia tego pojęcia w Konstytucji, prawie cywilnym, administracyjnym, podatkowym czy wreszcie karnym, a ponadto prawie karnym gospodarczym.

Ponadto Autorka podjęła próbę odpowiedzi na pytanie, czy sprzeczność z normą pozakarną musi stanowić podstawę budowania bezprawności w prawie karnym oraz prawie karnym gospodarczym.

Wstęp

Przedmiotem rozważań będzie pojęcie „bezprawności” w różnych gałęziach prawa w porównaniu do bezprawności karnej i uznania, czy doszło do wypełnienia znamion czynu zabronionego.

W tym celu w pierwszej kolejności należy określić, co rozumiemy pod pojęciem „bezprawności” w Konstytucji oraz w innych gałęziach prawa i jaki jest ich wpływ na ustalenie zachowań, jakie mogą być uznane za naruszające prawo, przykładowo cywilne, prawo pracy, administracyjne, prawo podatkowe, a następnie prawo karne oraz prawo karne gospodarcze.

Pojęcie „bezprawności”

Na wstępie trzeba stwierdzić, że pojęcie „bezprawności” jest używane zamiennie z pojęciem „sprzeczności z prawem” oraz pojęciem „niezgodności z prawem”, przy czym należy zastrzec, że sprzeczność z prawem jest rozumiana jako zachowanie przeciwstawne treści normy, a niezgodność to zachowanie, które nie ma odzwierciedlenia w treści normy¹.

¹ S. Wronkowska (w:) A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, Zarys teorii państwa i prawa, Warszawa 1992, s. 144 i nast.

Generalnie oznacza ona sprzeczność pomiędzy zachowaniem człowieka a normą prawną².

Bezprawność w ujęciu monistycznym to sprzeczność z całym porządkiem prawnym³. Takie ujęcie bezprawności oznacza odrzucenie odrębnej „bezprawności kryminalnej” i przy dekodowaniu normy sankcjonowanej otwiera możliwość poszukiwania i odwoływania się do regulacji pozakarnych, które będą określały granice oraz treść normy sankcjonowanej, co nie jest możliwe przy pluralistycznym ujęciu bezprawności.

Czyniąc rozważania na temat „bezprawności” należy zwrócić uwagę na podwójne wartościowanie bezprawności, która wynika z samego zakazu, a ponadto zakazu karnego i jako przykład wskazać art. 275 § 2 Kodeksu karnego, gdzie zakaz wywodzi się z przepisów dotyczących wskazanych w nim dokumentów oraz samego zakazu z art. 275 § 2 Kodeksu karnego.

Trzeba jeszcze w kontekście bezprawności podkreślić, że zgodnie z art. 8 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, jeżeli ten sam czyn wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego i znamiona przestępstwa lub wykroczenia, to stosuje się każdy z tych przepisów. Czyli ponad bezprawnością polegającą na naruszeniu norm prawnych wynikających przykładowo z ustaw podatkowych i, co trzeba podkreślić, nie zawsze połączoną z naruszeniem dobra prawnego, na gruncie „bezprawności karnej” dochodzi do jej podwojenia, ponieważ bezprawność będzie dotyczyła bezprawności z Kodeksu karnego skarbowego oraz bezprawności karnej z innej ustawy, przy czym będzie odnoszona do jednego czynu.

Nie można jednak mówić o jednym uniwersalnym znaczeniu pojęcia „bezprawności”. Nawet w jednej gałęzi prawa rozumiane jest ono różnie, czego przykładem są rozbieżne poglądy wyrażane w prawie cywilnym⁴.

W pierwszej kolejności należy rozważyć, jak rozumiane jest pojęcie „bezprawności” w Konstytucji.

² P. Łabuza, I. Malinowska, M. Michalski, T. Safijański (red.), *Przestępczość gospodarcza. Istota zjawiska. Zasady odpowiedzialności, mechanizmy przestępcze i metody działania sprawców*, Warszawa 2018, s. 81.

³ A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, KSP 1991, nr XXIII, s. 73 i nast.

⁴ K. Pietrzykowski, *Bezprawność jako przesłanka odpowiedzialności deliktowej a zasady współżycia społecznego i dobre obyczaje*, (w:) M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Odpowiedzialność cywilna. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 176–179.

Cechy „bezprawności” w różnych gałęziach prawa

Na podstawie art. 77 ust. 1 Konstytucji każdy ma prawo do wynagrodzenia szkody, jaka została mu wyrządzona przez niezgodne z prawem działanie organu władzy publicznej. Przesłanką do uznania odpowiedzialności władzy publicznej jest niezgodne w prawem działanie władzy publicznej, co oznacza, że jest to odpowiedzialność niezależna od winy, oceniana obiektywnie poprzez ustalenie, czy zachowanie władzy publicznej jest zgodne z prawem czy też nie⁵. Trzeba zauważyć, że pominięcie winy w przepisie Konstytucji wiąże sąd w sposób bezwzględny, co oznacza, że zakazane jest czynienie w tym zakresie jakichkolwiek ustaleń⁶. Trybunał Konstytucyjny wskazał, że zachowanie niezgodne z prawem to takie, które nie uwzględnia nakazów i zakazów, wynikających z normy prawej⁷. Ponadto z treści tego orzeczenia wynika, że niezgodność z prawem musi być rozumiana zgodnie z konstytucyjnym ujęciem źródeł prawa, wskazanych w art. 87 do 94 Konstytucji, co oznacza, że konstytucyjne rozumienie określenia „działania niezgodnie z prawem” oznacza, że obejmuje ono niezgodność z prawem, wykluczając jako podstawę uznanie norm moralnych oraz obyczajowych. W tym miejscu należy stwierdzić, że podobne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 6 lutego 2002 r., sygn. V CKN 1248/00⁸.

Doprecyzowując system źródeł prawa powszechnie obowiązującego należy, za L. Garlickim, wskazać na cztery szczeble, a mianowicie:

- szczebel konstytucyjny, który obejmuje Konstytucję,
- szczebel umów międzynarodowych, które są ratyfikowane w trybie wskazanym w art. 89 ust. 1 lub w trybie art. 90 ust. 2–4 Konstytucji,
- szczebel ustaw, który obejmuje także rozporządzenia z mocą ustawy, wydawane przez Prezydenta na podstawie art. 234 Konstytucji,
- szczebel rozporządzeń, jako jedynych aktów podustawowych o charakterze powszechnie obowiązującym⁹.

⁵ Wyroki Trybunału Konstytucyjnego z dni: 4 grudnia 2001 r., sygn. SK 18/00, OTK 2001, nr 8, poz. 256; 23 września 2003 r., sygn. K 20/02, OTK-A 2003, nr 7, poz. 76; 7 października 2003 r., sygn. K 4/02, OTK-A 2003, nr 8, poz. 80; 20 stycznia 2004 r., sygn. SK 26/03, OTK-A 2004, nr 1, poz. 3; 3 marca 2004 r., sygn. K 29/03, OTK-A 2004, nr 3, poz. 17, a także wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2002 r., sygn. I CKN 581/99, OSP 2002, nr 11, poz. 143.

⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 października 2003 r., sygn. K 4/02.

⁷ Także E. B a g i ń s k a, Odpowiedzialność odszkodowawcza za wykonywanie władzy publicznej, Warszawa 2006, s. 204.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2002 r., sygn. V CKN 1248/00, OSP 2002, nr 10, poz. 128.

⁹ L. G a r l i c k i, Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu, Warszawa 2014, s. 127.

Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny zauważa, że pojęcie „bezprawności” nie jest jednolicie rozumiane w całym systemie prawa, tylko w wąskim znaczeniu – jako niezgodność z normą prawną, ale także jako niezgodność z pewnymi klauzulami ogólnymi typu „zasady współżycia społecznego”¹⁰. Prawem, które należy uwzględnić przy ocenie znaczenia „bezprawności”, oczywiście w zależności od rozpatrywanego stanu rzeczy, będzie prawo miejscowe, którego możliwość stanowienia daje art. 87 ust. 2 i art. 94 Konstytucji¹¹.

Za działania niezgodne z prawem, na podstawie Konstytucji, uważane są także czynności faktyczne¹².

Trzeba także stwierdzić, iż nie jest źródłem prawa zwyczaj, chyba że normy prawa zwyczajowego znajdują swoje odzwierciedlenie w akcie prawnym, który je uznaje¹³. Stanowisko takie zajmuje również M. Safjan, który uważa, że dla stwierdzenia bezprawności nie wystarczy naruszenie norm moralnych czy też norm obyczajowych, ponieważ bezprawność w rozumieniu konstytucyjnym ma autonomiczne znaczenie¹⁴.

L. Bosek uważa, że „bezprawność” w Konstytucji to pojęcie węższe niż tradycyjne ujęcie bezprawności na gruncie prawa cywilnego, które obejmuje obok naruszenia przepisów prawa również naruszenie norm moralnych i obyczajowych, określanych terminem „zasad współżycia społecznego” lub dobrych obyczajów¹⁵.

Trzeba stwierdzić, że konstytucyjne rozumienie pojęcia „niezgodnego z prawem działania” ma wpływ na wykładnię tego określenia w prawie cywilnym. Orzecznictwo sądowe przyjmuje bowiem, iż „przesłanką odpowiedzialności Skarbu Państwa za szkody wyrządzone przez niezgod-

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 23 września 2003 r., sygn. K 20/02, OTK-A 2003, nr 7..., a także M. H a c z k o w s k a, Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa według Konstytucji RP, Warszawa 2007, s. 103–108, 113–116.

¹¹ L. G a r l i c k i, Polskie prawo konstytucyjne..., s. 127.

¹² P. W i n c z o r e k, Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Wydanie drugie – rozszerzone, Warszawa 2008, s. 181, gdzie Autor jako przykład podaje pobicie przez funkcjonariusza Policji.

¹³ B. B a n a s z a k, Prawo konstytucyjne, 7. wydanie, Warszawa 2015, s. 176.

¹⁴ M. S a f j a n, Odpowiedzialność władzy publicznej za bezprawie normatywne, (w:) M. G r a n a t (red.), Zagadnienia prawa parlamentarnego, Warszawa 2007, s. 27, tak samo wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 września 2003 r., sygn. I CK 51/02, LEX nr 141414.

¹⁵ L. B o s e k, Konstytucja RP, Tom I. Komentarz. Art. 1–86, Warszawa 2016, s. 1745, tak samo wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. V CSK 189/14, Legalis nr 1186795, w którym Sąd stwierdził, że pojęcie bezprawności należy rozumieć szeroko jako sprzeczność z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który należy rozumieć nie tylko ustawodawstwo, ale również obowiązujące w społeczeństwie zasady współżycia społecznego.

ne z prawem działanie organu władzy publicznej jest więc tylko bezprawność, a nie wina funkcjonariusza państwowego”¹⁶.

Podobnie pojęcie „bezprawności” oceniane jest w prawie cywilnym w znowelizowanym art. 417¹ § 1 Kodeksu cywilnego, w którym ustawodawca stwierdził, że jeżeli szkoda została wyrządzona przez wydanie aktu normatywnego, jej naprawienia można żądać po stwierdzeniu we właściwym postępowaniu niezgodności tego aktu z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą. Zapis ten oznacza, że ustawodawca ograniczył odpowiedzialność tylko do tych sytuacji, kiedy akt normatywny jest niezgodny z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą. W paragrafie 2 tego artykułu uregulowana została odpowiedzialność za szkody wyrządzone przez wydanie prawomocnego orzeczenia lub ostatecznej decyzji, która dotyczy tylko tych postępowań, które są niezgodne z prawem, przy czym warunkiem jest stwierdzenie niezgodności z prawem we właściwym postępowaniu. Podobnie jest przy zaniechaniu wydania orzeczenia lub decyzji, gdy obowiązek ich wydania przewidują przepisy prawa, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej, co wynika z literalnej treści art. 417¹ § 3 Kodeksu cywilnego.

Trzeba zauważyć, iż w prawie cywilnym niezgodność z prawem oceniana jest nie tylko jako niezgodność z przepisami prawa, ale również jako sama niezgodność z „zasadami współżycia społecznego” lub „dobrymi obyczajami”. Już w wyroku z dnia 16 stycznia 1976 r., sygn. II CP 692/75 Sąd Najwyższy stwierdził, że bezprawne jest zachowanie sprzeczne z normami prawa jak również zasadami współżycia społecznego¹⁷. P. Kardas zwrócił uwagę na to, że sąd nie stosuje prawa cywilnego w sposób matematyczny, ale winien wykorzystać znajomość stosunków społecznych, kulturowych, a ponadto założeń aksjologicznych systemu prawa. Ważną rolę odgrywa również wola stron w kształtowaniu ich praw oraz obowiązków względem siebie¹⁸.

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 stycznia 2002 r., sygn. I CKN 581/99, OSP 2002...; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 lutego 2002 r., sygn. V CKN 1248/00...; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2003 r., sygn. V CKN 41/01, OSNC 2004, nr 6, poz. 96; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2002 r., sygn. III CKN 974/00, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lipca 2003 r., sygn. IV CKN 357/01, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2005 r., sygn. I CK 457/04, Legalis; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2004 r., sygn. IV CK 491/03, MoP 2005, nr 6, s. 311; tak samo L. Bosek (w:) L. Garlicki, M. Derlatka, M. Wiącek (red.), *Na straży państwa prawa*, Warszawa 2016, s. 422–423.

¹⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 1976 r., sygn. II CP 692/75, OSNC 1976, nr 11, poz. 251.

¹⁸ P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 378.

Wydaje się jednak, że takie szerokie rozumienie pojęcia „bezprawności”, które wykraczałoby poza system źródeł prawa, który jest wskazany w rozdziale III Konstytucji, jest nieuprawnione. Za wąskim rozumieniem pojęcia „bezprawności” przemawia nowelizacja art. 417¹ Kodeksu cywilnego, gdzie ustawodawca wyraźnie wskazał, że chodzi o niezgodność z prawem¹⁹. Przykładem w tym zakresie może być uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. III CZP 92/17, w której Sąd stwierdził, że podstawą zadośćuczynienia za niesłuszne umieszczenie w schronisku dla nieletnich stanowią przepisy Kodeksu cywilnego. Sąd wyjaśnił, że przepisy art. 417–417² Kodeksu cywilnego są regulacją o charakterze ogólnym i ma ona zastosowanie zawsze wtedy, gdy odpowiedzialność za szkody wyrządzone przy wykonywaniu władzy publicznej nie jest uregulowana przepisami szczególnymi. Takim przepisem szczególnym, pozwalającym dochodzić odszkodowania jest art. 424^{1b} Kodeksu postępowania cywilnego²⁰.

Reprezentowane są też odmienne stanowiska, z których wynika, że niezgodność z prawem obejmuje także niezgodność z samymi zasadami współżycia społecznego²¹. Chodzi o interpretację art. 417 Kodeksu cywilnego w powiązaniu z art. 5 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że nikt nie może czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego²². Trzeba podkreślić, że art. 5 Kodeksu cywilnego wyznacza granice korzystania z prawa podmiotowego. Skutkiem korzystania ze swego prawa, ale w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego jest uznanie, że nie doszło do wykonywania prawa oraz brak ochrony, co nie zawsze oznacza automatycznie bezprawność. Argumentem przemawiającym za stanowiskiem, że w prawie cywilnym na-

¹⁹ Tak samo Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 2 grudnia 2015 r., sygn. VI ACa 1683/14, Legalis nr 1446479, dotyczącym z kolei bezprawności karnej do oceny bezprawności cywilnej, gdzie Sąd stwierdził, że w wypadkach, w których sądy uchyliły postanowienia prokuratorów o zatrzymaniu rzeczy wskazując na naruszenie przez organy celne przepisów Kodeksu postępowania karnego, działanie funkcjonariuszy celnych należy ocenić jako bezprawne w rozumieniu art. 417 § 1 Kodeksu cywilnego, co skutkuje odpowiedzialnością odszkodowawczą Skarbu Państwa.

²⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2018 r., sygn. III CZP 92/17, www.sn.pl, Biul. SN 2018, nr 1, poz. 7.

²¹ P. Granecki, Odpowiedzialność cywilna Skarbu Państwa za szkodę wyrządzoną działaniem swojego funkcjonariusza (wybrane zagadnienia), Pal. 2000, nr 11–12, s. 21; a także J. Krems, Skutki prawne w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa na tle wyroku TK, PiP 2002, nr 6, s. 41; tak samo wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 stycznia 2015 r., sygn. V CSK 189/14, Legalis nr 1186795.

²² K. O s a j d a, Niejasność mimo zmian, Rzeczpospolita – prawo co dnia z dnia 28 lipca 2004 r.

leży szerzej rozumieć pojęcie „bezprawności” jest przyjęcie założenia, że Konstytucja wyznacza jedynie standardy minimalne, które mogą być w zakresie ochrony, w ustawodawstwie zwykłym rozszerzone²³.

Ponadto wąskie rozumienie „bezprawności” jako naruszenia nakazów lub zakazów wynikających z normy prawnej stanowi przejaw ograniczenia rozszerzenia roszczeń, ale nie daje odpowiedzi na pytania dotyczące odpowiedzialności władzy publicznej w przypadku naruszenia norm moralnych i obyczajowych, określanych jako „zasady współżycia społecznego” lub „dobre obyczaje”²⁴.

Trzeba zwrócić uwagę także na to, że przy odpowiedzialności *ex contractu* bezprawność w prawie cywilnym będzie odnoszona tylko do stron umowy²⁵. Wydaje się jednak, że nie ma to znaczenia, po przesądzeniu o tej bezprawności, na ocenę bezprawności karnej, jeżeli tylko będzie ona miała znaczenie w zakresie wykładni znamion czynu zabronionego.

W doktrynie reprezentowane są także stanowiska, z których wynika, że bezprawność obejmuje niezgodność z zasadami deontologii zawodowej, bądź też wewnętrznych źródeł prawa w takim zakresie, w jakim przyznają one jednostce ochronę wobec działań władzy publicznej²⁶. Jeszcze dalej w ocenie bezprawności idzie Z. Banaszczyk, który reprezentuje pogląd, że „bezprawność” winna być odnoszona do struktury organizacyjnej podmiotu²⁷. Tak więc pojęcie „bezprawności” w prawie cywilnym dotyczy niezgodności z przyjętymi normami prawnymi, ale także – według niektórych Autorów – samej niezgodności z klauzulami ogólnymi.

Przechodząc do pojęcia „bezprawności” w prawie handlowym trzeba wskazać, że brak jest definicji legalnej bezprawności, a w Kodeksie spółek handlowych tylko w niektórych przepisach używa się pojęć zbliżonych. Takimi przykładami w Kodeksie spółek handlowych jest art. 198 Kodeksu spółek handlowych, który dotyczy zwrotu wypłat pobranych wbrew przepisom prawa lub postanowieniom umowy spółki oraz art. 350 Kodeksu spółek handlowych, dotyczący zwrotu świadczeń przez akcjonariuszy, którzy wbrew przepisom prawa albo postanowieniom statutu

²³ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Prawo do wynagrodzenia szkody wyrządzonej przez niezgodne z prawem działanie władzy publicznej, (w:) M. Zubik (red.), Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Warszawa 2006, s. 521.

²⁴ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, Prawo do wynagrodzenia szkody..., s. 519–521.

²⁵ R. Kasprzyk, Bezprawność względna, *Studia Prawnicze*, 1983, nr 3, s. 170.

²⁶ E. Bagińska, Odpowiedzialność odszkodowawcza..., s. 320–334; także M. Safjan, K. J. Matuszyk, Odpowiedzialność odszkodowawcza władzy publicznej, s. 46; R. Szczepaniak, Odpowiedzialność odszkodowawcza jednostek samorządu terytorialnego, Warszawa 2001, s. 100.

²⁷ Z. Banaszczyk, (w:) A. Olejniczak (red.), System Prawa Prywatnego, t. 6, Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2009, s. 806–807.

otrzymali jakiegokolwiek świadczenia od spółki. Tak więc bezprawność oceniana będzie na podstawie naruszenia konkretnych przepisów prawa lub postanowień podejmowanych przez uprawniony organ podmiotu w formie aktu wewnętrznego. Ważne jest również ujmowanie bezprawności w rozumieniu innych ustaw, które dotyczą działania przedsiębiorcy, co wiąże się już z pojęciem „bezprawności” w poszczególnych sferach działalności podmiotów w niej uczestniczących. Przykładem może być art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, gdzie „bezprawność” już na podstawie literalnej wykładni tego przepisu oceniana jest szerzej²⁸. Trzeba tu wskazać na wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 maja 2015 r., sygn. VI ACa 969/14, w którym Sąd przyjął, że „bezprawność w rozumieniu przepisu art. 24 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) ma miejsce, gdy działanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym, a więc zarówno z normami prawnymi, jak również z zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami. Tak rozumiana bezprawność jest czynnikiem obiektywnym, a więc jest niezależna od winy i jej stopnia, jak również nie zależy od istnienia świadomości naruszeń po stronie przedsiębiorcy, a także jest niezależna od wystąpienia szkody²⁹.

Jeżeli chodzi o pojęcie „bezprawności” w prawie pracy, to należy stwierdzić, że również brak jest definicji ustawowej tego określenia. Pojawia się ono jednak w niektórych przepisach Kodeksu pracy, przykładowo w art. 45 § 1 Kodeksu pracy, gdzie jest mowa o naruszeniu przepisów o wypowiedzeniu umów o pracę, czy też w art. 114 Kodeksu pracy, który dotyczy niewykonania lub nienależytego wykonania obowiązków pracowniczych. W odniesieniu do naruszenia obowiązków (bezprawność zachowania) ma miejsce wówczas, gdy pracownik działa sprzecznie z ciążącym na nim obowiązkiem lub gdy nie podejmuje działania, mimo że powinien to uczynić³⁰. Tam, gdzie brak jest sprzeczności z konkretnym przepisem prawa pracy sąd ma możliwość zastosowania klauzuli społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa lub zasad współżycia społecznego, wskazanych przez ustawodawcę w art. 8 Kodeksu pracy. Artykuł 8 Kodeksu pracy nie kształtuje jednak bezpośrednio praw pod-

²⁸ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – tekst jedn. – Dz. U. z 2017 r., poz. 229 ze zm.

²⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 maja 2015 r., sygn. VI ACa 969/14, *Legalis*, nr 1285015.

³⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 maja 2015 r., sygn. III APa 24/14, *Legalis* nr 1303794.

miotowych, nie zmienia i nie modyfikuje uprawnień, które wynikają z innych przepisów prawa pracy, ale upoważnia do oceny, w jakim stanie faktycznym działanie lub zaniechanie uprawnionego podmiotu nie jest uważane za wykonywanie przysługującego mu prawa i nie korzysta z ochrony prawnej³¹. Tak więc w prawie pracy pojęcie „bezprawności” co do zasady oznacza niezgodność z konkretnym przepisem prawa pracy. Artykuł 8 Kodeksu pracy daje podstawę do oceny zachowania podmiotu uprawnionego w zakresie korzystania z prawa pod względem zgodności ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa oraz zasadami współżycia społecznego.

Z punktu widzenia prawa podatkowego trzeba stwierdzić, że ordynacja podatkowa nie posługuje się pojęciem „bezprawności”³². Ordynacja podatkowa określa zobowiązania podatkowe, informacje podatkowe, postępowanie podatkowe, kontrolę podatkową i czynności sprawdzające.

Przepisy ustawy stosuje się do:

- podatków, opłat oraz niepodatkowych należności budżetu państwa oraz budżetów jednostek samorządu terytorialnego, do których ustalenia lub określania uprawnione są organy podatkowe;
- opłaty skarbowej oraz opłat, o których mowa w przepisach o podatkach i opłatach lokalnych (art. 2 § 1 Ordynacji podatkowej).

Jeżeli chodzi o poszczególne podatki czy też inne należności publicznoprawne, to odrębne ustawy zawierają szczegółowe regulacje dotyczące poszczególnych należności publicznoprawnych. Stąd istotne jest przyjęcie, że nakazy określonego postępowania oraz zakazy wynikają z tych regulacji. Ma to znaczenie przy przyjęciu bezprawności jako naruszenia normy prawnej, pochodzącej z danej dziedziny prawa³³. Jeżeli chodzi o dobro prawne, które jest chronione to jest to mienie Skarbu Państwa, rozumiane jako należności przynależne Skarbowi Państwa. W tym miejscu trzeba zaznaczyć, że rodzajowym przedmiotem ochrony przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych przeciwko obowiązkom podatkowym i rozliczeniom z tytułu dotacji i subwencji w Kodeksie karnym skarbowym jest również mienie Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego oraz Unii Europejskiej³⁴. Przy takim założeniu konieczne jest

³¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 stycznia 2009 r., sygn. I PK 18/08, OSNP 2010, nr 13–14, poz. 156 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 lipca 2009 r., sygn. I PK 48/09, LEX nr 529757.

³² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa – tekst jedn. – Dz. U. z 2017 r., poz. 201 ze zm.

³³ M. Cieślak, Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia, Warszawa 1995, s. 195.

³⁴ P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, Kodeks karny skarbowy, Warszawa 2017, s. 614.

poszukiwanie normy prawnej, która została naruszona przez podatnika, płatnika czy też inny podmiot, który jest zobowiązany do odprowadzenia podatku. Po stwierdzeniu naruszenia norm prawnych niezbędne będzie ustalenie, czy doszło do naruszenia dobra prawnie chronionego. Oceny prawne mogą się skomplikować, ponieważ nie w każdym wypadku, przy przyjęciu, że rodzajowym dobrem prawnym jest mienie Skarbu Państwa będzie dochodziło do naruszenia tego dobra, szczególnie wtedy, gdy podatnik nie będzie rzeczywiście zobowiązany do naliczenia i odprowadzenia podatku, ponieważ nie miało miejsca zdarzenie, które rodziłoby taki obowiązek. Wówczas Skarb Państwa lub inny uprawniony podmiot, przy zachowaniu podatnika, który podaje nieprawdę, ale co do okoliczności niemających znaczenia dla wymiaru podatku i tak nie otrzymałby należności publicznoprawnej³⁵. Aby przyjąć konstrukcję bezprawności na gruncie prawa podatkowego należy poczynić założenie, że bezprawność będzie miała miejsce już na poziomie naruszenia konkretnej normy prawnej, bez godzenia w rodzajowe dobro prawne. Należy bowiem zwrócić uwagę na to, że istnieje także indywidualne dobro prawnie chronione, które wywodzi się z konkretnego przepisu. Tylko w wyjątkowych wypadkach, jeżeli nie da się ustalić, że wraz z naruszeniem normy doszło do naruszenia dobra prawnego, to należałoby przyjąć, że skoro ustawodawca ustanowił dany przepis, to uznał, że czyn jest społecznie szkodliwy. Przepisy godzące w obowiązki podatkowe oraz rozliczenia z tytułu dotacji oraz subwencji, podobnie jak każde inne przestępstwa, zawierają w sobie element formalny oraz materialny. Ustalenie, że zostały wypełnione znamiona danego zachowania, opisanego w prawie karnym skarbowym wskazuje tylko na to, że stwierdzono zaistnienie elementu formalnego. Element materialny określony został obecnie w art. 1 § 1 Kodeksu karnego skarbowego, w którym jest mowa o tym, że odpowiedzialności karnej za przestępstwo skarbowe oraz odpowiedzialności za wykroczenie skarbowe podlega tylko ten, kto dopuszcza się czynu społecznie szkodliwego. Kwestia ta była przedmiotem orzeczeń Sądu Najwyższego, który, wprowadzając na podstawie poprzedniego stanu prawnego, orzekł, że fakt, iż konkretny czyn, z uwagi na szczególne okoliczności jego popełnienia, nie "uderza" w przedmiot ochrony, który miał na

³⁵ L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny skarbowy, Warszawa 2016, s. 268–269, gdzie wyrażony został pogląd, że skoro rodzajowym przedmiotem ochrony w rozdziale 6 Kodeksu karnego skarbowego jest obowiązek podatkowy, to stypizowane w tym rozdziale czyny obejmują tylko te, które w ten obowiązek podatkowy godzą. Z drugiej strony przepisy rozdziału 6 Kodeksu karnego skarbowego zawierają sankcje karne za naruszenie obowiązków o charakterze instrumentalnym. Wszystkie one jednak mają swoje źródło w normach prawnych poza Kodeksem karnym skarbowym.

uwadze ustawodawca formułując typ przestępstwa, nie dekomponuje, jak to już wyżej stwierdzono – od strony formalnej – spełnienia zespołu znamion danego czynu. Fakt ten może natomiast, a nawet powinien, wpływać na racjonalną ocenę stopnia społecznej szkodliwości zachowania formalnie bezprawnego, prowadząc nawet – o czym będzie jeszcze mowa – w sytuacjach ekstremalnych do potrzeby oceny, iż niebezpieczeństwo to jest znikome, a więc że *in concreto* czyn nie stanowi przestępstwa³⁶. Pogląd ten spotkał się z krytyką wyrażoną w doktrynie, gdzie L. Wilk wskazał, że stanowisko łączące brak naruszenia interesu dewizowego z oceną stopnia społecznej szkodliwości czynu jest nieporozumieniem³⁷.

W Kodeksie karnym skarbowym o bezprawności jest mowa w art. 10 § 3 jako o usprawiedliwionym błędzie co do bezprawności zachowania. Natomiast przechodząc do przepisów Kodeksu karnego skarbowego należy wskazać, że bezprawność postępowania będzie przykładowo dotyczyła bezprawnego obniżenia podatku przez podatnika, wskazanego w art. 56 Kodeksu karnego skarbowego lub bezprawnego żądania zwrotu nadwyżki podatku z art. 76 Kodeksu karnego skarbowego.

W zakresie oceny bezprawności w kontekście wykładni przepisów prawa podatkowego istotne znaczenie ma wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., sygn. I ACa 16/05, w którym Sąd stwierdził, że „nie jest zachowaniem bezprawnym dokonywanie interpretacji przepisów podatkowych przez Ministra Finansów w okresie do końca 1997 roku. W stanie prawnym istniejącym w 1997 r., Minister Finansów nie był bowiem uprawniony (żaden istniejący wówczas przepis prawa tego nie stanowił) do dokonywania wiążącej wykładni ustaw. Tylko zaś wówczas, gdy dany system prawny daje uprawnienie stosownej jednostce władzy wykonawczej do dokonywania takiej – wiążącej podległe instytucje stosujące prawo – wykładni prawa – istnieje możliwość oceny dokonania takiej wykładni w płaszczyźnie bezprawności. Pod rządami ustawy z dnia 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych do końca 1997 roku nie istniał przepis ani tej ustawy ani żadnej innej kształtujący takie uprawnienie Ministra Finansów”³⁸.

Jeżeli bowiem przyjmować wykładnię normy prawnej jako podstawę oceny działania w płaszczyźnie bezprawności, to przyjęcie wykładni

³⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 sierpnia 1997 r., sygn. III KKN 222/96, LEX nr 32420, Prokuratura i Prawo 1998, dodatek „Orzecznictwo”, nr 4, poz. 18.

³⁷ L. Wilk, J. Zagrodnik, Kodeks karny..., s. 18.

³⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 października 2005 r., sygn. I ACa 16/05, Legalis nr 76274.

normy prawnej, która jest zgodna z dominującym kierunkiem wykładni przepisu uwalnia od przyjęcia bezprawności działania³⁹.

Jeżeli chodzi o pojęcie „bezprawności” w prawie administracyjnym, to posługując się konstrukcją wyżej opisaną, z której wynika, że bezprawność dotyczy konkretnych gałęzi prawa należałoby przyjąć, że bezprawność odnoszona być winna do naruszenia norm prawa administracyjnego materialnego, wynikających z tej gałęzi prawa, do których należą normy stosowane bezpośrednio, normy konkretyzowane w formie aktu administracyjnego oraz normy konkretyzowane poprzez czynności materialnotekniczne. Normy prawa administracyjnego stosowane bezpośrednio, to takie normy, które wskazują na prawa i obowiązki wprost, bez potrzeby wydawania aktu indywidualnego. Ich naruszenie stwierdzone jest przez odpowiednie organy, przykładowo przez Policję w zakresie naruszenia przepisów ruchu drogowego. Naruszenie normy stosowanej bezpośrednio oznacza bezprawność w prawie administracyjnym. Jeżeli chodzi o normy konkretyzowane w formie aktu administracyjnego, to są normy, które adresowane są do odpowiednich organów administracji publicznej, które wydają akty administracyjne, przyznające prawa lub nakładające obowiązki. Znaczenie ma podział na akty administracyjne konstytutywne, które są skierowane do konkretnego podmiotu, a ponadto na ich podstawie jednostka uzyskuje, od chwili ogłoszenia lub doręczenia aktu administracyjnego, nowe uprawnienia lub nakładane są na nią nowe obowiązki. Akty administracyjne deklaratoryjne stwierdzają określone prawa oraz istnienie stosunku prawnego i obowiązują od czasu spełnienia pewnych przesłanek. Przy ocenie bezprawności ma znaczenie rodzaj aktu administracyjnego oraz jego treść, szczególnie w zakresie nałożonych obowiązków, których zaniechanie wypełnienia może skutkować uznaniem bezprawności zachowania ich adresata. W prawie administracyjnym wyróżnia się także normy konkretyzowane przez czynności materialnotekniczne, które wskazują na obowiązki organów administracji podjęcia wskazanych w nich czynności, takich jak na przykład wydanie dowodu osobistego⁴⁰. Bezprawność będzie ustalana na podstawie braku przeprowadzenia czynności materialnoteknicznej.

W tym miejscu należy wskazać, że bezprawność zachowania będzie dotyczyła również władzy publicznej.

Odpowiedzialność na podstawie art. 417¹ § 2 Kodeksu cywilnego będzie wymagała wykazania, że ostateczna decyzja administracyjna zosta-

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 września 2015 r., sygn. IV CSK 659/14, Legalis nr 1360217.

⁴⁰ Z. L e o Ń s k i, *Materialne prawo administracyjne*, Warszawa 2005, s. 9–13.

ła wydana z naruszeniem prawa. Warunkiem podstawowym jest stwierdzenie, że właściwym postępowaniem, niezgodności z prawem takiej decyzji, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej. Ten sam tryb obowiązuje przy ustalaniu niezgodności ostatecznej decyzji, wydanej na podstawie aktu normatywnego niezgodnego z Konstytucją, ratyfikowaną umową międzynarodową lub ustawą.

Pozostaje jeszcze do rozważenia ocena „bezprawności” na podstawie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i odpowiedź na pytanie, czy zachowanie bezprawne, przykładowo wobec małżonka, musi oznaczać sprzeczność z konkretną normą prawną, czy też wystarczy do wskazania bezprawności postępowania małżonka interpretacja naruszenia obowiązków, których granice trzeba wykazać w oparciu o ogólny obowiązek, wskazany w art. 23 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, współdziałania dla dobra rodziny, czyli w oparciu o naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym jakim jest „dobro rodziny”⁴¹. Ocena „bezprawności” zachowania, dokonana na podstawie Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego ma wpływ na dalsze ustalenia bezprawności przestępstw określonych w Rozdziale XXVI „Przestępstw przeciwko rodzinie i opiece”. Przykładowo obowiązek dostarczania środków utrzymania, wskazany w art. 128 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, obciąża krewnych w linii prostej oraz rodzeństwo. Zgodnie z art. 131 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, jeżeli skutki przysposobienia polegają wyłącznie na powstaniu stosunku między przysposabiającym a przysposobionym, obowiązek alimentacyjny względem przysposobionego obciąża przysposabiającego przed wstępnymi i rodzeństwem przysposobionego, a obowiązek alimentacyjny względem wstępnych i rodzeństwa obciąża przysposobionego dopiero w ostatniej kolejności. Szerzej jest ujmowany obowiązek alimentacyjny wywodzony z art. 27 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, ponieważ ma on chronić rodzinę przed niedostatkiem, a obowiązek alimentacyjny z art. 128 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, poza obowiązkiem na rzecz dzieci, powstaje w przypadku niedostatku osoby uprawnionej. W przypadku braku realizowania z mocy ustawy obowiązku opieki poprzez niełożenie na utrzymanie osoby najbliższej, które naraża na niemożność zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych, znajduje zastosowanie art. 209 § 1 Kodeksu karnego.

Wydaje się, że dokonywanie ustaleń odnośnie praw i obowiązków małżonków wobec siebie, poza sprzecznością z konkretną normą prawną jest w orzecznictwie sądowym czynione w drodze wykładni istoty do-

⁴¹ Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy – tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 683.

bra, które podlega ochronie, przykładowo dobra rodziny. Treść zapisów wyznaczających prawa i obowiązki małżonków wobec siebie, poza wskazaniem sfer tych praw i obowiązków, ze zrozumiałych względów nie może być w bardziej szczegółowy sposób określona. Stąd istotna rola orzecznictwa sądowego co do wyznaczenia dobra prawnie chronionego oraz reguł postępowania z tym dobrem, w celu jego ochrony.

W ramach tych rozważań konieczne jest podjęcie próby odpowiedzi na pytanie, czy bezprawność w prawie rodzinnym i opiekuńczym polega tylko na naruszeniu zakazów oraz nakazów, wynikających z konkretnych norm prawnych, czy też w przypadku braku ich ujawnienia wystarczające jest naruszenie reguł postępowania z dobrem prawnym podlegającym, w konkretnym przepisie, analizie. Wydaje się, że z uwagi na ogólność przepisów prawa rodzinnego i opiekuńczego nie jest wykluczone naruszenie obowiązków czy też nadużycie prawa w oparciu o naruszenie reguł postępowania z podlegającym ochronie dobrem prawnym. Jednak czym innym będzie bezprawność w prawie rodzinnym i opiekuńczym, a czym innym w prawie karnym. Dla oceny nie tyle dobra prawnego, które wydaje się łatwe do identyfikacji, może powstać, w konkretnym stanie faktycznym, problem czy zachowanie naruszające tylko pewne reguły ogólne może być uznane za bezprawne również w prawie karnym. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie należy od zidentyfikowania konkretnej normy prawnej w prawie rodzinnym i opiekuńczym, ale w przypadku sprzeczności postępowania tylko z regułami ogólnymi, weryfikacja nastąpi na etapie ustalania bezprawności karnej, o której będzie jeszcze mowa. Istotne dla ustaleń postępowania karnego będzie również orzecznictwo w sprawach rodzinnych i opiekuńczych, ale nie zawsze tak jest.

Reasumując, z powyższego zestawienia pojęcia „bezprawności” jasno wynika, że w pierwszej kolejności odnoszone jest ono do sprzeczności zachowania z konkretnym przepisem prawa. Jest to ujęcie ściśle „bezprawności”, które ze względu na treść normy prawnej w danej gałęzi prawa będzie miało różną zawartość. W każdej gałęzi prawa znajdują się, wprowadzone przez ustawodawcę tzw. klauzule generalne, które mają być, ogólnie rzecz ujmując, pomocnymi przy interpretacji bezprawności w szerszym tego słowa znaczeniu, kiedy zachowanie nie jest sprzeczne z konkretną normą prawną, ale może być sprzeczne z klauzulą generalną, a tym samym nie być pozbawione ochrony prawnej. Istotne znaczenie będzie miało orzecznictwo sądowe, które w konkretnych stanach faktycznych dokona oceny bezprawności postępowania w szerszym tego słowa znaczeniu. Natomiast weryfikacja bezprawności karnej winna się odbywać poprzez znamiona konkretnego czynu.

Znaczenie pojęcia „prawnokarnej bezprawności”

Pojęcie „prawnokarnej bezprawności” w formie definicji nie zostało umieszczone w żadnym akcie prawnym⁴². Można ogólnie tylko wskazać, iż oznacza niezgodność, rozumianą jako sprzeczność, zachowania z normą prawnokarną. Z. Jędrzejewski uważa, że „jeżeli używa się czasem pojęcia »bezprawność karna« (*Strafrechtswidrigkeit*), to w tym sensie, że prawnokarne relewantnym, »karalnym«, »karygodnym bezprawiem« (*strafbares Unrecht*) są tylko jego określone formy, opisane w ustawowych istotach czynów. Materialnie nie ma jednak żadnej różnicy między bezprawiem karnym a »resztą bezprawia«. Takie ograniczenie funkcji istoty czynu prowokuje założenie, że »pozytywnie« czyn musiał zostać już wcześniej uznany za bezprawny w innym niż prawo karne obszarze porządku prawnego. Tak oto bezprawność staje się oceną »obcą«, wolną od prawnokarnych kryteriów, wiążącą jednak prawo karne z całym systemem prawa”⁴³.

W. Wolter wskazał, że poza przedmiotem zainteresowania prawa karnego, z uwagi na brak zakazu karnego, pozostają nie tylko czyny niezakazane z punktu widzenia prawa karnego, ale także czyny, które są bardzo zbliżone do czynów zabronionych⁴⁴. Autor wyjaśnia, iż „warunkiem koniecznym przestępności czynu jest, aby czyn ten był zabroniony przez ustawę karną. Brak więc ustawowego zakazu pociąga za sobą nieprzestępność czynu. W ramach obecnych rozważań nie interesuje nas ten wielki krąg czynów z punktu widzenia prawa karnego nie zakazanych, czyli dozwolonych, ale tylko pewien wąski zakres, wynikający z działania podstawowej zasady prawa karnego, jaką jest zasada *nullum crimen sine lege poenali* i która dotyczy *expressis verbis* czynów niezabronionych, ale bardzo zbliżonych do zabronionych”⁴⁵.

Natomiast I. Andrejew nie zalicza bezprawności, podobnie jak społecznej szkodliwości, do znamion przestępstwa. Uważa, że są to właściwości czynu, wynikające z faktu, że zawiera on zespół znamion przestępstwa, czyli są to właściwości znamion przestępstwa⁴⁶.

W prawie karnym trzeba odróżnić zachowania, które będą związane z odpowiedzialnością karną oraz te, które będą od tej odpowiedzialności

⁴² T. Karaś, S. Żółtek, Bezprawność w prawie cywilnym i karnym, Prokuratura i Prawo 2006, nr 11, s. 117.

⁴³ Z. Jędrzejewski, Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa, Warszawa 2009, s. 5.

⁴⁴ W. Wolter, Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 161–162.

⁴⁵ W. Wolter, Nauka o..., s. 161–162.

⁴⁶ I. Andrejew, Ustawowe znamion przestępstwa, Warszawa 1959, s. 21.

uwolnione. Jednym z kryteriów takiej oceny jest stwierdzenie bezprawności zachowania, co oznacza, że konieczne jest ustalenie czym jest „bezprawność”.

Obecnie w literaturze pojęcie „bezprawności” karnej odnoszone jest do normy merytorycznej, która ma postać nakazu lub zakazu podejmowania określonych zachowań, adresowanych zazwyczaj do ogółu osób, znajdujących się na obszarze obowiązywania danego systemu prawnego.

A. Zoll przez bezprawność rozumie sprzeczność konkretnego zachowania z całym porządkiem prawnym⁴⁷. Jego zdaniem sprzecznym z normą sankcjonowaną będzie tylko taki czyn, który naraża na niebezpieczeństwo dobro prawne lub je narusza i jednocześnie narusza wykształconą przez wiedzę i doświadczenie regułę postępowania z tym dobrem prawnym⁴⁸. Jednak sama sprzeczność z normą sankcjonowaną nie wystarczy, ponieważ mogą wystąpić okoliczności uzasadniające ratowanie jednego dobra przed drugim, czyli kontratypy⁴⁹. Jest to monistyczne ujęcie „bezprawności”, które jest rozumiane jako bezprawność bez różniczenia czy chodzi o bezprawność cywilną, administracyjną czy też z innej gałęzi prawa⁵⁰. Autor uważa, że prawo karne nie odpowiada na pytanie co jest bezprawne, ponieważ odpowiedzi zawierają inne dyscypliny prawne. Prawo karne wskazuje tylko, co jest karalne⁵¹.

Inne stanowisko dotyczące rozumienia bezprawności reprezentuje M. Cieślak, który uważa, że samo naruszenie przepisu karnego wytwarza stan bezprawności⁵².

Dalej A. Zoll zauważa, że czyn może realizować wszystkie znamiona czynu zabronionego, czyli być typem bezprawia karnego, ale nie być zachowaniem bezprawnym, ponieważ nie realizuje ono bezprawności, rozumianej jako sprzeczności z całym porządkiem prawnym⁵³. Bezprawność jest oceną konkretno-indywidualnego zachowania, a bezprawie odpowiada abstrakcyjnie rozumianemu stopniowi społecznego niebezpieczeństwa⁵⁴.

⁴⁷ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 43.

⁴⁸ K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1998, s. 18.

⁴⁹ A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna, Tom I, Wydanie II*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2004, s. 34.

⁵⁰ R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności. System Prawa Karnego. Tom 3*, Warszawa 2013, s. 334.

⁵¹ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 44.

⁵² M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, s. 196.

⁵³ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 44.

⁵⁴ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 44.

W Kodeksie karnym zawarte są podstawowe nakazy i zakazy, których adresatem są osoby fizyczne⁵⁵. Nakazy te i zakazy tworzą normy sankcjonowane, które zawierają aspekt teleologiczny oraz aspekt aksjologiczny. Pierwszy z nich dotyczy powinności zachowania zgodnie z nakazem lub zakazem. Aspekt aksjologiczny odnosi się do oceny nakazanego lub zakazanego zachowania w perspektywie dobra lub interesu prawnego, dla którego ochrony dana norma została ustanowiona⁵⁶.

W tym miejscu należy wskazać, że pojęcie ogólnie „dobra prawnego” oznacza to, co jest pożądane, wartościowe i jest realizowane lub chronione przez normy prawne⁵⁷. Do nauki prawa karnego wprowadził je W. Wolter, który uważał, że dobro prawne to przedmiot realny lub idealny, z którym związane są pewne wartości społeczne, wobec czego znajdują się one pod ochroną karną⁵⁸. Nie ma jednak jednolitej i przejrzystej definicji pojęcia „dobra prawnego”, ale na potrzeby niniejszych rozważań wydaje się wystarczające oparcie na definicji W. Woltera⁵⁹.

Powyższy podział dał podstawy do wyróżnienia „bezprawności formalnej”, która obejmuje tylko ocenę powinności zachowania z nakazem lub zakazem oraz „bezprawności materialnej”, która odnosi się do oceny zachowania z punktu widzenia niebezpieczeństwa, jakie to zachowanie stworzyło dla dobra prawnego⁶⁰. Trzeba podkreślić, że naruszenie normy sankcjonowanej czynu dotyczy tylko takich sytuacji, kiedy naruszone zostały reguły postępowania z dobrem prawnym i doszło do zagrożenia dla dobra prawnego. A. Zoll twierdzi, że „norma zawierająca zakaz zachowania powodującego zagrożenie dla określonego dobra mającego wartość społeczną musi być ograniczona do zachowań naruszających reguły postępowania wobec danego dobra. Można więc taką normę bez zmiany treści wyrazić jako nakaz zachowania zgodnie z przyjętymi regułami postępowania wobec danego dobra”⁶¹. Autor uważa, że dla każdego dobra prawnego obowiązują inne reguły postępowania, które są zmienne i za-

⁵⁵ A. Zoll, Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa, (w:) T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały polsko-niemieckiego sympozjum prawa karnego*, Karpacz, maj 1990, s. 102 i nast.; tak samo W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, RPEiS 1993, nr 3, s. 97 i nast.; tak samo P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym*, Kraków 1999, s. 93.

⁵⁶ R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie...*, s. 331.

⁵⁷ J. Zajdło (red.), *Leksykon współczesnej teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2017, s. 35.

⁵⁸ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, Kraków 1933, s. 81–82.

⁵⁹ D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia*, Warszawa 2012, s. 19 i nast.

⁶⁰ R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie...*, s. 331.

⁶¹ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 33.

leżne od pewnych określonych sytuacji⁶². W wielu jednak sytuacjach możliwe jest, choć fragmentaryczne, określenie reguł postępowania z dobrem prawnym. I tak, jeżeli dobrem prawnym jest bezpieczeństwo, to regułami postępowania chroniącymi to dobro prawne będą przepisy ruchu drogowego. Jeżeli dobrem tym będzie zdrowie i życie ludzkie, to zastosowanie będą miały zasady sztuki medycznej. W przypadku bezpieczeństwa i higieny pracy reguły postępowania z tym dobrem prawnym, w zakresie jego ochrony, znajdują się w Kodeksie pracy, różnego typu aktach wykonawczych oraz instrukcjach obsługi maszyn, urządzeń⁶³.

A. Zoll uznaje również tak rozumiane pojęcie „bezprawności” do przestępstw nieumyślnych, twierdząc, że i tutaj wokół dobra prawnego można zbudować reguły postępowania, których zadaniem będzie ochrona tego dobra prawnego⁶⁴. Trzeba podkreślić, że w każdym wypadku chodzi o obiektywne stwierdzenie reguł postępowania. Nie zawsze jednak dochodzi do ich naruszenia, czego przykładem jest usiłowanie nieudolne, kiedy nie dochodzi do żadnego naruszenia reguł postępowania⁶⁵.

Istotne z punktu widzenia oceny „bezprawności” jest to, iż treść nakazu lub zakazu nie obejmuje znamienia skutku. Skutek jest warunkiem karalności naruszenia normy sankcjonowanej, ale nie wchodzi do uznania „bezprawności”, ponieważ ustawodawca nie ma możliwości regulowania skutków przebiegów przyczynowych w naturze⁶⁶.

Poza tym norma sankcjonowana, określająca nakazy oraz zakazy, ma charakter pierwotny do karalności czynu, co oznacza, że w pierwszej kolejności należy ustalić bezprawność czynu, a dopiero wtedy karalność czynu⁶⁷. Jeżeli zachowanie nie jest nakierowane na naruszenie jakiegokolwiek dobra prawnego, ani nie narusza reguł postępowania z tym dobrem prawnym, to jest ono pierwotnie legalne⁶⁸. Wydaje się, że innego zdania w tym zakresie jest J. Wyrembak, który na płaszczyźnie badania świadomości bezprawności czynu dochodzi do wniosku, iż „wprowadzenie do nakreślonego schematu zakazów (nakazów) pozaprawnokarnych – i rozważanie w odniesieniu do nich problemu świadomości bezprawności (...) spójność tę rozbija; na przykład poprzez zerwanie związku po-

⁶² A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 33.

⁶³ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 33.

⁶⁴ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 33, tak samo K. Buchała, *Bezprawność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją dozwolone ryzyko*, s. 90 i nast.

⁶⁵ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 35.

⁶⁶ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 111.

⁶⁷ P. Kardas, *Zbieg przepisów w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 270, 274.

⁶⁸ R. Dębski (red.), *Nauka o przestępstwie...*, s. 332.

między zasadą *nullum crimen sine lege* a kwestią nieświadomości bezprawności czynu (błędu co do bezprawności czynu). Stąd też zakazy (nakazy) pozaprawnokarne (...) należy postrzegać jako »element obcy« w kontekście naszkicowanego schematu, stanowiącego naturalnie zaledwie fragmentaryczne nawiązanie do pełnego opisu modelu dogmatycznego odpowiedzialności karnej⁶⁹.

Omawiając kwestie dotyczące bezprawności należy poczynić kilka uwag dotyczących znaczenia społecznej szkodliwości czynu w kontekście zagrożenia dobra prawnego poprzez nieodpowiednie postępowanie. A. Zoll słusznie uważa, że każde zachowanie, które zagraża dobru prawnemu, mającemu wartość społeczną, jest społecznie szkodliwe⁷⁰. Autor wychodzi z założenia, iż naturę przestępstwa tworzy element materialny oraz element formalny⁷¹. Element formalny rozumiany jest jako zgodność zachowania z opisem czynu, wskazanego w ustawie. Ważniejszy, przy czynionych rozważaniach, jest element materialny przestępstwa, nazywany społecznym niebezpieczeństwem, który wyraża ujemną ocenę zachowania, z punktu widzenia przyjętych w społeczeństwie założeń aksjologicznych⁷². Istotą materialnego elementu przestępstwa jest to, że zagraża on dobrom, które podlegają ochronie, w ten sposób, że narusza reguły postępowania z tymi dobrami, a jednocześnie dobra te są ważne dla społeczeństwa. Tak więc element formalny i materialny przestępstwa są ze sobą związane poprzez to, że ustawodawca, wprowadzając zakaz określonego zachowania jednocześnie przyjmuje, że jego społeczne niebezpieczeństwo (obecnie szkodliwość) jest większe niż znikome, czyli karygodne.

Ważne dla czynionych rozważań jest to, że prawo karne materialne pełni funkcję *ultima ratio*, to znaczy ostatecznego środka ochrony, kiedy nie jest możliwa lub jest niewystarczająca ochrona, która jest przewidziana w innych gałęziach prawa. Prawnokarna ochrona odbywa się właśnie poprzez wskazanie, jakie czyny tej ochronie podlegają, a jakie są z niej wyłączone. Dla A. Zolla jest to II stopień wartościowania, obok I stopnia wartościowania, którym jest naruszenie dobra mającego wartość społeczną poprzez przełamanie reguły postępowania z tym dobrem prawnym⁷³. Chodzi, zdaniem A. Zolla, o wzmocnienie ochrony, która została

⁶⁹ J. Wyrembak, Świadomość bezprawności czynu w ujęciu teoretycznoprawnym, Prokuratura i Prawo 2008, nr 12, s. 58.

⁷⁰ A. Zoll, Okoliczności wyłączające..., s. 36.

⁷¹ A. Zoll, Materialne określenie przestępstwa, Prokuratura i Prawo 1997, nr 2, s. 7.

⁷² A. Zoll, Materialne określenie..., s. 7; tak samo wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 stycznia 2000 r., sygn. WKN 45/99, OSNKW 2000, nr 5–6, poz. 47, OSP 2001, nr 7–8, poz. 119.

⁷³ A. Zoll, Okoliczności wyłączające..., s. 31, s. 36.

udzielona na podstawie przepisów innych gałęzi prawa. A. Zoll słusznie wskazuje, że udzielenie ochrony dobru prawnemu w gałęziach prawa, samo w sobie nie przesądza o prawnokarnej ochronie danego dobra prawnego⁷⁴. Spośród wielu dóbr prawnych, które są chronione w innych gałęziach prawa tylko część z nich znajduje ochronę prawnokarną w ten sposób, że dobra te zostały do tej ochrony wybrane, a ponadto stworzono reguły zakazujące takiego postępowania z tymi dobrami prawnymi, które wprowadzałyby stan zagrożenia dla tych dóbr i które to zachowanie połączone zostało z sankcją w postaci sankcji karnej. Reguły zakazujące określonego postępowania zagrażającego dobru prawnemu to nic innego jak znamiona czynów zabronionych pod groźbą kary⁷⁵. Stąd tak ważne dla prawa karnego materialnego jest właściwe zrozumienie kwestii dotyczących interpretacji znamion czynu zabronionego, w kontekście właściwego określenia granic czynów zabronionych w prawie karnym. Niewłaściwe zinterpretowanie znamion czynu zabronionego może doprowadzić do uznania zachowania prawnie relewantnego za podlegające odpowiedzialności karnej, ale także postawienia na pierwszym miejscu poglądu o potrzebie pociągnięcia do odpowiedzialności karnej i poszukiwaniu odpowiedniego przepisu lub tylko na podstawie samowolnie uznania społecznej szkodliwości czynu za przesłankę do poszukiwania przepisu, z którym związana byłaby kwalifikacja prawna odpowiednia do szkodliwości czynu, dokonanej przez organ, wedle oceny społecznej⁷⁶.

Trzeba jeszcze stwierdzić, że ustawowy zespół znamion czynu obejmuje cały typ przestępnego zachowania, do którego zaliczana jest ponadto umyślność oraz nieumyślność, choć reprezentowane są również poglądy co do podstaw włączenia umyślności do znamion czynu⁷⁷.

Kolejną ważną kwestią jest oddzielenie pojęcia znamion czynu jako wzorca kwalifikacji prawnej od interpretacji znamion czynu. W doktrynie reprezentowany jest utrwalony pogląd, że znamiona czynu jako wzorzec kwalifikacji mają charakter stały. Nie dokonuje się wykładni tychże zna-

⁷⁴ A. Zoll, Okoliczności wyłączające..., s. 36

⁷⁵ A. Zoll, Okoliczności wyłączające..., s. 37.

⁷⁶ I. Andrejew, Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja prawna, Warszawa 1978, s. 15.

⁷⁷ A. Zoll, Okoliczności wyłączające..., s. 31, s.36 oraz I. Andrejew, Ustawowe znamiona czynu..., s. 77 reprezentują pogląd, że umyślność oraz nieumyślność zaliczana jest do zespołu znamion czynu. T. Florek, Struktura zmodyfikowanych typów przestępstw, Kraków 1980, s. 62 uważa, że umyślność bądź nieumyślność winna być włączona do zespołu znamion czynu, z uwagi na to, że ustawodawca, który opisuje rodzaj zachowania winien od razu wskazać, jaki rodzaj winy został przez niego przewidziany dla danego rodzaju czynu.

mion⁷⁸. Trzeba także zastrzec, że w wykładni znamion czynów nie powinno dojść do przełamania zasady wykładni językowej⁷⁹. Jeżeli rezultat wykładni językowej nie jest jednoznaczny, możliwe jest zastosowanie innych dyrektyw wykładni, pod tym jednak warunkiem, że nie będą pogarszały sytuacji oskarżonego. Możliwe jest wnioskowanie z podobieństwa, ale tylko wtedy, gdy jest dokonywane na korzyść oskarżonego. Ponadto dopuszczalne jest stosowanie analogii, ale tylko w wypadkach podobieństwa do uregulowanych w ustawie okoliczności wyłączających bezprawność, winę lub karalność czynu⁸⁰.

A. Zoll dokonuje jeszcze III stopnia wartościowania bezprawności w prawie karnym, którym jest przyjęcie, ale tylko w odniesieniu do niektórych czynów, że już w znamionach czynu zawarta jest negatywna ocena ich społecznej szkodliwości, a jako przykład należałoby podać w sferze prawa karnego materialnego art. 278 Kodeksu karnego – cel przywłaszczenia, a w przypadku tzw. przestępstw gospodarczych art. 300 § 2 Kodeksu karnego – cel udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego. Są bowiem takie zachowania, gdzie już na poziomie znamion czynu zabronionego widoczna jest bezprawność jako negatywna ocena społecznej szkodliwości. Przejawia się ona w większym negatywnym nastawieniu sprawcy, którego zachowanie nakierowane jest na osiągnięcie pewnego celu, wskazanego przez ustawodawcę już na poziomie znamion czynu zabronionego.

Trzeba także wskazać, że monistyczne ujęcie bezprawności nie w każdej sytuacji będzie dawało możliwość wykorzystania go do budowania nakazów i zakazów. G. Łabuda podaje przykład prawa podatkowego, w którym warunkiem stworzenia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego jest naruszenie nakazów i jako przykład podaje nakaz złożenia deklaracji podatkowej, kiedy nie dochodzi do niebezpieczeństwa dla dobra prawnego tj. mienia Skarbu Państwa⁸¹. Sytuacja taka jest możliwa, gdy w fakturach wykazany został do zapłaty podatek VAT, przy przyjęciu, że tzw. „pusta” faktura nie rodzi zdarzenia związanego z obliczeniem i odprowadzeniem podatku, ponieważ brak jest obrotu, który stanowi

⁷⁸ T. Florek, *Struktura zmodyfikowanych...*, s. 70, tak samo K. Buchała, *Recenzja pracy I. Andrejewa, Ustawowe znamiona czynu, Typizacja i kwalifikacja prawna, PiP 1979*, nr 6, s. 126, a także A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 41.

⁷⁹ A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 41, a także L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. II, Toruń 2010, s. 97 i nast.

⁸⁰ A. Zoll, *Komentarz do art. 1 Kodeksu karnego, Lex/el*, t. 87, 88.

⁸¹ G. Łabuda, *O kształcie norm charakteryzujących bezprawność i karalność przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo*, (w:), *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, Wrocław 2004, T. XV, AUW No 2622, s. 75.

podstawę opodatkowania podatkiem VAT. W tych przypadkach musi nastąpić rezygnacja z naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym i przyjęcie, że bezprawność w prawie podatkowym polega tylko na naruszeniu samych zakazów lub nakazów. Zabieg ten oznacza, że w niektórych gałęziach prawa o bezprawności będzie decydowało samo naruszenie nakazów lub zakazów, bez warunku naruszenia reguł postępowania z dobrem prawnym, które narażają to dobro na niebezpieczeństwo. Podobne stanowisko do A. Zolla zajmuje W. Wróbel, który wyróżnia obok bezprawności karnej także bezprawność systemową, przy czym tej drugiej nie odnosi do treści normy. W. Wróbel twierdzi, że treść ta jest taka sama w każdej gałęzi prawa⁸².

Odnosząc się do koncepcji ujęcia pojęcia „bezprawności” trzeba stwierdzić, że nie jest możliwe przyjęcie jednolitej koncepcji bezprawności dla całego porządku prawnego. W różnych gałęziach prawa uregulowana jest odmiennie problematyka dotycząca prawa cywilnego, prawa handlowego, administracyjnego. Inne ujęcie „bezprawności” występuje w Konstytucji, w odniesieniu do odpowiedzialności za działanie władzy publicznej, inaczej bezprawność uregulowana jest w prawie cywilnym, podatkowym, handlowym czy rodzinnym. Podstawą są w każdej dziedzinie odrębnie uregulowane dobra prawnie chronione, właściwie dla danej gałęzi prawa lub instytucji, a co za tym idzie także normy prawne. Pomimo tych różnic możliwe jest przyjęcie poglądu, że bezprawność w innych, pozakarnych, gałęziach prawa winna być warunkiem podstawowym do czynienia rozważań, które dotyczą bezprawności w prawie karnym. Ustalenie bezprawności winno następować poprzez poszukiwanie zakazów lub nakazów postępowania w innych gałęziach prawa oraz reguł dotyczących obchodzenia się z dobrem prawnym. Tak jak pokazał G. Łabuda, nie zawsze warunkiem koniecznym stwierdzenia bezprawności będzie stworzenie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Jednak należy zastanowić się, czy trudności te nie wynikają z działań ustawodawcy, który norm prawnych, dotyczących ochrony różnych dóbr, nie umieszcza we właściwym miejscu.

Warunkiem podstawowym stwierdzenia bezprawności w prawie karnym będzie naruszenie zakazu lub nakazu, który wynika z konkretnej normy prawnej. Przykładem może być orzecznictwo sądowe, z którego powyższa teza wynika. I tak w postanowieniu z dnia 6 marca 2009 r., sygn. II KK 283/08, Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż „jeżeli ustawodawca nie przewidział w ramach odpowiedzialności cywilnoprawnej możliwo-

⁸² W. Wróbel, *Relacyjne i wartościujące ujęcie bezprawności w prawie karnym*, PPK 1993, nr 8, s. 5 i nast.

ści pociągnięcia wspólników (członków zgromadzenia) do odpowiedzialności za podjęte działania, to tym bardziej nie uprawniony wydaje się wniosek o dalej idącej odpowiedzialności karnej, kłóciłby się bowiem z zasadą subsydiarności prawa karnego gospodarczego⁸³. W sprawie tej Sąd Najwyższy uznał, iż wykluczenie tych podmiotów z kręgu podmiotów przestępstwa z art. 308 Kodeksu karnego w zw. z art. 300 § 1 i 3 Kodeksu karnego, jest w pełni zasadne. Należy podkreślić, iż podobne stanowisko wyraził Sąd Apelacyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. II AKa 309/13, w którym odnosząc się do zachowania udziałowca spółki z o.o. polegającego na uszczupleniu majątku i faworyzowaniu wierzycieli, wskazał, że jeżeli ustawodawca nie przewidział w ramach odpowiedzialności cywilnoprawnej możliwości pociągnięcia wspólników (członków zgromadzenia) do odpowiedzialności za podjęte działania, to tym bardziej nie uprawniony wydaje się wniosek o dalej idącej odpowiedzialności karnej, ponieważ kłóciłby się z zasadą subsydiarności prawa karnego gospodarczego. Sąd dalej wskazuje, że w świetle powyższej argumentacji wykluczenie wspólników (członków zgromadzenia wspólników) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z kręgu osób zajmujących się sprawami majątkowymi spółki jest w pełni zasadne⁸⁴. Zależność bezprawności w prawie cywilnym od prawa karnego została wskazana przez Sąd Apelacyjny w Krakowie, który w wyroku z dnia 6 czerwca 2014 r., sygn. I ACa 460/14, wskazał, że „nie każde działanie bezprawne jest przestępstwem, zaś każde przestępstwo jest działaniem bezprawnym”⁸⁵.

Przechodząc do zobrazowania pojęcia „bezprawności” na podstawie prawa karnego materialnego należy, w pierwszej kolejności, rozważyć bezprawność jako naruszenie nakazów oraz zakazów. Trzeba odpowiedzieć na pytanie o źródła tychże nakazów oraz zakazów. Rzecz wydaje się prosta tam, gdzie nakazy oraz zakazy, które są zawarte w normie sankcjonowanej, są jasne i nie mają charakteru ocennego, a ponadto do ich interpretacji nie jest niezbędne sięganie do norm podustawowych. Rzecz wydaje się trudniejsza wszędzie tam, gdzie przepis karny w części ma charakter blankietowy i do określenia jego granic w rozumieniu nakazów oraz zakazów konieczne jest odwołanie się do przepisów prawa lub norm niższego rzędu. Wówczas niezbędne jest wskazanie, czy do zin-

⁸³ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 marca 2009 r., sygn. II KK 283/08, LexisNexis nr 2104786, LEX nr 507938.

⁸⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 listopada 2013 r., sygn. II AKa 309/13, LEX nr 1402997.

⁸⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 czerwca 2014 r., sygn. I ACa 460/14, Legalis nr 1093148.

terpretowania treści nakazu lub zakazu, gdy brak jest konkretnego przepisu lub normy prawa wewnętrznego, możliwe jest odwołanie się tylko do klauzuli generalnej i tylko na jej podstawie zbudowania granic nakazu lub zakazu. Wydaje się, że dobrym przykładem jest art. 231 Kodeksu karnego, zgodnie z którym przekroczenie swoich uprawnień oraz niedopełnienie obowiązków przez funkcjonariusza publicznego rodzi odpowiedzialność karną po stronie tegoż funkcjonariusza. Pomijając kwestię określenia podmiotu, która w tym momencie wydaje się mniej istotna, należy odnieść się do źródła uprawnień oraz obowiązków w celu odpowiedzi na pytanie, czy przy określaniu ich zakresu, konieczne jest tylko odwołanie się do przepisów prawnych lub innych norm, czy też wystarczy samo odwołanie się do jakiejś klauzuli generalnej, która byłaby wyinterpretowana na podstawie przyjętego dobra chronionego z rozdziału XXIX „Przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego” lub interesu publicznego czy też prywatnego, w którym to rozdziale znajduje się art. 231 § 1 Kodeksu karnego. Wydaje się, że przydatny w tym zakresie może być wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, kiedy to Trybunał Konstytucyjny badał zgodność art. 231 § 1 Kodeksu karnego z art. 42 ust. 1 Konstytucji i wypowiadał się w zakresie źródła uprawnień i obowiązków funkcjonariusza publicznego jako podstawy odpowiedzialności karnej z art. 231 Kodeksu karnego⁸⁶. Z uzasadnienia treści powołanego wyroku Trybunału Konstytucyjnego jasno wynika, że przepis art. 231 Kodeksu karnego ma „charakter częściowo blankietowy. Oznacza to, że ustawa nie określa dokładnie zestawu znamion i zleca określenie niektórych jego elementów przepisom wykonawczym”⁸⁷. Natomiast akt wykonawczy doprecyzowuje tylko to, co kryminalizuje ustawa, która upoważnia konkretny podmiot do wydania rozporządzenia w celu uzupełnienia opisu znamion, a nie do ich tworzenia. Traktując posługiwanie się przepisami blankietowymi jako sytuacje wyjątkowe, uzasadnione względami technicznymi i szybko zmieniającymi się uwarunkowaniami społecznymi oraz ekonomicznymi, nie naruszamy zasady *nullum crimen sine lege*⁸⁸. Trybunał Konstytucyjny, w swoim uzasadnieniu, przytoczył postanowienie z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. KZP 8/09, w którym Sąd Najwyższy, stwierdził że zasada *nullum crimen sine lege* określa, że odpowiedzialność karną może ponieść tylko

⁸⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, OTK-A 2010, nr 5, poz. 50, Dz. U. z 2010 r., Nr 117, poz. 790.

⁸⁷ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08..., z powołaniem się na R. Dębskiego, Pozaustawowe znamiona przestępstwa, Łódź 1995, s. 110.

⁸⁸ M. Derlatka, Blankietowy charakter przepisu karnego a zasada *nullum crimen sine lege*, *Palestra* 2010, nr 3, s. 77.

sprawca czynu zabronionego przez ustawę, nie zaś, że ustawa taka będzie zawierała opis każdego możliwego zachowania, które wyczerpuje znamiona tego czynu. Nie można zatem stawiać znaku równości pomiędzy sformułowaniem «czyn», użytym w art. 1 § 1 Kodeksu karnego, a koniecznością stworzenia kompletnego ustawowego katalogu zachowań określających poszczególne czynności sprawcze realizujące znamiona czynów zabronionych. Trybunał Konstytucyjny uzasadnił, że źródłem praw i obowiązków mogą być przepisy Konstytucji, ustaw, rozporządzeń, ale też aktów o charakterze prawa wewnętrznego (zarządzeń, uchwał, statutów, regulaminów, instrukcji urzędowania), jak również polecen służbowych i ogólnych reguł postępowania z określonym dobrem prawnym. Trzeba stwierdzić, że Trybunał Konstytucyjny zajmował się źródłami uprawnień oraz obowiązków i nie wypowiadał się odnośnie tego, czy sama klauzula dotycząca istoty urzędu jako dobra chronionego, bez jej doprecyzowania w akcie, niezależnie od jego rangi oraz charakteru, może być podstawą budowania konstrukcji zakresu praw i obowiązków, a w przypadku ich naruszenia, pociągnięcia do odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego. Analiza treści omawianego orzeczenia raczej wskazuje na to, że budowanie granic praw oraz obowiązków winno odbywać się w oparciu o ustalanie treści różnych przepisów, w tym aktów wewnętrznych i wspólnie z nimi reguł dotyczących istoty urzędu⁸⁹. Nie wydaje się, aby jedyną podstawą mogły być tylko ogólne reguły dotyczące funkcjonowania urzędu. Gdyby tak było, to zakres praw i obowiązków mógłby być dowolnie rozszerzany i instrumentalnie wykorzystywany, praktycznie eliminując ochronę przed nadużyciami. Wydaje się, że tego typu pogląd nie jest możliwy do zaakceptowania, ponieważ, z jednej strony, narusza zasadę określoności znamion czynu zabronionego, nawet poprzez odwołanie do aktów wewnętrznych, a z drugiej strony, daje zbyt szerokie możliwości oceny organowi prowadzącemu postępowanie przygotowawcze do stwierdzenia, czy doszło do wypełnienia znamion czynu zabronionego, na podstawie własnej oceny istoty instytucji, czy oceny postępowania z dobrem prawnym, bez odwołania się do jakiegokolwiek podstawy normatywnej. Ponadto akceptacja takiego poglądu prowadzi praktycznie do uznania w prawie karnym materialnym blankietu zupełnego, przy czym treść znamion odnoszących się do strony przed-

⁸⁹ Podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2002 r., sygn. II KKN 365/99, *Legalis* nr 64966, w którym Sąd przyjął, iż podstawę prawną działania funkcjonariusza Policji stanowią obowiązki służbowe i sprzężone z nimi uprawnienia, w związku z czym legalność danego działania podlega ocenie pod kątem zgodności z przepisami określającymi podstawy oraz sposób wykonywania obowiązków i uprawnień służbowych tej osoby.

miotowej byłaby ustalona nie przez ustawodawcę, a organ prowadzący postępowanie.

Trzeba także stwierdzić, że przyjęcie konstrukcji odpowiedzialności z art. 231 § 1 Kodeksu karnego tylko w oparciu o reguły ogólne, przy już wysoce blankietowym charakterze tego przepisu, rodzi pokusę instrumentalnego wykorzystania przepisu prawa karnego. Dlatego też zasadne jest uznanie, iż w ramach oceny zachowania w kierunku wypełnienia znamion czynu zabronionego przyjęcie, że wykładnia pojęcia „bezprawności” winna być odnoszona do sprzeczności postępowania z nakazami lub zakazami wynikającymi z przepisów prawa, które mogą być uszczegółowione w aktach rangi podustawowej oraz aktach o charakterze wewnętrznym. Nie ma żadnych ograniczeń co do gałęzi prawa, z której te normy prawne będą pochodziły. Będzie to uzależnione od sfery działalności funkcjonariusza publicznego. Wyraźne stanowisko co do rodzaju norm prawnych zajął Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 7 września 2017 r., sygn. I ACa 1071/16, gdzie uznał, że bezprawne jest „każde działanie, które nie jest usprawiedliwione przepisami prawa”⁹⁰.

Inne stanowisko wynika z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 marca 2003 r., sygn. II CKN 1370/00, w którym Sąd wskazał, że „zachowanie się funkcjonariusza państwowego jest bezprawne, jeżeli pozostaje w sprzeczności z obowiązującym porządkiem prawnym, przez który należy rozumieć nie tylko obowiązujące ustawodawstwo, ale również przyjęte ogólnie w społeczeństwie zasady współżycia społecznego”⁹¹.

Pomimo niejednolitego stanowiska co do podstaw budowania nakazów oraz zakazów nie budzi wątpliwości, że muszą one wynikać z normy prawnej, niezależnie od gałęzi prawa, w której ta norma prawna została umieszczona. Możliwe jest powiązanie normy prawnej z ogólnymi regułami dotyczącymi istotny dobra prawnego. Jako zbyt daleko idący należy uznać pogląd, że podstawą określenia nakazów oraz zakazów byłyby same reguły ogólne, w oderwaniu od norm prawnych.

Na marginesie należy tylko zaznaczyć, że w niektórych przepisach dotyczących przestępstw wojennych znajdują się odesłania do innych przepisów, jak na przykład w art. 121 Kodeksu karnego, gdzie znajduje się sformułowanie „wbrew zakazom prawa międzynarodowego”, co oznacza, że występują dwa poziomy bezprawności, jeden polegający na wypełnieniu znamion czynu, a drugi polegający na naruszeniu norm pra-

⁹⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 7 września 2017 r., sygn. I ACa 1071/16, Legalis nr 1712851.

⁹¹ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 26 marca 2003 r., sygn. II CKN 1370/00, Legalis nr 277207.

wa międzynarodowego. Stan ten określany jest mianem podwójnej bezprawności, ale jeżeli bezprawność oparta jest o normy prawne, to należy uznać za dopuszczalny.

Znaczenie pojęcia „prawnokarnej bezprawności” w kontekście „bezprawności gospodarczej”

Ustalenie „bezprawności” w prawie karnym wydaje się łatwiejsze, niż bezprawności przy tzw. „przestępstwach gospodarczych”, co wynika z tego, że w pierwszej kategorii nakazy i zakazy postępowania są łatwiejsze do ustalenia. W rzeczywistości, jak to wynika z koncepcji „bezprawności”, konieczne jest poszukiwanie normy prawnej w innych gałęziach prawa dla określenia pozakarnej bezprawności, aby określić bezprawność karną. W związku z tym powstaje pytanie, czy „gospodarcza bezprawność prawnokarna” może być przyjmowana w oderwaniu od nakazów i zakazów wynikających przykładowo z konkretnych przepisów Kodeksu spółek handlowych, związanych z wzajemnymi prawami i obowiązkami wspólników w spółce. Należy rozstrzygnąć, czy ta bezprawność musi wynikać z konkretnej normy czy też może być ustalona tylko poprzez wykładnię takich pojęć jak „dobre obyczaje handlowe”. Jeżeli twierdząco odpowiedzieć na zgłaszane wyżej wątpliwości, to należy zaakceptować szerokie ujęcie „bezprawności” w innych gałęziach prawa i przeniesienie jej w całości na grunt prawa karnego gospodarczego. Za subsydiarnym rozumieniem bezprawności opowiada się R. Zawłocki, który uważa, że w pierwszej kolejności należy ustalić, czy działanie miało miejsce w ramach praw i obowiązków gospodarczych. Jeżeli działanie jest zgodne z normami prawa gospodarczego, to jest zgodne z porządkiem prawnym⁹². Może się wydawać, iż oznaczałoby to, z jednej strony, praktycznie tożsamość pojęć „bezprawności pozakarnej” z „gospodarczą bezprawnością karną” i zgodność z orzecnictwem pozakarnym, a z drugiej strony rozszerzenie interpretacji znamion przestępstw praktycznie na wszelkie granice bezprawności, a tym samym przekroczenie zasady określoności znamion czynu zabronionego w prawie karnym gospodarczym. Z praktycznego punktu widzenia oznaczałoby to konieczność przyjęcia ustaleń faktycznych oraz prawnych z innych orzeczeń i brak odrębności orzecnictwa sądów karnych. Aby uniknąć wskazanych błędów i wykazać, że są to tylko pozorne sprzeczności, należy przyjąć, że bezprawność pozakarna jest pierwszym stopniem do oceny bezprawności

⁹² R. Zawłocki, *Prawo karne gospodarcze*, Warszawa 2007, s. 302.

w prawie karnym gospodarczym w tym kontekście, że określa rodzaj dobra prawnego i pozakarne reguły postępowania z tym dobrem prawnym, mające na celu ochronę tego dobra prawnego. Jako uzasadnienie należy przyjąć, że nie każda bezprawność pozakarna będzie jednocześnie oznaczała bezprawność w sferze prawa karnego, a w szczególności prawa karnego gospodarczego. Podstawowym w tym zakresie jest stwierdzenie, że brak bezprawności pozakarnej czy też zgodność z normami prawnymi pozakarnymi jednoznacznie wskazuje na to, że czyn jest pierwotnie legalny. Takie ustalenie powinno zakończyć dalsze rozważania na gruncie prawa karnego, w tym prawa karnego gospodarczego. Dlatego też złudne wydaje się ograniczenie interpretacji pojęcia „bezprawności” odnoszone tylko do tzw. „bezprawności przestępczości gospodarczej”, a nie do całego prawa karnego.

W tym miejscu należy zasygnalizować pewną trudność wynikającą z tego, że przedmiotem oceny są normy prawne różnej rangi oraz znaczenia, przy czym ma znaczenie i jest konieczne określenie na podstawie formalnych przesłanek ich pozycji oraz wpływu, czego przykładem jest wpływ zasady swobody umów na normy prawne i uznania norm prawnych sformalizowanych wtedy, gdy strony nie postanowiły inaczej. U podstaw takiego rozumienia „bezprawności gospodarczej” leży również zasada subsydiarności prawa karnego, z której wynika, że prawo karne gospodarcze winno być stosowane w ostateczności, gdy normy innych gałęzi prawa nie są wystarczające do zapewnienia ochrony⁹³.

W związku z tym należy także odpowiedzieć na pytanie, czy chodzi o bezprawność w ścisłym tego słowa znaczeniu, czyli sprzeczność z konkretnymi normami prawnokarnymi, czy też możliwe jest ustalenie bezprawności przy pomocy pozakarnych klauzul generalnych, kiedy brak jest sprzeczności zachowania z konkretnymi normami prawnokarnymi, ale mamy do czynienia z zachowaniem będącym nadużyciem, które oceniane jako sprzeczne, przykładowo z klauzulą społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa lub z zasadami współżycia społecznego, może być uznane za bezprawne w szerokim rozumieniu tego pojęcia na gruncie ocen prawnokarnych.

Pojęcie „bezprawności” w prawie cywilnym, prawie pracy oznacza nie tylko bezprawność jako sprzeczność z konkretną normą prawną, ale także, w sytuacji braku zgodności z konkretnym przepisem, wyinterpretowania przez sąd bezprawności jako sprzeczności z klauzulami generalnymi. Wydaje się, że R. Zawłocki opowiada się za wąskim rozumieniem „bez-

⁹³ R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 316.

prawności” w prawie cywilnym oraz karnym jako obiektywnej sprzeczności z przepisami prawa, które zawierają pewne nakazy i zakazy⁹⁴. Autor dalej pisze, że „zabronione (bezprawne) jest więc to, czego zakazuje konkretny przepis prawny. Bezprawność gospodarcza ma więc charakter obiektywny, albowiem opiera się na bezprawnym kryterium sprzeczności czynu sprawcy z normą prawną”⁹⁵. Należy podzielić pogląd, że bezprawność w sferze prawa gospodarczego winna obejmować sprzeczność z konkretnymi normami prawnymi, a nie tylko ogólnymi regułami.

Na marginesie należy tylko wskazać, że „karna gospodarcza bezprawność” odnoszona jest również do dobra prawnego, które podlega ochronie na podstawie określonych norm prawnych. Ich naruszenie będzie godziło w chronione dobro prawne. W Kodeksie karnym dobrem prawnie chronionym przy tzw. przestępstwach gospodarczych będzie obrót gospodarczy⁹⁶. Trzeba podkreślić, że pojęcie „obrotu gospodarczego” w swej treści musi odnosić się do norm z różnych gałęzi prawa.

Zakończenie

Rozważania, jakie zostały poczynione w odniesieniu do bezprawności na podstawie różnych gałęzi prawa, bezprawności karnej oraz bezprawności karnej gospodarczej prowadzą do przedstawienia tezy o konieczności przyjęcia bezprawności karnej oraz bezprawności karnej gospodarczej przy tzw. przestępstwach gospodarczych tylko w oparciu o stwierdzenie sprzeczności postępowania z konkretnymi normami prawnymi. Taki pogląd wyrażony został w doktrynie i należy uznać go za słuszny, bowiem zasada bezprawności w ścisłym tego słowa znaczeniu winna być przyjęta w prawie karnym oraz prawie karnym gospodarczym. Wiąże się ona nie tylko z zasadą określoności znamion czynu zabronionego, ale także ogranicza przyjęcie wypełnienia znamion czynu zabronionego do norm jasno określonych. Oznacza to także, że skutki prawne bezprawności mogą być różne, w zależności od tego, na podstawie jakich przepisów prawa bezprawność została stwierdzona i nie zawsze muszą prowadzić do przyjęcia wypełnienia znamion czynu zabronionego. Dlatego też zasadne jest przy ocenie wypełnienia znamion czynu zabronionego w szeroko rozumianym prawie karnym wąskie ujęcie „bezprawności” jako sprzeczności z normami prawnymi.

⁹⁴ R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 317.

⁹⁵ R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 319.

⁹⁶ R. Zawłocki (red.), *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*, System Prawa Karnego, tom 9, Warszawa 2011, s. 429.

Notion of “illegality” in various branches of law

Abstract

The present article explores “illegality” as a general term in all branches of law, and as a specific term having a distinct meaning in the Constitution and in civil, administrative, tax, criminal and criminal business law. An attempt is made to answer the question of whether inconsistency with a non-criminal norm gives grounds for assuming illegality under criminal law and criminal business law.

Wojciech Sołdaczuk

Rola i znaczenie etyki zawodowej prawnika ze szczególnym uwzględnieniem etyki zawodu prokuratora

Streszczenie

Zasadniczym celem niniejszego artykułu jest przybliżenie zagadnienia roli etyki zawodowej w praktyce wykonywania zawodów prawniczych. Punktem wyjścia rozważań przedstawionych w publikacji jest specyfika urzędu prokuratorskiego, jak również charakter obowiązków prokuratora. Autor omawia m.in. takie kwestie, jak proces kształtowania się tradycji etycznej w zawodach prawniczych, przenikanie zasad systemu prawnego common law do systemu prawa kontynentalnego w obszarze kształtowania zbioru zasad etycznych, czy ocena działań i postaw prokuratora w sprawach karnych wątpliwych dowodowo w kontekście obowiązków oskarżyciela publicznego.

Niewątpliwie etyka prawnicza nakierowana jest na rozstrzygnięcie konkretnych, specyficznych zagadnień i pozostaje na tym samym poziomie ogólności co zwykła dogmatyka prawnicza. Argumentacja etyczna może być użyta jako narzędzie krytyki nie tylko czysto faktycznych działań lub zaniechań prawników, ale także treści ich decyzji¹. Kwestie te mają szczególnie istotne przełożenie na wykonywanie profesji prokuratora z uwagi na charakter zadań, obowiązków i uprawnień przedstawicieli tej grupy zawodowej. Dość wspomnieć, że w myśl ugruntowanej linii orzeczniczej naruszanie przez prokuratora zasad dyscypliny służbowej, traktować należy w kategoriach równoczesnego naruszania zasad etyki zawodowej². Tym samym nieprzestrzeganie postanowień zawartych np. w Zbiorze Zasad Etyki Zawodowej Prokuratorów oceniać można w kate-

¹ Por. J. Winczorek, Czy istnieje etyka prawnicza? Kilka uwag ze stanowiska socjologicznej teorii norm, (w:) H. Izdebski, P. Skuczyński, Etyka prawnicza. Stanowiska i perspektywy 2, Warszawa 2011, s. 35.

² Por. wyrok WSA w Szczecinie z dnia 24 października 2012 r., sygn. II SA/Sz 799/12, LEX nr 1241475.

gorii uchybienia godności urzędu prokuratora³. Uzasadnione jest twierdzenie, że przewinienie dyscyplinarne może być popełnione również nieumyślnie, na skutek naruszenia obowiązków wynikających z pragmatyki służbowej, złożonego ślubowania czy zasad etyki. Z powyższych przyczyn prezentacja spojrzenia praktyka na rolę i znaczenie etyki zawodowej w praktyce pełnienia obowiązków oskarżyciela publicznego wydaje się być zagadnieniem interesującym.

Historia etyki prawniczej jest ściśle powiązana z historią zawodów prawniczych, wymiaru sprawiedliwości i samego prawa. Z tego względu genezy etyki prawniczej należy poszukiwać w kształtowaniu się grup społecznych zajmujących się tworzeniem i stosowaniem prawa.

Co do zasady wyszczególnia się trzy podstawowe tradycje etyki prawniczej, które ukształtowały się w ciągu ostatnich kilkuset lat i do dziś intensywnie oddziałują na tożsamość i pojmowanie zawodów prawniczych. Zalicza się do nich: a) opartą na cnocie i niezależności etykę francuskiej adwokatury, b) opartą na obowiązku i lojalności etykę amerykańskich prawników (*lawyers*), c) opartą na uzupełnianiu ról społecznych i posłuszeństwie etykę prawników niemieckich⁴.

Samo pojęcie „etyka” oznacza moralność i wywodzi się od greckiego słowa „ethike”, co sprawia, że bardzo często w powszechnym rozumieniu etyka utożsamiana jest z moralnością. Należy jednak stanowczo podnieść, że nie jest to stanowisko prawidłowe, albowiem normy etyczne mają charakter normatywny, a normy moralne charakter opisowy. Podkreślić należy, że prawo jako system normatywny obsługiwane jest przez grupę zawodową profesjonalistów, a struktura tej grupy zróżnicowana jest w zależności od tego, z jaką kulturą prawną mamy do czynienia.

Główne kultury prawne tj. kultura prawa kontynentalnego jak i kultura prawa *common law*, wykształciły wzorce etyk zawodowych, wyznaczając tym samym prawnikom (także prokuratorom) określone standardy postępowania. Wzorce te bardzo często przybierają obecnie formy skodyfikowane, pozostając niestety często w sprzeczności z innymi aktami prawnymi⁵. W Polsce przemiany etyki prawniczej zachodzą wyjątkowo intensywnie od około dwóch dekad, przy czym wyraźnie zauważalny jest wpływ amerykańskiej etyki prawniczej. Postępuje jurydyzacja etyki prawniczej, która przejawia się nie tylko w powstawaniu nowych kodeksów etyki zawodowej, wśród których należy chociażby wymienić: kodeks etyki

³ Por. wyrok SN z dnia 19 kwietnia 2016 r., sygn. SNO 3/16, LEX nr 2026241.

⁴ Zob. P. Skuczyński, Status etyki prawniczej, Warszawa 2010, s. 18–19.

⁵ Por. E. Smoktunowicz, Wielka Encyklopedia Prawa, Białystok 1999.

zawodu radcy prawnego, kodeks etyki notariusza, kodeks etyki zawodowej komornika czy zbiór zasad etyki zawodowej prokuratorów. W ramach tzw. programów *pro bono*, w szeregu firm prawniczych pojawił się wymóg nieodpłatnego przepracowania określonej liczby godzin, na rzecz osób ubogich, co traktowane jest w kategoriach działalności dla dobra publicznego⁶.

Obowiązujące kodeksy etyk zawodowych zostały uchwalone na podstawie upoważnień zawartych w ustawach dotyczących poszczególnych korporacji. Naruszenie norm zawartych w poszczególnych kodeksach etycznych pociąga za sobą bardzo często sankcje o charakterze dyscyplinarnym. Tym samym kodeksy etyki zawodowej powinny być traktowane jako akty o charakterze normatywnym, pomimo iż nie można zaliczyć ich do źródeł prawa w rozumieniu konstytucyjnym. Nadmienić należy też, że niemożliwe jest wyczerpujące ujęcie w kodeksach etyki zawodowej wszystkich zdarzeń i wątpliwości, jakie mogą się pojawić w realiach wykonywania danego zawodu prawniczego.

Należy podzielić pogląd wyrażany w piśmiennictwie, iż przy formułowaniu efektywnych i prawdziwie perspektywnych reguł etyki prawniczej powinien być uwzględniany w szczególności ten aspekt kultury prawa systemu *common law*, który zakłada przywiązywanie zasadniczej wagi do wszelkich kulturowych aspektów tworzenia i funkcjonowania prawniczych reguł etycznych i ich bezpośredniego powiązania z filozofią prawa i filozofią polityki⁷.

Etyka prokuratora, zarówno w Polsce jak i w większości innych państw demokratycznych, dotyczy zarówno prowadzonego przez prokuratora (nadzorowanego) postępowania przygotowawczego, występowania przez prokuratora przed sądem w roli oskarżyciela, ale także jego zachowania i postawy „poza godzinami formalnej pracy”. Stoję na stanowisku, że niezależnie od obowiązującej kultury prawnej prokurator występując przed sądem jako oskarżyciel, z jednej strony będąc „stroną procesu karnego” powinien popierać akt oskarżenia i dążyć do wydania w sprawie w możliwie najszybszym terminie sprawiedliwego społecznie wyroku. Z drugiej jednak strony, prokurator jako tzw. „stróż praworządności” nie powinien przekonywać do wydania wyroku skazującego osoby, co do której istnieją przesłanki wyłączające jej winę. Innymi słowy, w niektórych stanach faktycznych, przy uwzględnieniu zebranego przed sądem materiału dowodowego, prokurator w mowie końcowej każdora-

⁶ Zob. P. Skuczyński, Status etyki prawniczej, s. 96–97.

⁷ Zob. H. Izdebski, P. Skuczyński, Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnika, Warszawa 2006, s. 67 i nast.

zowo powinien rozważyć złożenie wniosku o uniewinnienie oskarżonego od zarzucanego mu czynu. Uważam, że sytuacji tego typu nie należy w żaden sposób utożsamiać z „porażką” prokuratora, albowiem bardzo często to dopiero przed sądem można dojść do rzeczywistego ustalenia prawdy materialnej. Nie należą wszak do rzadkości sytuacje, w których np. opinia biegłego, będąca *sui generis* fundamentem oskarżenia, zostaje przed Sądem skutecznie zakwestionowana, zeznania przesłuchanych świadków okazują się fałszywe, tudzież pojawiają się nowe dowody, nieznane wcześniej urzędowi prokuratorskiemu. W tych warunkach prokurator nie może rozmyślnie forsować nieprawdziwych informacji, mających na celu poparcie „dla zasady” tez zawartych w akcie oskarżenia.

Powyższe rozważania wydają się o tyle zasadne, że prokurator w ustawodawstwie polskim pełni w istocie podwójną rolę tj. oskarżycielską i obrończą, albowiem jest jedynym oficjalnym urzędnikiem państwowym odpowiedzialnym prawnie i moralnie w procesie karnym z jednej strony za utrzymywanie przekonania o winie oskarżonego, z drugiej zaś strony – za niedopuszczenie do oskarżenia, skazania i ukarania osoby niewinnej. Należy również podnieść, iż przy aktualnie obowiązujących uregulowaniach prawnych, niezależność prokuratora *de facto* ulega bardzo istotnym ograniczeniom. Zgodnie z artykułem 8 ust. 1 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. – Prawo o Prokuraturze (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1767) prokurator przełożony uprawniony jest do zmiany lub uchylecia decyzji prokuratora podległego. Nie ulega wątpliwości, iż prokurator przełożony, pisemnie uchylając decyzję podległego prokuratora, ponosi za to całkowitą odpowiedzialność. Skoro więc hierarchiczne podporządkowanie jest wpisane w istotę funkcjonowania Prokuratury, wyżej przytoczony zapis musi funkcjonować. W mojej ocenie, niepodlegająca jakimkolwiek ograniczeniom niezależność prokuratora, prowadziłaby do zatarcia różnicy pomiędzy zagwarantowaną konstytucją niezawisłością sędziowską, a niezależnością prokuratora. Obecnie prokurator przełożony może zmienić każdą decyzję prokuratora prowadzącego postępowanie, jeżeli wymaga tego dobro wymiaru sprawiedliwości, w tym nawet uchylić postanowienie o przedstawieniu zarzutów, nie wyrazić zgody na przekazanie do sądu niezasadnego w ocenie przełożonego aktu oskarżenia czy uchylić bądź zmienić inne decyzje procesowe. Istnieje przy tym ustawowy obowiązek poinformowania Prokuratora Krajowego o zmianie lub uchyleciu decyzji

prokuratora podległego, a jeżeli działania takie podjął Prokurator Krajowy musi o powyższym poinformować Prokuratora Generalnego⁸.

Istotne z punktu widzenia problematyki etyki zawodu prokuratora rozwiązanie prawne przewiduje art. 55 § 1–4 k.p.k., zgodnie z którym, jeżeli prokurator powtórnie wyda postanowienie o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania, pokrzywdzony w terminie miesiąca od doręczenia mu zawiadomienia może złożyć do Sądu tzw. subsydiarny akt oskarżenia, a prokurator może brać udział w takim postępowaniu – oczywiście na prawach strony. Słusznie podnosi się w doktrynie, iż w takim „układzie procesowym” prokurator najczęściej będzie dokonywał czynności na korzyść oskarżonego, w tym nawet wnosił na korzyść oskarżonego środki odwoławcze⁹. Podnieść należy jednak, że gdy pojawią się nowe dowody podważające pierwotną decyzję prokuratora o umorzeniu postępowania lub odmowie wszczęcia postępowania, nie może on postępować w imię zasady „dążenia do uzyskania wyroku skazującego za wszelką cenę”, natomiast bezdyskusyjnie musi procedować obiektywnie i etycznie.

Rzetelny i obiektywny prokurator powinien być człowiekiem przestrzegającym zasad etycznych i moralnych, a nie bezkrytycznie popierającym czy wnoszącym akt oskarżenia. Popieranie czy wnoszenie przez prokuratora aktu oskarżenia w sytuacji, gdy brak ku temu jakichkolwiek podstaw rodzi pytanie, czy prokurator nie przekracza nadanych mu przez ustawodawcę uprawnień. Etyka zawodowa prokuratora powinna się opierać na takich wartościach jak wewnętrzna uczciwość, silny charakter i profesjonalizm. Sami prokuratorzy powinni zapewniać społeczne zaufanie do ich zawodowej poufności, wrażliwości, obiektywizmu i odpowiedzialności. Warto podnieść, że już św. Tomasz z Akwinu w swoich pismach, dawał pewne rekomendacje etyczne także w odniesieniu do prokuratorów, pisząc między innymi „w oskarżeniu grzech zachodzi, gdy ktoś występuje przeciw oskarżonemu, zarzucając mu fałszywe występki”. Również już w starożytnych Atenach przyjmowano zasadę, iż stawianie człowieka w stan oskarżenia musi stanowić realizację zasady sprawiedliwości, a jeśli wyrok nie potwierdził oskarżenia, oskarżyciel ponosił karę¹⁰. Zapadające w konkretnych sprawach wyroki uniewinniające, będące przecież często w określonych stanach faktycznych tryumfem wymiaru

⁸ Tak m.in. A. Kiełtyka, Artykuł 8, (w:) A. Kiełtyka, W. Kotowski, A. Ważny, *Prawo o prokuraturze. Komentarz*, Warszawa 2017, LEX 2018.

⁹ Por. J. Zagrodnik, *Udział prokuratora w postępowaniu sądowym na podstawie art. 55 k.p.k.*, *Prokuratura i Prawo* 2005, nr 3, s. 58 i nast.

¹⁰ H. Izdebski, P. Skuczyński, *Etyka zawodów prawniczych. Etyka prawnicza*, Warszawa 2006.

sprawiedliwości, traktowane są bardzo często jako „dotkliwa porażka prokuratora”.

Warto w tym miejscu dodać, iż w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej reguła 3.8(a) MRPC także zobowiązuje prokuratora do powstrzymania się od inicjowania postępowania procesowego i wnoszenia aktu oskarżenia, kiedy brak ku temu przesłanek. Charakterystycznym elementem systemu prawnego Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, jest możliwość rezygnacji przez prokuratora „z oskarżenia” w sytuacji gdy uzna ewentualne skazanie oskarżonego za niecelowe, a podejmując taką decyzję oskarżyciel powinien w szczególności wziąć pod uwagę takie elementy jak: 1) wielkość szkody wyrządzonej przez przestępstwo, 2) niechęć pokrzywdzonego do składania zeznań, 3) niewspółmierność przewidywanej kary do rodzaju przestępstwa lub nieadekwatność kary do osoby sprawcy¹¹. Istotne dla „ukształtowania” amerykańskiego systemu prawnego były też dwa orzeczenia Sądu Najwyższego: *Brady v. Maryland* z 1963 r. oraz *United States v. Bagley* z 1985 r., zgodnie z treścią których Sąd Najwyższy jednoznacznie orzekł, że obowiązek ujawnienia przez prokuratora dowodów istnieje zawsze wówczas, gdyby ich brak pozbawił oskarżonego prawa do słusznego procesu i w rezultacie doprowadził do wydania niesłusznego orzeczenia. Niniejsze rozważania mają o tyle ważne znaczenie, że w USA, podobnie jak i w Polsce, prawne usytuowanie prokuratora jednoznacznie wyznacza jego pozycję jako stróża praworządności, a nie tylko stronę procesu karnego za wszelką cenę dążącą do uzyskania wyroku skazującego.

Etyczna postawa prokuratora powinna być szczególnie widoczna w trakcie wykonywania przez prokuratora czynności procesowych z udziałem pokrzywdzonego, chociażby poprzez właściwe pouczenie o przysługujących prawach i obowiązkach, w przypadku przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu poinformowanie o możliwości skorzystania z pomocy psychologa, udzielanie porad i konsultacji ofiarom przestępstw przemocy w rodzinie i inne. Nie ulega wątpliwości, iż właśnie tylko etyczne podejście do pokrzywdzonego będzie skutkowało właściwymi relacjami między społeczeństwem a wymiarem sprawiedliwości¹². Szczególnie w przypadku przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, prokurator powinien wykazywać empatię zarówno co do osób bezpośrednio pokrzywdzonych przestępstwem jak i ich rodzin. Osoby pokrzywdzone przestęp-

¹¹ R. S a k o w i c z, *Amerykańska Etyka Prawnicza*, Kraków 2004, s. 264 i nast.

¹² Por. L. W o ź n i a k, (w:) E. Ł o j k o, *Etyka prawnika, etyka nauczyciela zawodu prawniczego*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, s. 79 i nast.

stwem powinny od strony psychologicznej „czuć”, że w osobie prokuratora mają wsparcie i to zarówno na etapie postępowania przygotowawczego jak i sądowego, aż do złożenia przez prokuratora wniosków co do kary, które powinny uwzględniać bezpieczeństwo pokrzywdzonego i wartość poniesionej szkody.

Niekiedy w środowiskach prawniczych krytycznie ocenia się ideę opracowywania kodeksów etyki zawodowej jako metod regulacji zawodowej. U podstaw tego poglądu leży przekonanie, że moralność jest niezależna od konwencji i umów, co sprawia, że jakiegokolwiek próby ustalania norm w etyce zawodowej są chybione. Dodatkową trudnością w tym obszarze jest konieczność zintegrowania ewentualnych kodeksów etyki zawodowej poszczególnych profesji prawniczych z całokształtem obowiązującego systemu prawnego, niejednolity etos zawodów prawniczych i zjawisko konfliktu ról w wielu obszarach praktyki prawniczej. Niemniej jednak dyskusję o etycznej stronie wykonywania zawodów prawniczych, a także projektowanie zbiorów zasad etycznych obejmujących możliwie jak najwięcej problemów mogących pojawić się w praktyce uznać należy za działania słuszne i pożądane. W kontekście zawodu prokuratora ma to tym ważniejsze znaczenie, gdy wziąć pod uwagę fakt, że ww. zasady mają na celu promowanie słusznego, skutecznego, bezstronnego i wydajnego prowadzenia śledztwa w sprawach karnych poprzez utrzymywanie wysokiego poziomu administrowania sprawiedliwością karną¹³.

Role and meaning of professional ethics of lawyers, with particular consideration of professional ethics of prosecutors

Abstract

The primary aim of this paper is to give an overview of the role of professional ethics of legal practitioners. The starting point is the specificity of the office of prosecutors, as well as the nature of prosecutors' duties. Things, such as evolution of the ethical tradition in legal professions,

¹³ Por. R. A. Tokarczyk, *Etyka prawnicza*, s. 129 i nast.

penetration of common law principles into civil law in the ethical code formation process, or evaluation of activities and behaviours of prosecutors in criminal cases involving doubtful evidence in the context of a public prosecutor's duties, are discussed.

Krzysztof Kmak

Sankcje kumulatywne od 1 lipca 2015 r. – rozważania na tle ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii

Streszczenie

Tematem artykułu jest analiza wybranych problemów związanych z sankcjami kumulatywnymi występującymi w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii. Autor porusza zagadnienia dotyczące zastosowania w tych przypadkach instytucji określonych w art. 37a i art. 37b k.k., jak również instrumentów nadzwyczajnego wymiaru kary (nadzwyczajnego złagodzenia i nadzwyczajnego obostrzenia), a także ciągu przestępstw. Lako- niczna regulacja ustawowa w tym zakresie prowadzi do wielu problemów interpretacyjnych. Dokonane rozważania prowadzą do wniosku, iż np. wprowadzenie art. 37a k.k. doprowadziło do przekształcenia sporej liczby sankcji kumulatywnych (obejmujących zagrożenie karą pozbawienia wol- ności nieprzekraczającą lat 8) w alternatywno-kumulatywne; nie ma przeszkód do wykorzystania art. 37b k.k. w stosunku do występów za- grożonych sankcją kumulatywną i alternatywno-kumulatywną; o ile sto- sowanie grzywny kumulatywnej jest wykluczone w ramach nadzwyczaj- nego złagodzenia kary, to jest to dopuszczalne w przypadku nadzwyc- zajnego obostrzenia kary i ciągu przestępstw.

1. Wstęp

Sankcją kumulatywną nazywamy ustawowe zagrożenie karą przewi- dziane za czyn zabroniony, które zawiera skierowany do sądu obowiązek wymierzenia wszystkich wymienionych w nim kar¹. Tego typu sankcje nie występują w żadnej z kodyfikacji karnych (Kodeks karny, Kodeks wykro- czeń, Kodeks karny skarbowy²), można je odnaleźć w przepisach kar-

¹ J. Majewski, Komentarz do art. 32 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, teza 7.

² W kodyfikacji karnej (sporadycznie, np. art. 289 § 1 w zw. z § 4 k.k.) i karnoskarbowej (w sporej liczbie, np. art. 56 § 1 k.k.s.) występują za to sankcje alternatywno-kumulatywne

nych ustaw pozakodeksowych, np. w art. 171 ust. 1–5 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe³, czy w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii⁴.

W systemie prawa karnego sankcje kumulatywne składają się z grzywny (art. 32 pkt 1 k.k.) i kary pozbawienia wolności (art. 32 pkt 3 k.k.). Dodanie do ustawowego zagrożenia obligatoryjnej grzywny ma na celu istotne zwiększenie dolegliwości sankcji karnej (która zasadniczo oparta jest na karze pozbawienia wolności) orzekanej za konkretne przestępstwo. Mamy w tym wypadku do czynienia z połączeniem środka penalnego o charakterze izolacyjnym z dolegliwością majątkową. Niekiedy wskazuje się, że w tym układzie grzywna ma na celu także pozbawienie sprawcy owoców przestępstwa⁵.

Omawiany typ sankcji występuje w ustawodawstwie wyjątkowo, co nie uchroniło go jednakże przed krytyką. Według P. Ochmana sankcji kumulatywnych nie można pogodzić z zasadą stosowania kar jako środka *ultima ratio*. Potencjalnie mogłyby być one sprzeczne z art. 58 § 2 k.k. (stosowanym do przestępstw pozakodeksowych na mocy art. 116 k.k.) zakazującym orzekania grzywny, jeżeli dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że nie uiszczy grzywny. W końcu, wprowadzanie takich sankcji zdaje się zasadzać na prewencji ogólnej negatywnej, co jest sprzeczne z ogólnymi dyrektywami wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.), zasadą *ultima ratio* kary pozbawienia wolności (art. 58 § 1 k.k.), zasadą humanitaryzmu (art. 3 k.k.) i narusza sędziowskie uznanie w zakresie wymiaru kary, tym bardziej, że podstawę stosowania fakultatywnej grzywny kumulatywnej zawiera już art. 33 § 2 k.k. Wymieniony autor twierdzi także, iż grzywna kumulatywna, jakkolwiek formalnie nie stanowi nadzwyczajnego obostrzenia kary, tak w praktyce realizuje jego funkcję. Z uwagi na niespójność tego rodzaju sankcji z Kodeksem karnym, powinny one zostać zastąpione sankcjami alternatywno-kumulatywnymi⁶.

pozwalające orzec zarówno jeden, jak i kilka rodzajów kar za to samo przestępstwo jednocześnie.

³ Dz. U. z 2017 r., poz. 1876, ze zm.

⁴ Dz. U. z 2017 r., poz. 783, ze zm.

⁵ Tak np. wyrok SA w Lublinie z dnia 21 maja 2002 r., sygn. II AKa 114/02. Ze słuszną krytyką w kierunku tego stanowiska wystąpił J. Majewski, Komentarz do art. 32, teza 21, twierdząc, że pozbawienie korzyści uzyskanych z przestępstwa jest celem instytucji przepadku (zob. art. 44 § 1 i art. 45 § 1 k.k.).

⁶ P. Ochman, Ochrona działalności bankowej w prawie karnym gospodarczym, Warszawa 2011, s. 386–390. Autor ten wyraził swój pogląd na tle przestępstw określonych w Prawie bankowym.

Trzeba wszakże wyraźnie podkreślić, że przedstawione uwagi zostały sformułowane na tle stanu prawnego obowiązującego przed 1 lipca 2015 r., a zatem przed wejściem w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁷, która dokonała istotnych zmian w systemie wymiaru kary i innych środków penalnych. Już na pierwszy rzut oka można zauważyć, że uchylony został art. 58 § 2 k.k. zakazujący orzekania grzywny nieściągalnej, co miało skłonić sądy do częstszego sięgania po ten środek reakcji prawnokarnej (zamiast kary pozbawienia wolności orzekanej z warunkowym zawieszeniem jej wykonania)⁸.

Niniejsza publikacja ma na celu dokonanie analizy możliwości zastosowania, w stosunku do sankcji kumulatywnych, wybranych instytucji związanych z wymiarem kary, umieszczonych w części ogólnej Kodeksu karnego. Okazję ku temu stanowi wspomniana wcześniej nowelizacja Kodeksu karnego, która pośrednio odcisnęła swoje piętno również na orzekaniu środków karnoprawnej reakcji w przypadku przestępstw zagrożonych sankcją kumulatywną. Należy jednocześnie podkreślić, że głównym obszarem mojego zainteresowania jest kwestia formalnej dopuszczalności stosowania określonych instrumentów prawnokarnych i ewentualnych granic ich zastosowania. Niejako na marginesie pozostają np. dyrektywy wymiaru określonych środków penalnych.

Artykuł koncentruje się wokół relacji przestępstw zagrożonych sankcją kumulatywną do takich instytucji jak:

- 1) art. 37a k.k.;
- 2) art. 37b k.k.;
- 3) nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 60 k.k.);
- 4) nadzwyczajne obostrzenie kary (art. 64 i 65 k.k.⁹);
- 5) ciąg przestępstw (art. 91 k.k.).

Dwa pierwsze instrumenty pozostają do dyspozycji organów orzekających od 1 lipca 2015 r. i dotyczą problematyki tzw. zwyczajnego wymiaru kary, tj. tych przypadków, które w praktyce występują najczęściej i są

⁷ Dz. U. z 2015, poz. 396; zob. także uzasadnienie projektu – druk nr 2393, Sejm VII kadencji (dalej: druk 2393).

⁸ Trudno jednak bezrefleksyjnie przyjmować, że uchylenie art. 58 § 2 k.k. pozwala sądowi na wymierzanie grzywny bez analizy sytuacji majątkowej sprawcy, zob. J. Majewski, Komentarz do art. 33 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks, cz. 1, teza 60; por. W. Górski (red.), Grzywna, (w:) Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz, W. Wróbel, Kraków 2015, s. 71–72.

⁹ Z kręgu rozważań wyłączono podstawę obostrzenia przewidzianą w art. 57a § 1 k.k., jako, że trudno wyobrazić przykład przestępstwa narkotykowego odpowiadającego definicji występku chuligańskiego (art. 115 § 21 k.k.).

typowe dla określonych kategorii przestępstw. Zarówno art. 37a jak i art. 37b k.k. stały się już przedmiotem sprzecznych wypowiedzi w doktrynie, a określenie ich charakteru istotnie wpływa na kształt tzw. nadzwyczajnego wymiaru kary, do którego zaliczamy nadzwyczajne złagodzenie i nadzwyczajne obostrzenie, które dotyczą sytuacji niestandardowych, niemieszczących się w granicach zwyczajnego wymiaru kary i wymagają odstępstw w kierunku degresji (złagodzenie) lub progresji (obostrzenie) karania. Z kolei ciąg przestępstw jest związany z realnym zbiegiem przestępstw, który może zaistnieć także w przypadku typów czynów zabronionych, które zagrożone są sankcją kumulatywną.

Analiza zostanie przeprowadzona na gruncie przestępstw stypizowanych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii (dalej: u.p.n.). Można wskazać przynajmniej dwa powody takiego wyboru. Po pierwsze, ustawa ta określa stosunkowo liczne typy czynów zabronionych zagrożonych sankcją kumulatywną (przynajmniej opierając się tylko na przepisie typizującym: art. 53 ust. 2, art. 55 ust. 1 i 3, art. 56 ust. 1 i 3, art. 61) o dość zróżnicowanych granicach. Po drugie, teoretyczne ustalenia mogą być w dużym stopniu przydatne w praktyce, ponieważ przestępstwa narkotykowe stanowią poważny odsetek przestępczości. Przykładowo, w roku 2015 na podstawie tej ustawy doszło do 16 331 prawomocnych skazań, a w roku następnym – do 19 386. Dla porównania, w tym samym okresie doszło do odpowiednio 1 661 i 1 870 prawomocnych skazań za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, 15 887 i 15 647 prawomocnych skazań za przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości, a także 13 051 i 14 537 prawomocnych skazań za przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. Na tym tle zupełnie marginalnie wypadają np. skazania za przestępstwa określone w Prawie bankowym, ponieważ w 2015 r. doszło jedynie do 7 prawomocnych skazań, a rok później – do 6¹⁰. Tym samym ustalenia w dziedzinie zakresu środków reakcji karnej, jakimi dysponuje sąd rozpoznający sprawę o przestępstwo narkotykowe, będą miały spore znaczenie praktyczne.

Niniejsza praca będzie opierać się na wyżej wymienionych przepisach u.p.n.: art. 53 ust. 2, art. 55 ust. 1 i 3, art. 56 ust. 1 i 3, art. 61¹¹. Już na wstępie warto rozstrzygnąć, iż skoro we wszystkich tych regulacjach ustawodawca zawarł nakaz orzeczenia grzywny obok kary pozbawienia wolności, to nie będą miały w tych przypadkach zastosowania przepisy

¹⁰ Dane statystyczne oparte na opracowaniu Ministerstwa Sprawiedliwości *Prawomocne skazania osób dorosłych w latach 1946–2016*, Warszawa 2017, s. 173, 176, 178, 183, 195.

¹¹ W 2015 r. doszło do 1 918 prawomocnych skazań za te przestępstwa, a w 2016 r. – 2 224 (tamże, s. 173).

stwarzające jedynie taką możliwość¹², np. art. 33 § 2, art. 71 § 1 k.k. Z mocy art. 11 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Przepisy wprowadzające Kodeks karny¹³ grzywny przewidziane w u.p.n. są wymierzone w systemie stawek dziennych określonym w art. 33 § 1 k.k., a nie w systemie kwotowym (który występuje np. w Prawie bankowym)¹⁴.

2. Artykuł 37a k.k.

Zgodnie z przepisem art. 37a k.k.: „Jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, można zamiast tej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, o której mowa w art. 34 § 1a pkt 1 lub 4”. Wprowadza on zatem kompetencję sądu do wymierzenia kary wolnościowej (zamiast kary izolacyjnej) w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8.

W doktrynie wyrażane są sprzeczne poglądy dotyczące charakteru prawnego tej instytucji. Spór dotyczy kwestii, czy art. 37a k.k. należy do ustawowego zagrożenia¹⁵ (płaszczyzna abstrakcyjna, oderwana od realiów konkretnej sprawy, związana wyłącznie z samym faktem realizacji znamion danego przestępstwa), czy też do sądowego wymiaru kary¹⁶ (płaszczyzna konkretna, uwzględniająca elementy konkretnego stanu faktycznego, także leżące poza znamionami czynu zabronionego, i indywidualnego sprawcę przestępstwa). Nie jest to problem wyłącznie teoretyczny, ponieważ określenie znaczenia art. 37a k.k. dla ustawowego za-

¹² Wyrok SA w Katowicach z dnia 8 marca 2013 r., sygn. II AKa 503/12, LEX nr 1311955; wyrok SA w Lublinie z dnia 28 października 2008 r., sygn. II AKa 183/08, KZS 2009, nr 2, poz. 93; wyrok SA w Katowicach z dnia 10 maja 2007 r., sygn. II AKa 120/07, LEX nr 341419.

¹³ Dz. U. 1997, nr 88, poz. 554, ze zm.

¹⁴ Zob. też wyrok SN z dnia 28 marca 2008 r., sygn. II KK 352/07, OSNwSK 2008, nr 1, poz. 749.

¹⁵ Tak m.in. J. Majewski, Komentarz do art. 37a Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks, cz. 1, tezy 1–3; J. Giezek, O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzonej kary, *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 25–32; M. Małecki, Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015*, s. 286; A. Sakowicz, Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego, *Studia Prawnicze KUL* 2015, nr 3, s. 52; W. Górski, Orzekanie kary grzywny po 1 lipca 2015 r., *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 66–67; postanowienie SN z dnia 31 marca 2016 r., sygn. II KK 361/15, LEX nr 2053317.

¹⁶ Zob. np. B. J. Stefańska, Komentarz do art. 37a Kodeksu karnego, (w:) M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, teza 1; M. Mozgawa, Komentarz aktualizowany do art. 37a Kodeksu karnego, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el., 2017, teza 5; V. Konarska-Wrzošek, Komentarz do art. 37a Kodeksu karnego, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, teza 1.

grożenia karą istotnie wpływa na sposób korzystania z innych instrumentów wymiaru kary, w tym nadzwyczajnego wymiaru kary.

Należy zdecydowanie opowiedzieć się za pierwszym stanowiskiem. Nie ma żadnych racji uzasadniających twierdzenie, iż ustawowe zagrożenie może być określone wyłącznie w przepisie typizującym¹⁷. Ustawodawca może kształtować sankcje za pomocą wielu jednostek redakcyjnych i jest kompetentny we wprowadzaniu tzw. norm przednawiasowych, które będą „na wstępie” modyfikować ustawowe zagrożenie typów określonych w części szczególnej Kodeksu karnego i w ustawach pozakodeksowych. Czynił to zresztą także przed wejściem w życie art. 37a k.k., czego przykładem jest art. 289 § 4 k.k.

W przypadku art. 37a k.k. ustawodawca nie wprowadził dodatkowych przesłanek dla skorzystania z tej regulacji poza samym stwierdzeniem, iż sprawca zrealizował znamiona przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat. Wydaje się więc, że mamy w tym przypadku do czynienia z przednawiasowym modyfikatorem ustawowego zagrożenia¹⁸, które ulega zmianie niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy. Pomimo wysiłków czynionych przez projektodawcę w uzasadnieniu noweli z 2015 r., trudno przypisywać art. 37a k.k. charakter dyrektywalny, ponieważ nie zawiera on żadnych wskazówek dla sądu w zakresie prymatu kar wolnościowych (taka dyrektywa wynika z art. 58 § 1 k.k., ale nie w stosunku do wszystkich przestępstw objętych zakresem zastosowania art. 37a k.k.)¹⁹.

Z ustawowym zagrożeniem art. 37a k.k. jednoznacznie wiąże art. 60 § 8 k.k. Ten ostatni wyłącza stosowanie nadzwyczajnego złagodzenia

¹⁷ J. Majewski, Komentarz do art. 37a, teza 3; J. Raglewski, Model nadzwyczajnego złagodzenia kary w polskim systemie prawa karnego (analiza dogmatyczna w ujęciu materialnoprawnym), Kraków 2008, s. 33–34. Por. odmienne stanowisko: R. Kokot, Nadzwyczajny wymiar kary – kilka uwag i kontrowersji, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2009, nr 25, s. 114–116; K. Siwek, Kara nadzwyczajnie złagodzona za zbrodnie, Prokuratura i Prawo 2013, nr 1, s. 142. W stanie prawnym sprzed 1 lipca 2015 r. konkurencyjny pogląd często pojawiał się również w orzecznictwie, np. uchwała SN z dnia 24 lutego 1999 r., sygn. I KZP 27/98, OSNKW 1999, nr 3–4, poz. 11; uchwała SN z dnia 16 marca 1999 r., sygn. I KZP 4/99, OSNKW 1999, nr 5–6, poz. 27; postanowienie SN z dnia 6 września 2000 r., sygn. III KKN 337/00, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 81; uchwała SN z dnia 25 października 2000 r., sygn. I KZP 30/00, OSNKW 2000, nr 11–12, poz. 97; wyrok SN z dnia 22 września 1999 r., sygn. III KKN 195/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 73; postanowienie SN z dnia 4 maja 2005 r., sygn. II KK 454/04, LEX nr 149647.

¹⁸ Na temat definicji tego pojęcia zob. J. Raglewski, Model..., s. 24–35.

¹⁹ Zob. druk 2393, cz. 1, s. 13; por. J. Giezek, O sankcjach..., s. 28, 30; M. Małecki, Ustawowe..., s. 289; A. Sakowicz, Modyfikacja..., s. 50–52; R. Kokot, Podstawy stosowania kar wolnościowych w kodeksie karnym z 1997 r. po nowelizacji z 20 lutego 2015 r., Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2016, nr 37, s. 44.

kary w przypadku przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do których stosuje się art. 37a k.k. Z art. 60 § 6 k.k. wynika, że nadzwyczajne złagodzenie kary może m.in. polegać na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, co oznacza, że dla nadzwyczajnego złagodzenia miarodajne są wyłącznie granice ustawowego zagrożenia, a nie sądowego wymiaru kary. Gdyby art. 37a k.k. nie należał do tej pierwszej kategorii, to bezcelowe byłoby wspomnianie o nim w regulacji dotyczącej nadzwyczajnego złagodzenia kary. Trzeba pamiętać, że instytucje należące do sądowego wymiaru kary nie mają znaczenia w kwestii techniki nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 6–8 k.k.). Skoro ustawodawca wymienia art. 37a k.k. w kontekście nadzwyczajnego złagodzenia, to jasne jest, że jest on powiązany z ustawowym zagrożeniem.

Zwolennicy opozycyjnego stanowiska wskazują, że art. 37a k.k. to swoisty następca uchylonego art. 58 § 3 k.k. pozwalającego orzec grzywnę lub karę ograniczenia wolności zamiast kary pozbawienia wolności w przypadku przestępstwa zagrożonego karą izolacyjną do lat 5²⁰. Argument ten nie jest trafny, nie tylko z powodu innego umiejscowienia obu przepisów (ten pierwszy znajduje się w rozdziale IV „Kary”, natomiast art. 58 § 3 k.k. znajdował się w rozdziale VI dotyczącym zasad i dyrektyw wymiaru kary). Funkcją uchylonego art. 58 § 3 k.k. było stworzenie możliwości realizacji dyrektywy stosowania kary pozbawienia wolności tylko w ostateczności (art. 58 § 1 k.k.), co mogło nastąpić wyłącznie na etapie sądowego wymiaru kary, w przypadku stwierdzenia, że w konkretnej sprawie tylko kara nieizolacyjna pozwoli zachować zgodność z zasadami i dyrektywami wymiaru kary²¹. Tymczasem art. 37a k.k. modyfikuje system sankcji w oderwaniu od realiów konkretnej sprawy.

Z mocy art. 116 k.k. art. 37a k.k. może być wykorzystywany w przypadku typów pozakodeksowych. Skoro w przepisie mowa o zagrożeniu karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a nie o „zagrożeniu tylko karą pozbawienia wolności”, to może on być stosowany także w odniesieniu do przestępstw zagrożonych (obok karą pozbawienia wolności) karami nieizolacyjnymi²² – również tych zagrożonych sankcją, któ-

²⁰ B. J. Stefańska, Komentarz do art. 37a..., teza 2; V. Konarska-Wrzosek, Komentarz do art. 37a..., teza 1.

²¹ W. Wróbel, A. Zolli, Polskie prawo karne, Kraków 2013, s. 541.

²² Oczywiście nie dotyczy to tych przypadków, w których przepis typizujący sam wprowadza do ustawowego zagrożenia obie kary nieizolacyjne. Zob. też J. Majewski, Komentarz do art. 37a..., tezy 7–9, 12, 14; V. Konarska-Wrzosek, Komentarz do art. 37a..., teza 3; R. Kokot, Podstawy..., s. 46–47; por. A. Grześkowiak, Art. 37a, (w:) A. Grześko-

ra, na gruncie samego przepisu typizującego, musielibyśmy uznać za kumulatywną. Pozostaje jeszcze dopasować te ogólne ustalenia do typów przewidzianych w ustawie o przeciwdziałaniu narkomanii.

Z uwagi na górną granicę ustawowego zagrożenia z zakresu zastosowania art. 37a k.k. trzeba wykluczyć: art. 53 ust. 2, art. 55 ust. 3 (15 lat pozbawienia wolności i 540 stawek grzywny) oraz art. 56 ust. 3 (12 lat pozbawienia wolności i 540 stawek grzywny). W obszarze zainteresowania pozostaje natomiast art. 55 ust. 1 (zagrożony grzywną do 540 stawek i pozbawieniem wolności do lat 5), art. 56 ust. 1 (zagrożony grzywną i pozbawieniem wolności od 6 miesięcy do 8 lat) i art. 61 (zagrożony grzywną do 540 stawek i pozbawieniem wolności do lat 5). Jaki skutek będzie miało zastosowanie w stosunku do nich art. 37a k.k.? Trzymając się konsekwentnie założenia, iż jest to modyfikator ustawowego zagrożenia należy przyjąć, że od 1 lipca 2015 r. przestępstwa te nie są już zagrożone sankcją kumulatywną, ale alternatywno-kumulatywną, tj. grzywną (w granicach określonych w art. 33 § 1 k.k.), ograniczeniem wolności (w granicach określonych w art. 34 § 1 k.k.) albo grzywną i pozbawieniem wolności (w granicach wskazanych w przepisie typizującym). Sąd może zatem wymierzyć jeden (na podstawie art. 37a k.k.) lub dwa rodzaje kary (określone w przepisie typizującym). Warto wskazać, że grzywna może występować zarówno jako kara samoistna (art. 37a k.k.) lub kumulatywna, natomiast kara ograniczenia wolności może występować wyłącznie samodzielnie. Kara pozbawienia wolności może być orzeczona wyłącznie w parze z grzywną i podstawą normatywną takiego zabiegu będzie wyłącznie przepis typizujący.

Nie istnieje możliwość jednoczesnego orzeczenia kary wymienionej w art. 37a k.k. z grzywną kumulatywną. Po pierwsze, trudno sobie wyobrazić w praktyce jednoczesne wymierzenie grzywny samoistnej z art. 37a k.k. z obligatoryjną grzywną kumulatywną. Rozróżnienie obu tych kar leży wyłącznie w tym, czy dana kara jest orzekana za przestępstwo jako jedyna, czy też jedna z dwóch. Prowadziłoby to do wymierzenia dwóch grzywn za to samo przestępstwo, czego żadna ustawa nie przewiduje. Po drugie, ustawodawca nigdzie wprost nie wprowadził także konstrukcji pozwalającej połączyć w ramach jednej prawnokarnej reakcji za to samo przestępstwo kary ograniczenia wolności z grzywną, a należy pamiętać, że byłby to kolejny wyjątek od zasady, iż za jedno przestępstwo można wymierzyć jedną karę. Po trzecie, sformułowania „zamiast” użytego w art. 37a k.k. nie należy rozumieć dosłownie jako zastąpienia jedynie

w i a k, K. W i a k (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, nb. 3; M o z g a w a, Komentarz do art. 37a..., teza 3; A. S a k o w i c z, Modyfikacja..., s. 53.

kary pozbawienia wolności w ustawowym zagrożeniu. W istocie jest to zwrot wskazujący na możliwość zastosowania kary nieizolacyjnej w miejsce kary izolacyjnej. Jeżeli ten ostatni środek (kara pozbawienia wolności) jest obligatoryjnie połączony z penalnym środkiem nieizolacyjnym, to kara z art. 37a k.k. wchodzi w miejsce całej reakcji złożonej z grzywny i kary pozbawienia wolności.

Warto zwrócić uwagę, że w art. 26 § 1 k.k.s. ustawodawca dopuścił możliwość orzeczenia kary ograniczenia wolności za przestępstwo skarbowe „zamiast” kary pozbawienia wolności, „co nie stoi na przeszkodzie wymierzeniu także kary grzywny grożącej za to przestępstwo obok kary pozbawienia wolności”. Użycie partykuły „także” jasno sugeruje, że na gruncie k.k.s. dopuszczalne jest kumulatywne zastosowanie kary ograniczenia wolności i kary grzywny. W połączeniu z przepisem typizującym daje to liczne możliwości w zakresie wyboru kary. Przykładowo, przestępstwo skarbowe określone w art. 55 § 1 k.k.s. jest zagrożone następującymi sankcjami:

- kara grzywny od 10 (art. 23 § 1 k.k.s.) do 720 stawek dziennych;
- kara pozbawienia wolności od 5 dni (art. 27 § 1 k.k.s.) do 3 lat;
- kara grzywny od 10 do 720 stawek dziennych i kara pozbawienia wolności od 5 dni do 3 lat;
- kara ograniczenia wolności od miesiąca do 2 lat (art. 26 § 4 k.k.s. w zw. z art. 34 § 1 k.k.);
- kara grzywny do 720 stawek dziennych i kara ograniczenia wolności od miesiąca do 2 lat.

Brak stosownej klauzuli w art. 37a k.k. dotyczącej kumulatywnego stosowania ograniczenia wolności i grzywny nie pozwala przyjąć, iż jest to dopuszczalne w przypadku sankcji kumulatywnych związanych z przestępstwami określonymi w Kodeksie karnym i ustawach pozakodeksowych. W odniesieniu do tzw. przestępstw kryminalnych art. 26 § 1 k.k.s. oczywiście nie może mieć zastosowania.

Odpowiadając na podniesione wyżej zastrzeżenia co do nadmiernej represyjności sankcji kumulatywnych, trzeba wskazać, że od 1 lipca 2015 r. organy orzekające dysponują instrumentem przewidzianym w art. 37a k.k., który łagodzi ich surowość oraz daje większą możliwość uelastycznienia prawnokarnej reakcji na przestępstwo. Nie ulega żadnej wątpliwości, że w przypadku przestępstw narkotykowych, do których stosuje się ta instytucja części ogólnej Kodeksu karnego, formalnie dopuszczalne jest wymierzenie samoistnej grzywny lub kary ograniczenia wolności jako jedynej reakcji na konkretne przestępstwo. Pozwala to zachować zgodność z ogólnym

nymi zasadami (np. funkcją limitującą winy z art. 53 § 1 k.k.) i dyrektywami wymiaru kary (np. prymatem kar wolnościowych z art. 58 § 1 k.k.).

3. Artykuł 37b k.k.

Jedną z głównych nowości wprowadzonych na podstawie nowelizacji z 2015 r. jest także konstrukcja określona w art. 37b k.k. Zgodnie z tym przepisem: „W sprawie o występki zagrożony karą pozbawienia wolności, niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn, sąd może orzec jednocześnie karę pozbawienia wolności w wymiarze nieprzekraczającym 3 miesięcy, a jeżeli górna granica ustawowego zagrożenia wynosi przynajmniej 10 lat – 6 miesięcy, oraz karę ograniczenia wolności do lat 2. Przepisów art. 69–75 nie stosuje się. W pierwszej kolejności wykonuje się wówczas karę pozbawienia wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej”.

Ustawodawca wprowadził w tym przypadku instytucję pozwalającą zastosować sekwencję kar pozbawienia wolności i ograniczenia wolności²³. Jest to kolejny przypadek wymierzania dwóch kar za jedno przestępstwo. Jak się wydaje, jednym z celów sekwencji było skłonienie sądów do rzadszego sięgania po warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności (zwrot „W pierwszej kolejności wykonuje się (...)” formułuje nakaz wykonania obu kar²⁴), na co dodatkowo wskazuje (dodane na mocy ustawy z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw²⁵) wyłączenie stosowania w tym wypadku art. 69–75 k.k. dotyczących warunkowego zawieszenia wykonania kary²⁶.

²³ Na temat nazwy konstrukcji określonej w art. 37b k.k. zob. M. Małeckki, Sekwencja krótkoterminowej kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności (art. 37b k.k.) – zagadnienia podstawowe, *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 39–43; J. Majewski, Komentarz do art. 37b Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks*, cz. 1; A. Zoll, Warszawa 2016, teza 1; A. Jezusek, Sekwencja kary pozbawienia wolności i kary ograniczenia wolności jako reakcja na popełnienie przestępstwa (art. 37b k.k.), *Państwo i Prawo* 2017, nr 5, s. 80–81; E. Zarębska, Uwag kilka na temat art. 37b kodeksu karnego, *Biuletyn PTK* 2016, nr 23, s. 103–105; R. Kokot, *Podstawy...*, s. 61–62; por. A. Grześkowiak, Kara mieszana w polskim prawie karnym, *Studia Prawnicze KUL* 2015, nr 3, s. 9–23

²⁴ M. Małeckki, *Sekwencja...*, s. 45; tenże, Co zmienia nowelizacja art. 37b k.k.?, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2016, nr 2, s. 27–28.

²⁵ Dz. U. z 2016 r., poz. 437.

²⁶ Zob. M. Małeckki, *Ustawowe...*, s. 298–299. Trzeba jednak uczciwie zauważyć, że art. 69–75 k.k. nie są jedynymi przepisami pozwalającymi wykorzystać warunkowe zawieszenie wykonania kary. Obowiązuje w tym zakresie także art. 60 § 5 k.k., który w art. 37b k.k. nie został wyłączony, co oznacza, że na tej podstawie warunkowe zawieszenie nie jest wykluczone (J. Majewski, *Komentarz do art. 37b*, teza 17; M. Małeckki, *Co zmienia*, s. 44–51). Możliwe jest także zawieszenie wykonania kary ograniczenia wolności (art. 60 § 5 k.k.) w sprawie o występki zagrożone karą pozbawienia wolności (art. 37b k.k.).

Dość jednoznacznie, pomimo nieprecyzyjności motywów towarzyszących wprowadzeniu w życie sekwencji kar²⁷, przyjmowany jest pogląd, że art. 37b k.k. należy do sfery sądowego wymiaru kary, co wynika z użycia w wymienionym przepisie zwrotów „w sprawie o występki” (co wskazuje na powiązanie art. 37b k.k. z płaszczyzną *in concreto*) i „niezależnie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego w ustawie za dany czyn”²⁸. To ostatnie wyrażenie świadczy o odseparowaniu sekwencji kar od płaszczyzny ustawowego zagrożenia. Argumenty językowe mają wsparcie również w wykładni systemowej i funkcjonalnej. Przesądzające dla słuszności tego poglądu jest przede wszystkim wspomniane już wyłączenie stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary zawarte w art. 60 § 8 k.k. Przyjmując, że granice ustawowego zagrożenia są modyfikowane przez art. 37b k.k. musielibyśmy akceptować stan, w którym nadzwyczajne złagodzenie kary za przestępstwo z art. 280 § 1 k.k. następowałoby według zasad określonych w art. 60 § 7 k.k. (sąd odstępowałby od wymierzenia kary i stosował przepadek, środek karny lub środek kompensacyjny, ponieważ art. 280 § 1 k.k. byłby czynem zagrożonym karami z art. 32 pkt 2 i 3 k.k., tj. ograniczeniem wolności i pozbawieniem wolności. Jednocześnie nie można byłoby zasadnie twierdzić, iż do tego typu zastosowanie mógłby znaleźć art. 60 § 6 pkt 3 k.k., ponieważ dolną granicą ustawowego zagrożenia nie byłaby już kara 2 lat pozbawienia wolności, ale łącznie stanowiłyby ją kary 1 miesiąca pozbawienia wolności i 1 miesiąca ograniczenia wolności; taka sankcja byłaby bowiem *in abstracto* najłagodniejszą sankcją, jaką sąd mógłby wymierzyć, opierając się wyłącznie na ustawowym zagrożeniu), natomiast wykluczone byłoby (z mocy art. 60 § 8 k.k.) nadzwyczajne złagodzenie kary za przestępstwo z art. 286 § 1 k.k., które ustawodawca uznał abstrakcyjnie za mniej karygodne niż typ z art. 280 § 1 k.k.²⁹ Jest to rezultat nieakceptowalny.

na próbować to wytłumaczyć na dwa alternatywne sposoby. Pierwszy z nich zakłada, że pomijając art. 60 § 5 k.k. ustawodawca chciał dodatkowo uprzywilejować sprawcę decydującego się na podjęcie współpracy z organami państwowymi na zasadach określonych art. 60 § 5 k.k. (wskazuje na to także M. Małecki, zob. tamże, s. 49). Drugi prowadzi do wniosku, że mamy w tym wypadku po prostu z przeoczeniem legislatora.

²⁷ Zob. druk 2393, cz. 1, s. 12.

²⁸ Zob. np. A. Jezusek, *Sekwencja...*, s. 81–84; R. Kokoł, *Podstawy...*, s. 62–63; M. Małecki, *Sekwencja...*, s. 37–39; tenże, *Ustawowe...*, s. 294; J. Majewski, *Komentarz do art. 37b...*, teza 3.

²⁹ Zob. tamże. Można byłoby też próbować uzasadnić twierdzenie, iż uznanie sekwencji z art. 37b k.k. za dolną granicę ustawowego zagrożenia prowadziłyby do stosowania art. 60 § 6 pkt 4 k.k. w przypadku nadzwyczajnego złagodzenia kary, skoro minimum stanowiłaby kara pozbawienia wolności niższa od roku (bo wynosząca miesiąc). To jednak czyniłoby art. 60

Przy tym niezwykle ważne jest (o czym już wyżej wspomniano), iż jednym z celów art. 37b k.k. ma być ograniczenie liczby przypadków orzekania kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania. Oczywiście jest, że kwestie związane ze stosowaniem środków probacyjnych należą do sądowego wymiaru kary, ponieważ wymagają analizy m.in. prognozy kryminologicznej, co potwierdza, iż tak należy zaklasyfikować również sekwencję kar ograniczenia wolności i pozbawienia wolności.

Jedyną formalną przesłanką wykorzystania sankcji z art. 37b k.k. jest przypisanie odpowiedzialności za występki zagrożony karą pozbawienia wolności. Nie powinno budzić wątpliwości, że nie chodzi tutaj wyłącznie o przestępstwa zagrożone sankcją prostą pozbawienia wolności, tzn. taką, w której ta kara występuje jako jedyna w ustawowym zagrożeniu. Wykładnia językowa nie dostarcza podstaw dla przeciwnego twierdzenia³⁰. Zwolennicy poglądu przeciwnego³¹ podają np., że ustawodawcy chodziło o zapobieżenie orzekaniu kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem wykonania wtedy, gdy jej jedynym substytutem byłaby kara bezwzględna, co rzekomo nie zachodzi w przypadku sankcji alternatywnych. Autorom tym umyka jednak, że również w przypadku sankcji alternatywnych sąd może dojść do wniosku, że zastosowanie wyłącznie kary wolnościowej będzie karą niewspółmiernie łagodną, natomiast wymierzenie długoterminowej kary pozbawienia wolności – niewspółmiernie surową. Wtedy sekwencja z art. 37b k.k. może okazać się „złotym środkiem” (co ma szczególne znaczenie w sytuacji, gdy sprawca nie spełnia przesłanek warunkowego zawieszenia wykonania kary określonych w art. 69 § 1 k.k.)³².

§ 6 pkt 3 k.k. przepisem pustym i z zupełnie niezrozumiałych przyczyn wykluczałoby stosowanie (w ramach nadzwyczajnego złagodzenia) kary izolacyjnej np. w odniesieniu do sprawców występów zagrożonych karą od 2 do 12 lat pozbawienia wolności.

³⁰ A. Jezusek, *Sekwencja...*, s. 85–86; J. Majewski, *Komentarz do art. 37b...*, teza 7; R. Kokot, *Podstawy...*, s. 63; V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 37b...*, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, teza 3.

³¹ A. Grześkowiak, *Art. 37b*, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks...*, nb. 6; M. Mozgawa, *Komentarz aktualizowany do art. 37b Kodeksu karnego*, (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks...*, teza 3.

³² Nie można się zgodzić także z koncepcją prezentowaną przez A. Woźniak, R. Wrzoška, *Kara mieszana (łączona) – kontrowersje wokół zakresu jej stosowania*, *Ius Novum* 2017, nr 3, s. 43–45, iż art. 37b k.k. ma zastosowanie do wszystkich występów zagrożonych karą pozbawienia wolności, z wyjątkiem tych najdrobniejszych, co do których przepis typizujący przewiduje sankcję alternatywną (np. art. 157 § 2 k.k.). Po pierwsze, art. 37b k.k. nie zawiera podobnego rozróżnienia. Po drugie, autorzy ci nie kwestionują wykładni art. 37b k.k. prowadzącej do przyjęcia, że dotyczy on także np. przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8, a przecież te również (z mocy art. 37a k.k.) są zagrożone sank-

Na gruncie u.p.n. występками zagrożonymi sankcją alternatywno-kumulatywną są typy z art. 55 ust. 1, art. 56 ust. 1 i art. 61, natomiast kumulatywną – art. 56 ust. 3 u.p.n. W przypadku wymienionych przestępstw dolna granica zagrożenia jest niższa niż 3 lata pozbawienia wolności (nie są to zbrodnie – art. 7 § 2 k.k.) i jednocześnie odpowiada ona treści art. 7 § 3 k.k. W stosunku do nich nie ma zatem przeszkód do orzeczenia sekwencji kary pozbawienia wolności (od miesiąca do 3 miesięcy) i ograniczenia wolności (od miesiąca do 2 lat); tylko w przypadku przestępstwa z art. 56 ust. 3 u.p.n. w ramach tej sekwencji sąd może orzec karę pozbawienia wolności w granicach od miesiąca do 6 miesięcy, bo górna granica zagrożenia wynosi 12 lat, czyli więcej niż 10.

Jeżeli sąd rozważa stosowanie art. 37b k.k. w odniesieniu do sankcji kumulatywnych, to może natrafić na pewien problem praktyczny. Mianowicie, czy o sekwencja z art. 37b k.k. zastępuje jedynie karę pozbawienia wolności czy też całą sankcję kumulatywną przewidzianą w przepisie typizującym? Innymi słowy, chodzi o rozstrzygnięcie, czy sankcja z art. 37b k.k. może być stosowana kumulatywnie z grzywną, co prowadziłoby do wymierzenia trzech kar za jedno przestępstwo (grzywny, ograniczenia wolności i pozbawienia wolności), co stanowiłoby ewenement w całym systemie prawa karnego (także na gruncie art. 26 § 1 k.k.s. kara ograniczenia wolności pełni rolę substytutu względem kary pozbawienia wolności). Za pierwszą koncepcją mógłby przemawiać brak formalnego zakazu orzeczenia takiej potrójnej sankcji jak i funkcja art. 37b k.k. sprowadzająca się do zastąpienia kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem; wszak sam ustawodawca dopuszcza możliwość wymierzenia kary z zawieszeniem razem z grzywną (art. 71 § 1 k.k.); dlaczemu zatem miałyby to być wykluczone w przypadku sekwencji, która ma niejako zastępować ten środek probacyjny? Pogląd dopuszczający kumulatywne stosowanie art. 33 § 2 i art. 37b k.k. znalazł już uznanie w doktrynie³³. Należy go jednak całkowicie odrzucić. Przede wszystkim, trzeba wska-

cjami alternatywnymi. Po trzecie, zakładanej funkcji art. 37b k.k. jaką jest ograniczenie szerokiego korzystania z (przynajmniej długoterminowego) pozbawienia wolności, nie przeczy wcale możliwość jej użycia w przypadku np. art. 157 § 2 k.k., co do którego ustawodawca przewidział wymierzenie nawet 2 lat pozbawienia wolności (co jest 8-krotnie wyższą karą niż maksymalna sankcja izolacyjna wymierzana na podstawie art. 37b k.k. w przypadku art. 157 § 2 k.k.). Ze względów powyższych, trafne pozostaje stwierdzenie A. Jezuska, *Sekwencja...*, s. 86, iż ograniczenie zakresu zastosowania art. 37b k.k. do występków zagrożonych wyłącznie karą pozbawienia wolności czyniłoby ten przepis pustym w zakresie, w jakim dotyczy występków z górną granicą ustawowego zagrożenia poniżej 10 lat pozbawienia wolności.

³³ Zob. E. Hryniewicz-Lach, *Art. 37b*, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Warszawa 2017, nb. 6; A. Grześkowiak, *Art. 37b...*, nb. 11; E. Zarębska, *Uwag...*, s. 107.

zać, że ze względów gwarancyjnych (*nulla poena sine lege certa*) kompetencja sądu do wymierzenia nawet dwóch (a tym bardziej trzech) kar nie może być domniemana³⁴, ponieważ zasadą jest wymierzanie jednej kary za dane przestępstwo. Dla powstania wyjątku od tej reguły konieczne jest wprowadzenie stosownego postanowienia w przepisach ustawy, z czym w art. 37b k.k. nie mamy do czynienia, ponieważ w ogóle nie porusza on kwestii kumulacji z grzywną (niezależnie od tego, czy jej podstawą jest art. 33 § 2 k.k., czy przepis typizujący). Z uwagi na to, że ustawodawca nie uregulował wprost tej kwestii, byłoby sprzeczne z zakazem wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy przyjmowanie, iż dopuszczalne jest wymierzenie w takiej sytuacji trzech kar.

Z uwagi na jasną treść przepisu, należy zgodzić się z A. Jezuskiem, który wskazuje, że sekwencja z art. 37b k.k. zastępuje całą sankcję kumulatywną wynikającą z przepisu typizującego, a nie wyłącznie karę pozbawienia wolności, tym bardziej, że funkcję grzywny (dolegliwość majątkowa) może przejąć świadczenie pieniężne orzekane na podstawie art. 34 § 3 k.k.³⁵

Nie ulega wątpliwości, że wykluczone jest kumulatywne stosowanie art. 37a i 37b k.k., skoro ten pierwszy pozwala orzec jedną z kar wolnościowych zamiast kary izolacyjnej, natomiast drugi umożliwia zastosowanie dwóch kar, z czego jedna ma charakter izolacyjny.

Już na tym etapie rozważań widać wyraźnie, że w obszarze tzw. zwichniętego wymiaru kary (dotyczącego typowych sytuacji związanych z realizacją znamion przestępstwa) w przypadku przestępstw z art. 55 ust. 1, art. 56 ust. 1 i art. 61 u.p.n. sąd dysponuje szerokimi możliwościami w zakresie wymiaru kary. Poza sankcją zawartą w granicach ustawowego zagrożenia można zastosować także jedną z kar wolnościowych (samoistnie na podstawie art. 37a k.k.) lub sekwencję przewidzianą w art. 37b k.k.

4. Nadzwyczajne złagodzenie kary

Nadzwyczajne złagodzenie może być wykorzystane, gdy zachodzi jeden z wypadków przewidzianych w ustawie (art. 60 § 1 k.k.; w przypadku młodocianego za taką decyzją muszą przemawiać również względy wychowawcze, o których mówi art. 54 § 1 k.k.) lub tzw. szczególnie uzasadniony wypadek, świadczący o tym, że nawet najniższa kara przewidziana w ustawie za konkretne przestępstwo byłaby niewspółmiernie su-

³⁴ K. Siwek, Kara..., s. 151.

³⁵ A. Jezusek, Sekwencja..., s. 86–88.

rowa³⁶. Potencjalnie taka potrzeba może wystąpić w przypadku każdego przestępstwa.

Kwestia granic nadzwyczajnie złagodzonej kary w wypadku sankcji kumulatywnych jawi się jako niezwykle istotna, tym bardziej, że ten problem nierzadko występuje w praktyce orzeczniczej. Łatwo można odnaleźć judykaty, w których sąd rozważał możliwość zastosowania art. 60 § 3 k.k., tj. obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary wobec tzw. „małego świadka koronnego”³⁷. Zdarzało się także, że sąd uznawał, iż zachodzi szczególnie uzasadniony wypadek określony w art. 60 § 2 k.k.³⁸

Reguły dotyczące techniki nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku sankcji kumulatywnych budzą wątpliwości w doktrynie i orzecnictwie przynajmniej od czasów obowiązywania kodyfikacji karnej z 1969 r. Przez kilkadziesiąt lat istnienia przestępstw zagrożonych sankcją kumulatywną wypracowano kilka sposobów wymierzania kary z jej nadzwyczajnym złagodzeniem, gdy ustawowe zagrożenie przewiduje obowiązek zastosowania dwóch kar. Można wśród nich wyróżnić koncepcje przewidujące:

- zamianę kary pozbawienia wolności (występującej w ustawowym zagrożeniu) na ograniczenie wolności i wymierzenie jej obok grzywny³⁹;
- jednoczesne wymierzenie kary grzywny i pozbawienia wolności⁴⁰;

³⁶ Podstawę wymiaru kary w takiej sytuacji stanowi przepis wyrażający podstawę stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary (wypadek przewidziany w ustawie, do którego odsyła art. 60 § 1 k.k.; szczególnie uzasadniony wypadek z art. 60 § 2 k.k.; podstawa dotycząca młodocianego z art. 60 § 1 k.k. *in fine*) w związku z odpowiednim przepisem określającym technikę nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 6 lub 7 k.k.).

³⁷ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 marca 2016 r., sygn. II AKa 70/16, LEX nr 2025520; wyrok SA w Gdańsku z dnia 25 listopada 2014 r., sygn. II AKa 108/14, LEX nr 2039717; wyrok SA w Krakowie z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. II AKa 142/16, KZS 2016, nr 10, poz. 52; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 24 maja 2016 r., sygn. II AKa 72/16, LEX nr 2067981.

³⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 maja 2017 r., sygn. II AKa 103/17, LEX nr 2317718; wyrok SA w Warszawie z dnia 12 maja 2017 r., sygn. II AKa 103/17, LEX nr 2317718; w wyroku SA we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. II AKa 26/18, LEX nr 2464906 za decydujące o przyjęciu art. 60 § 2 k.k. uznał produkcję narkotyków (tzw. medycznej marihuany) na własne potrzeby (a nie na cele handlowe) w sytuacji, gdy oskarżony chorował na nowotwór złośliwy.

³⁹ Uchwała 7 sędziów SN z dnia 16 grudnia 1971 r., sygn. VI KZP 7/71, OSP 1972, nr 9, poz. 155.

⁴⁰ Zob. m.in. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. II AKa 26/18, LEX nr 2464906; wyrok SN z dnia 21 stycznia 1987 r., sygn. V KRN 480/86, OSNPG 1987, nr 8, poz. 101; wyrok SA w Lublinie z dnia 23 marca 2006 r., sygn. II AKa 286/05, LEX nr 183571; wyrok SA w Warszawie z dnia 12 maja 2017 r., sygn. II AKa 103/17, LEX nr 2317718; Z. C w i ą k a l s k i, Komentarz do art. 60 Kodeksu karnego, (w:) W. W r ó b e l, A. Z o l l (red.), Kodeks..., cz. 2; A. Z o l l, teza 52.

– zastosowanie wyłącznie kary pozbawienia wolności⁴¹.

Nadzwyczajne złagodzenie polega zawsze na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia (art. 60 § 6 k.k.)⁴², aczkolwiek granice kary nadzwyczajnie złagodzonej nie są ustalane przez organ orzekający zupełnie swobodnie. Ilekroć sąd zamierza wykorzystać instytucję nadzwyczajnego złagodzenia kary, zobligowany jest do stosowania któregoś ze sposobów określonych w art. 60 § 6 i 7, z uwzględnieniem wyłączenia przewidzianego w art. 60 § 8 k.k. Tym samym z góry należy odrzucić założenie, wedle którego zastosowanie instytucji z art. 60 k.k. wypada jednakowo w odniesieniu do każdego rodzaju sankcji kumulatywnych i alternatywno-kumulatywnych. Z analizy art. 60 § 6–8 k.k. wynika, że granice kary nadzwyczajnie złagodzonej zależą od widełek ustawowego zagrożenia, w szczególności od dolnej granicy ustawowego zagrożenia, którą jest abstrakcyjnie najłagodniejsza (najniższa) sankcja występująca w ustawowym zagrożeniu⁴³. Skoro przepis typizujący formułuje adresowany do sądu obowiązek wymierzenia dwóch kar, to automatycznie dolną granicę ustawowego zagrożenia stanowią obie kary. Ustawodawca każdorazowo posługuje się pojęciem dolnej granicy zagrożenia w liczbie pojedynczej (art. 37b, 57a § 1, art. 60 § 6, art. 64 § 2, art. 178 § 1 k.k.), co oznacza, że w przypadku każdego ustawowego zagrożenia można mówić wyłącznie o jednej sankcji abstrakcyjnie najłagodniejszej.

⁴¹ Zob. m.in. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 marca 2016 r., sygn. II AKa 70/16, LEX nr 2025520; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 23 marca 2016 r., sygn. II AKa 63/16, LEX nr 2047161; K. Siwek, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. II AKa 265/15, Palestra 2017, nr 9, s. 88; J. Raglewski, Kilka uwag w kwestii nadzwyczajnego złagodzenia w przypadku ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności oraz grzywną, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2008, nr 2, s. 262–264; W. Wassermann, Grzywna kumulatywna a nadzwyczajne złagodzenie kary na gruncie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, Prokuratura i Prawo 2017, nr 9, s. 102; M. Kulik, Komentarz do art. 53 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, (w:) M. Mozgawa (red.), Pozakodeksowe przestępstwa przeciwko zdrowiu. Komentarz, Warszawa 2017, teza 69 (ostatni z autorów dopuszcza także, w przypadku art. 60 § 6 pkt 4 k.k., wymierzenie kary ograniczenia wolności obok grzywny albo samej grzywny; zob. tenże, Komentarz do art. 55 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, (w:) M. Mozgawa (red.), Pozakodeksowe..., teza 46).

⁴² Zgodnie z art. 60 § 6 k.k. nadzwyczajne złagodzenie może polegać również na wymierzeniu kary łagodniejszego rodzaju, a art. 60 § 7 k.k. przewiduje także nadzwyczajne złagodzenie poprzez odstąpienie od wymierzenia kary i orzeczenie innego środka penalnego. Obie te formy można wszakże zamknąć w formule wymierzenia sankcji poniżej dolnej granicy nadzwyczajnego złagodzenia, ponieważ zarówno w przypadku zmiany jakościowej sankcji (art. 60 § 6 k.k.) jak i niestosowaniu kary (art. 60 § 7 k.k.) mamy do czynienia z zastosowaniem sankcji *in abstracto* łagodniejszej niż minimum ustawowego zagrożenia (zob. J. Raglewski, Model..., s. 70–73).

⁴³ Zob. też K. Siwek, Kara..., s. 148; J. Raglewski, Kilka..., s. 263.

Typy z art. 53 ust. 2 i art. 55 ust. 3 u.p.n. są zbrodniami, ponieważ ich dolna granica zagrożenia obejmuje karę 3 lat pozbawienia wolności i 10 stawek dziennych grzywny⁴⁴ (art. 33 § 1 k.k.), co odpowiada treści art. 7 § 2 k.k. Do tych zbrodni odnosi się art. 60 § 6 pkt 2 k.k., który nakazuje wymierzyć karę nadzwyczajnie złagodzoną w postaci pozbawienia wolności nie niższej niż jedna trzecia dolnej granicy ustawowego zagrożenia. Sąd może zatem wymierzyć karę pozbawienia wolności w wysokości od roku (jedna trzecia dolnej granicy w zakresie kary pozbawienia wolności) do 2 lat i 11 miesięcy (najsurowsza dopuszczalna kara niższa od dolnej granicy ustawowego zagrożenia).

Nowelizacja z lutego 2015 r. skomplikowała tę kwestię, dokonując zmiany art. 60 § 7 k.k. W poprzedniej wersji przepis ten dotyczył alternatywnego zagrożenia karami z art. 32 pkt 1–3 k.k. („czyn zagrożony jest alternatywnie karami wymienionymi w art. 32 pkt 1–3”) i oczywiście nie miał zastosowania do sankcji kumulatywnych. Obecnie reguluje nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku zagrożenia „więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3”. Wykluczone jest łączne stosowanie art. 60 § 6 pkt 2 i art. 60 § 7 k.k. ze względu na to, że prowadzą one do zupełnie różnych konsekwencji prawno-karnych. Językowe brzmienie przepisu skłoniło K. Janczukowicza do wysunięcia wniosku (jakże absurdalnego, co dostrzega sam wspomniany autor), iż art. 60 § 7 k.k. „niezależnie od dolnej granicy zagrożenia kara pozbawienia wolności” odnosi się także do przestępstw zagrożonych sankcją kumulatywną, w tym zbrodni⁴⁵. Byłby to zasadny pogląd, o ile ograniczalibyśmy się do wykładni językowej skoncentrowanej tylko na art. 60 § 7 k.k. Wypada przypomnieć, że argumenty językowe nie stoją na przeszkodzie zastosowaniu art. 60 § 6 pkt 2 k.k. w stosunku do tych przestępstw, skoro są one zbrodniami. Paradygmat racjonalnego ustawodawcy wymaga przyjęcia, iż wobec takiej kolizji, z powodów kryminalnopolitycznych pierwszeństwo ma art. 60 § 6 pkt 2 k.k. W odmiennym przypadku musielibyśmy akceptować stan, w którym nadzwyczajne złagodzenie kary za zbrodnię z art. 53 ust. 2 u.p.n. prowadziłoby do odstąpienia od wymierzenia kary, a np. za występki z art. 279 § 1 k.k. zagrożony wyłącznie karą pozbawienia wolności od roku do lat 10 do zastosowania przynajmniej grzywny (art. 60 § 6 pkt 3 k.k.)⁴⁶.

⁴⁴ Tenże, Model..., s. 387.

⁴⁵ K. Janczukowicz, Nadzwyczajne złagodzenie kary za przestępstwa o zagrożeniu wielorodzajowym, (w:) Kodeks karny. Omówienie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396), LEX/el. 2015.

⁴⁶ Zob. też J. Majewski, Komentarz do zmiany art. 60 Kodeksu karnego, (w:) Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015, Warszawa 2015, teza 8. Przedstawiona koncepcja wykładnicza

Powstaje pytanie, czy w tej sytuacji sąd ma kompetencję lub obowiązek wymierzenia grzywny kumulatywnej? Regulacja art. 60 § 6 pkt 2 k.k. nie przewiduje takiej możliwości. Należy powtórzyć, że nie należy domniemywać kompetencji sądu do wymierzenia dwóch kar za jedno przestępstwo; jest to aktualne tym bardziej na gruncie nadzwyczajnego złagodzenia kary, którego funkcją jest obniżenie prawno-karnych dolegliwości do stopnia niewystępującego w tzw. zwyczajnym wymiarze kary (zgodnie z art. 60 § 2 k.k. nadzwyczajne złagodzenie jest możliwe wtedy, gdy nawet „najniższa kara przewidziana za przestępstwo byłaby niewspółmiernie surowa”, przez co należy rozumieć nie tylko dolną granicę ustawowego zagrożenia, ale też inne instytucje zwyczajnego wymiaru kary, np. art. 37b k.k.). Dopuszczenie grzywny kumulatywnej stosowanej na mocy art. 60 § 6 pkt 2 k.k. stanowiłoby przykład niedopuszczalnej wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, a ponadto prowadziłoby do trudnej do rozwiązania wątpliwości, czy np. kara 2 lat i 11 miesięcy pozbawienia wolności razem z 300 stawkami dziennymi grzywny faktycznie stanowi karę niższą od dolnej granicy zagrożenia⁴⁷ (jak tego wymaga art. 60 § 6 k.k.) występującej w art. 53 ust. 2 i art. 55 ust. 3 u.p.n.? Niczego nie zmienia w tym zakresie obowiązek wymierzenia dwóch kar przewidziany w przepisie typizującym, skoro jest on aktualny wyłącznie wtedy, gdy sąd stosuje sankcję karną opierając się na ustawowym zagrożeniu. Przeszaje obowiązywać, gdy organ orzekający sięga po instytucję z art. 60 k.k.⁴⁸ Innymi słowy, obligatoryjna grzywna przewidziana w przepisach typizujących nie może być orzekana „według zasad ogólnych”⁴⁹, ponieważ ustępują one miejsca szczególnej instytucji prowadzącej do regresji karania, jaką jest nadzwyczajne złagodzenie kary.

Z tych samych powodów wykluczone, w stosunku do wymienionych przestępstw, jest stosowanie odrębnych przepisów stanowiących podstawy orzekania grzywny kumulatywnej, np. art. 33 § 2 k.k. (pomijając, że działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jest już zawarte w znamionach czynów zabronionych z art. 53 ust. 2 i art. 55 ust. 3 u.p.n. i samo ustawowe zagrożenie to oddaje), a także art. 71 § 1 k.k., którego zastosowanie sąd mógłby rozważać, gdyby uprzednio warunkowo zawiesił

powoli zdobywa uznanie w orzecznictwie, zob. wyrok SA w Lublinie z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. II AKa 251/17, LEX nr 2453731; wyrok SA w Katowicach z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. II AKa 97/18, LEX nr 2490247.

⁴⁷ Gdyby zastosować występujący m.in. w art. 4 § 3 k.k. przelicznik grzywny na pozbawienie wolności, to należałoby uznać, że ta sankcja odpowiada karze 3 lat i 4 miesięcy pozbawienia wolności, więc byłaby ona wyższa niż dolna granica ustawowego zagrożenia.

⁴⁸ Zob. także J. R a g l e w s k i, *Kilka...*, s. 262–264; K. S i w e k, *Kara...*, s. 150–151.

⁴⁹ Por. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. II AKa 26/18, LEX nr 2464906.

wykonanie kary pozbawienia wolności (na podstawie art. 60 § 5 lub art. 69 § 1 k.k.) i czego nie mógłby uczynić z (powyżej wyeksponowanych) względów gwarancyjnych. Tego typu postępowanie organu orzekającego należy rozważać w kontekście art. 438 pkt 1 k.p.k., czyli obrazy prawa materialnego (a nie rażącej niewspółmierności kary z art. 438 pkt 4 k.p.k., ponieważ art. 60 § 6 i 7 k.k. nie dają w ogóle podstaw do wymierzania grzywny kumulatywnej), co może stanowić także podstawę kasacyjną (art. 523 § 1 zd. 1 k.p.k.).

Do nadzwyczajnego złagodzenia kary za przestępstwo z art. 56 ust. 3 u.p.n. należy stosować art. 60 § 6 pkt 3 k.k., który dotyczy występków zagrożonych karą przynajmniej roku pozbawienia wolności. W przypadku tego występku dolna granica zagrożenia wynosi 2 lata pozbawienia wolności i 10 stawek dziennych grzywny, dlatego niewątpliwie spełnia ona przesłanki określone w art. 60 § 6 pkt 3 k.k. W przypadku art. 56 ust. 3 u.p.n. sąd może wymierzyć grzywnę (od 10 do 540 stawek dziennych – art. 33 § 1 k.k.), ograniczenie wolności (od miesiąca do 2 lat – art. 34 § 1 k.k.) lub pozbawienie wolności (od miesiąca do 1 roku i 11 miesięcy – art. 37 k.k.⁵⁰). Trzeba zauważyć, że i w tym wypadku wykluczone jest wymierzenie grzywny kumulatywnej (także z wykorzystaniem np. art. 33 § 2 k.k.), nie tylko z powodów aktualnych również przy zbrodniach, ale także z uwagi na posłużenie się w art. 60 § 6 pkt 3 k.k. przez ustawodawcę sformułowaniem typowym dla sankcji alternatywnych, co przesądza, że sąd może wybrać tylko jedną z trzech możliwości („sąd wymierza grzywnę, karę ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności”)⁵¹.

Należy nadmienić, że w ramach nadzwyczajnego złagodzenia kary niedopuszczalne jest wykorzystanie także innych instytucji pozwalających wymierzyć dwie kary za jedno przestępstwo (zagrożone sankcją kumulatywną), a które potencjalnie mogłyby znaleźć zastosowanie do

⁵⁰ Błędnie, zapewne stosując regułę z art. 60 § 6 pkt 2 k.k. dotyczącą obliczania jednej trzeciej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, przyjął SA we Wrocławiu w wyroku z dnia 30 marca 2016 r., sygn. II AKa 70/16, LEX nr 2025520, iż w przypadku art. 56 ust. 3 u.p.n. sąd może wymierzyć karę pozbawienia wolności w granicach od 8 miesięcy do 1 roku i 11 miesięcy. Reguła z art. 60 § 6 pkt 2 k.k. ma zastosowanie jedynie do zbrodni i nie jest wiążąca w odniesieniu do występków.

⁵¹ Por. M. Kulik, Komentarz do art. 56 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, (w:) *Pozakodeksowe...*, M. Mozgawa (red.), teza 43; stanowisko tego autora wydaje się jednak wewnętrznie sprzeczne, ponieważ stwierdza on, iż: „Ewentualne nadzwyczajne złagodzenie kary polegać powinno na wymierzeniu kary pozbawienia wolności, ograniczenia wolności lub grzywny, zgodnie z regułą określoną w art. 60 § 6 pkt 3 k.k. W razie popełnienia czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub osiągnięcia takiej korzyści, możliwe jest orzeczenie grzywny obok kary pozbawienia wolności na podstawie art. 33 § 2 k.k. Słuszne jest wyrażone w orzecznictwie stanowisko, że w razie zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary nie jest możliwe orzeczenie kary grzywny i kary pozbawienia wolności”.

występku określonego w art. 56 ust. 3 u.p.n., w tym sekwencji kar z art. 37b k.k.⁵² Godne przypomnienia jest, iż art. 60 § 6 pkt 3 k.k. samodzielnie i wyczerpująco określa możliwości sądu w zakresie orzekania sankcji nadzwyczajnie złagodzonej w przypadku występków zagrożonych karą przynajmniej roku pozbawienia wolności i dlatego nie można interpretować art. 37b k.k. rozszerzająco (w kierunku uznania go za mający zastosowanie także na gruncie nadzwyczajnego złagodzenia), skoro prowadzi to do konsekwencji niekorzystnych dla sprawcy (zamiast jednej mogą go spotkać dwie kary, co prowadzi także do trudności w zakresie ustalenia, czy istotnie są one mniej „warte” aniżeli „dolna granica ustawowego zagrożenia”, jak tego wymaga art. 60 § 6 k.k.). Ustawodawca także i w tym miejscu nie zamieścił klauzuli pozwalającej na dokonywanie takich zabiegów.

Oczywiście w przypadku art. 56 ust. 3 u.p.n. nie ma zastosowania art. 60 § 7 k.k.; sprzeciwia się temu nie tylko wykładnia językowa art. 60 § 6 pkt 3 k.k. (skoro ten przepis stosuje się do typów zagrożonych sankcją prostą pozbawienia wolności w wysokości minimum roku, to tym bardziej dotyczy przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności przekraczającą tę granicę w połączeniu z grzywną), ale także względy kryminalnopolityczne (prowadziłoby to do łagodniejszego potraktowania sprawcy przestępstwa z art. 56 ust. 3 u.p.n. niż sprawcy czynu zabronionego z art. 281 k.k. zagrożonego wyłącznie karą pozbawienia wolności od roku do 10 lat; w tym pierwszym przypadku doszłoby do odstąpienia od wymierzenia kary, a w tym drugim do zastosowania kary wolnościowej albo kary pozbawienia wolności od miesiąca do 11 miesięcy).

Podobnie jak przy nadzwyczajnym obostrzeniu kary i odstąpieniu od wymierzenia kary, nadzwyczajnemu złagodzeniu podlega całość sankcji określonej w ustawowym zagrożeniu⁵³. Nie jest tak, że obie kary przewidziane w sankcji kumulatywnej są łagodzone z osobna, jak przyjmuje W. Wassermann⁵⁴. Nie może się to odbywać z mocy art. 38 § 1 k.k., który dotyczy wyłącznie nadzwyczajnego obostrzenia kary i obniżenia górnej granicy ustawowego zagrożenia (występującego np. w art. 10 § 3 k.k.)⁵⁵. Wykładnia językowa jest w tym wypadku jasna i bezdyskusyjnie regulacja ta nie dotyczy instytucji z art. 60 k.k. Potwierdza to także brzmienie przepisów art. 60 § 6–8 k.k., które uzależniają sposób nadzwyczajnego

⁵² Zob. też A. Jezusek, *Sekwencja...*, s. 88, przypis 30; por. M. Małecki, *Ustawowe...*, s. 303–304.

⁵³ Zob. K. Siwek, *Kara...*, s. 150, 153; J. Raglewski, *Model...*, s. 384.

⁵⁴ W. Wassermann, *Grzywna...*, 102–103.

⁵⁵ Identycznie SA w Katowicach w wyroku z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. II AKa 97/18, LEX nr 2490247.

złagodzenia kary jedynie od dolnej granicy ustawowego zagrożenia (art. 60 § 6 k.k.) bądź od zagrożenia wielorodzajowego (art. 60 § 7 i 8 k.k.) i nie dopuszczają do zastosowania dwóch technik do jednego przestępstwa. Jeżeli zastosowanie znajduje art. 60 § 6 k.k., to wyklucza on wykorzystanie art. 60 § 7 k.k. w związku z czym nie powstaje, wyrażona w tym ostatnim, podstawa do orzeczenia np. świadczenia pieniężnego.

De lege ferenda należy wskazać, że za odmiennym sposobem nadzwyczajnego złagodzenia przemawiają względy funkcjonalne⁵⁶. Skoro ustawodawca w odniesieniu do określonych przestępstw formułuje obowiązek orzekania grzywny kumulatywnej w ramach ustawowego zagrożenia, to oznacza to, że uznaje te typy za zawierające *in abstracto* wyższy ładunek bezprawia niż przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności bez obligatoryjnej grzywny (por. np. art. 53 ust. 2 i art. 59 ust. 2 u.p.n.)⁵⁷. Niezależnie od tego, czy mamy w tym miejscu do czynienia z legislacyjnym przeoczeniem, czy też zamierzonym zabiegiem⁵⁸, celowe mogłoby być zróżnicowanie sytuacji sprawców tych przestępstw i wprowadzenie możliwości orzekania grzywny kumulatywnej także w ramach nadzwyczajnego złagodzenia kary. Ową różnicę w zawartości społecznej szkodliwości przestępstw mogą oddawać sądy, odpowiednio miarkując prawnokarną dolegliwość wynikającą z sankcji nadzwyczajnie złagodzonej (aczkolwiek bez możliwości orzekania kumulatywnej grzywny jest to utrudnione).

Ustalenie, że ustawowe zagrożenie w art. 56 ust. 1 u.p.n. jest modyfikowane przez art. 37a k.k. powoduje, że nadzwyczajne złagodzenie w odniesieniu do tego przestępstwa jest wykluczone z mocy art. 60 § 8 k.k., skoro górna granica ustawowego zagrożenia przekracza 5 lat pozbawienia wolności. Nie zasługuje na aprobatę twierdzenie W. Zalewskiego, iż wyłączenie nadzwyczajnego złagodzenia zawarte w art. 60 § 8 k.k. jest aktualne tylko wtedy, gdy sąd faktycznie na podstawie art. 37a k.k. wymierzył grzywnę albo ograniczenie wolności⁵⁹. Regulacja z art. 37a k.k. ma zastosowanie do określonych typów przestępstw niezależnie od tego, czy sąd faktycznie korzysta z kar wolnościowych wprowadzonych przez ten przepis (jest to bowiem przednawiasowy modyfikator

⁵⁶ Zob. Z. Cwiąkowski, Komentarz do art. 60..., teza 52; W. Wassermann, Grzywna..., s. 104.

⁵⁷ Zob. też M. Małecki, Ustawowe..., s. 283–284.

⁵⁸ Trzeba pamiętać, że również na gruncie art. 60 § 7 k.k. zrównano sytuację sprawców przestępstw np. zagrożonych wyłącznie karami wolnościowymi (np. art. 212 § 1 k.k.) z typami zagrożonymi karą pozbawienia wolności do lat 5 (np. art. 155 k.k.).

⁵⁹ W. Zalewski, Art. 60, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks..., nb. 19.

ustawowego zagrożenia), natomiast art. 60 § 8 k.k. nie mówi o sytuacji, gdy „sąd wymierza karę na podstawie art. 37a”.

Wyłączenie z art. 60 § 8 k.k. oznacza, że w przypadku art. 56 ust. 1 u.p.n. sąd zobligowany jest do wymierzenia kary w granicach zwyczajnego wymiaru kary. W ramach ustawowego zagrożenia może to być minimum 10 stawek dziennych grzywny (art. 37a k.k.), a maksimum 8 lat pozbawienia wolności i 540 stawek dziennych grzywny. Niewykluczone jest również skorzystanie z sekwencji z art. 37b k.k.

Uzasadnienie wprowadzenia art. 60 § 8 k.k. należy szukać w chęci zapobieżenia nadmiernemu złagodzeniu odpowiedzialności karnej⁶⁰. Nadzwyczajne złagodzenie kary w tym przypadku prowadziłoby do zastosowania art. 60 § 7 k.k., a nie (jak sugeruje K. Janczukowicz⁶¹) art. 60 § 6 pkt 4 k.k., ponieważ dolną granicę ustawowego zagrożenia w tym przypadku stanowi 10 stawek dziennych grzywny (art. 37a k.k.), a nie kara pozbawienia wolności niższa od roku, jak tego wymaga art. 60 § 6 pkt 4 k.k.

Należy uznać, że wyłączenie z art. 60 § 8 k.k. nie jest całkowite. Na zasadzie *lex posterior generali non derogat legi priori speciali* ustępuje on pierwszeństwa przepisom obligującym sąd do zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary (np. art. 60 § 3 k.k.⁶²). To prowadzi do nadzwyczajnego złagodzenia wedle reguł z art. 60 § 7 k.k. Podstawy obligatoryjnego stosowania tej instytucji pełnią szczególną funkcję gwarancyjną – zapewniają sprawcy, w zamian za podjęcie (szeroko rozumianej) współpracy z organami powołanymi do ścigania przestępstw, odpowiednie profity na gruncie wymiaru kary. Sprawca musi mieć pewność, że podejmując działania tego typu, istotnie na tym skorzysta. Przydatne jest przy tym spostrzeżenie M. Małeckiego, iż w systemie prawa karnego występują przestępstwa zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8

⁶⁰ M. Małecki, *Ustawowe...*, s. 314.

⁶¹ K. Janczukowicz, *Nadzwyczajne złagodzenie kary (NZK) a zamiana kary*, (w:) *Kodeks karny. Omówienie zmian*, LEX/el. 2015.

⁶² Por. odmienny pogląd J. Majewskiego, *Komentarz do zmiany art. 60...*, teza 13, który na zasadzie *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* dopuszcza stosowanie art. 299 § 8 zd. 2 k.k., natomiast nie aprobuje zastosowania art. 60 § 3 k.k. Prowadzi to jednak do niekorzystnego (z kryminalnopolitycznego punktu widzenia) skutku – z obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia może korzystać ten, kto jedynie czynił starania zmierzające do ujawnienia informacji dotyczących osób uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz okoliczności jego popełnienia (art. 299 § 8 zd. 2 k.k.), ale jest to wykluczone w przypadku sprawcy współdziałającego z innymi osobami w popełnieniu przestępstwa, który faktycznie ujawnił informacje dotyczące uczestniczących w popełnieniu przestępstwa oraz istotnych okoliczności jego popełnienia (art. 60 § 3 k.k.). Przyjmując tę koncepcję wykładniczą, w lepszej sytuacji byłby ten sprawca, który przyniósłby organom ścigania *de facto* mniejsze korzyści.

i (alternatywnie) karami wolnościowymi, które są wprowadzone do ustawowego zagrożenia z mocy przepisu typizującego (np. art. 58 ust. 1 ustawy z dnia 20 marca 2009 r. o bezpieczeństwie imprez masowych⁶³), a nie art. 37a k.k., co oznacza, że w tych przypadkach wyłączenie z art. 60 § 8 k.k. nie obowiązuje⁶⁴, również w przypadku podstaw fakultatywnego stosowania instytucji z art. 60 k.k. Tym bardziej należy dopuścić jej wykorzystanie w odniesieniu do art. 56 ust. 1 u.p.n., gdy ustawa obli-guje do tego sąd, skoro *in abstracto* ten typ cechuje się wyższą granicą ustawowego zagrożenia (8 lat pozbawienia wolności i 540 stawek dziennych grzywny) niż typ z art. 58 ust. 1 ustawy o bezpieczeństwie imprez masowych. Podsumowując, nadzwyczajne złagodzenie w przypadku przestępstwa z art. 56 ust. 1 u.p.n. jest możliwe tylko wtedy, gdy w sprawie zaistniała podstawa obligatoryjnego złagodzenia (np. art. 60 § 3 k.k.), co prowadzi do odstąpienia od wymierzenia kary i orzeczenia wymienionych w art. 60 § 7 k.k. środków reakcji karnej.

W odniesieniu do pozostałych przestępstw (art. 55 ust. 1 i art. 61 u.p.n.) *prima facie* mogłoby się wydawać, że technikę złagodzenia okre-sła art. 60 § 6 pkt 4 k.k.⁶⁵, skoro te typy są zagrożone sankcją, której dol-na granica ustawowego zagrożenia to kara pozbawienia wolności niższa od roku (wprawdzie wzbogacona obligatoryjną grzywną), bo wynosząca miesiąc (art. 37 k.k.). Jest to założenie oczywiście błędne, z uwagi na sygnalizowaną już funkcję art. 37a k.k., który ową dolną granicą ustawo-wego zagrożenia w tych wypadkach uczynił karę 10 stawek dziennych grzywny. To przesądza, iż zastosowanie ma art. 60 § 7 k.k. (co pozostaje zgodne ze względami językowymi; *de lege lata* art. 55 ust. 1 i art. 61, tak jak art. 56 ust. 1 u.p.n., są zagrożone sankcjami alternatywno-kumulatywnymi), a zatem sąd ma odstąpić od wymierzenia kary i orzec-środek karny (art. 39 pkt 2–3, 7 i 8 k.k.), środek kompensacyjny lub prze-padek, ale od orzeczenia wymienionych środków nie będących karami nie może już odstąpić⁶⁶. Naturalnie wykluczone jest w tych wypadkach korzystanie np. z art. 37b k.k.

⁶³ Dz. U. z 2017 r., poz. 1160, ze zm.

⁶⁴ M. Małecki, *Ustawowe...*, s. 314.

⁶⁵ Tak np. M. Kulik, *Komentarz do art. 55 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*, (w:) M. Mozgawa (red.), *Pozakodeksowe...*, teza 46.

⁶⁶ Zob. J. Raglewski, *Model...*, s. 373–374, który trafnie uznaje wyłączenie art. 61 § 2 k.k. zawarte w art. 60 § 7 k.k. za ustawowe *superfluum*.

5. Nadzwyczajne obostrzenie kary (art. 64 i 65 k.k.)

Jedną z podstaw nadzwyczajnego obostrzenia kary jest określona w art. 64 § 1 k.k. tzw. recydywa specjalna podstawowa. Dotyczy ona sprawcy, który w warunkach uprzedniego skazania za przestępstwo umyślne i w ciągu 5 lat od odbycia przynajmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności popełnia umyślne przestępstwo podobne do tego przestępstwa, za które był skazany.

Nie ma wątpliwości, że omawiane przestępstwa określone w u.p.n. są typami umyślnymi (art. 8 k.k.). Definicję przestępstw podobnych zawiera art. 115 § 3 k.k. Z przepisu tego wynika, że przestępstwami podobnymi są np. przestępstwa należące do tego samego rodzaju, o czym rozstrzyga ten sam rodzaj przedmiotu ochrony⁶⁷. Niezależnie od przyjęcia, co jest konkretnym przedmiotem ochrony w przypadku przestępstw stypizowanych w u.p.n.⁶⁸, jest jasne, iż jest on wspólny dla narkotykowych typów czynów zabronionych. Tym samym przestępstwa z art. 53 ust. 2, art. 55 ust. 1 i 3, art. 56 ust. 1 i 3 i art. 61 u.p.n. są umyślnymi przestępstwami podobnymi i mogą stanowić podstawę przyjęcia recydywy z art. 64 § 1 k.k.

Spełnienie przesłanek powrotności do przestępstwa w warunkach art. 64 § 1 k.k. daje sądowi kompetencję do wymierzenia kary przewidzianej za przypisane sprawcy przestępstwo w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. Nie rodzi to większych problemów w przypadku sankcji alternatywnych. Sąd może wówczas wymierzyć jedną z kar występujących w ustawowym zagrożeniu, która może być wymierzona w zaostrzonym, limitowanym w art. 38 § 2 k.k., rozmiarze (co dotyczy wszystkich kar zawartych w zagrożeniu – art. 38 § 1 k.k.).

Problemy może budzić, użyte w art. 64 § 1 k.k., sformułowanie „sąd może wymierzyć karę”, które może sugerować, że w warunkach recydywy specjalnej podstawowej sąd ma kompetencję do wymierzenia tylko jednego ze środków penalnych wymienionych w art. 32 k.k. (słowo „kara” zostało bowiem użyte w liczbie pojedynczej). Taka koncepcja w odniesieniu do sankcji kumulatywnych, gdzie sąd generalnie (poza przypad-

⁶⁷ J. Majewski, Komentarz do art. 115 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks..., cz. 2; A. Zołł, teza 6 do § 3.

⁶⁸ W doktrynie i orzecznictwie formułowane są dwa zasadnicze stanowiska. Według pierwszego głównym przedmiotem ochrony w przypadku u.p.n. jest zdrowie publiczne (tak np. uchwała SN z dnia 27 października 2005 r., sygn. I KZP 32/05, OSP 2007, nr 1, poz. 3). Zgodnie z przeciwnym poglądem, tym przedmiotem jest życie i zdrowie człowieka (tak np. M. Kulik, Komentarz do art. 53 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, tezy 1–6).

kami nadzwyczajnego złagodzenia kary) jest zobowiązany do zastosowania dwóch kar, nie wytrzymuje krytyki. Nic nie stoi na przeszkodzie, by wyrażenie „kara” interpretować z uwzględnieniem funkcji nadzwyczajnego obostrzenia kary. Skoro ma ono prowadzić do wymiaru kary w zastrzonych (porównaniu do zwyczajnego wymiaru kary) granicach, to należy przez to rozumieć całą sankcję wynikającą z ustawowego zagrożenia; w tym przypadku chodzi o sankcję złożoną z obligatoryjnie połączonych dwóch kar. Skoro muszą być one wymierzone w standardowych sytuacjach związanych z przypisaniem odpowiedzialności za przestępstwa narkotykowe, to ten obowiązek jest tym bardziej aktualny w przypadku nadzwyczajnego obostrzenia. Wykładnia językowa art. 64 § 1 k.k. nie może przecież prowadzić do nieuzasadnionego złagodzenia odpowiedzialności karnej.

Przy tym należy mieć na uwadze, że od 1 lipca 2015 r. art. 38 § 1 k.k. stanowi, że przy zagrożeniu wielorodzajowym (już nie tylko alternatywnym, ale także kumulatywnym i alternatywno-kumulatywnym) karami z art. 32 pkt 1–3 k.k. nadzwyczajne obostrzenie górnej granicy ustawowego zagrożenia odnosi się do każdej z tych kar. To prowadzi do wniosku, że sąd może wymierzyć każdą z kar występujących w ustawowym zagrożeniu w wysokości do górnej granicy zwiększonej o połowę, z uwzględnieniem limitów z art. 38 § 2 k.k. i zakazu przekraczania górnej granicy w stosunku do sprawców zbrodni (art. 64 § 3 k.k.).

W odniesieniu do zbrodni (art. 53 ust. 2, art. 55 ust. 3 u.p.n.) należy przyjąć, że art. 64 § 1 k.k., z mocy art. 64 § 3 k.k., nie prowadzi do modyfikacji granic kary możliwej do orzeczenia. Faktem jest bowiem, że ten ostatni przepis zakazuje „podwyższenia górnego ustawowego zagrożenia”, przez co należy rozumieć możliwość wymierzenia kary powyżej górnej granicy ustawowego zagrożenia. Górną granicę należy ustalać analogicznie jak dolną, tzn. górna granica ustawowego zagrożenia to najsurowsza *in abstracto* sankcja występująca w ustawowym zagrożeniu. Skoro w przypadku sankcji kumulatywnej i alternatywno-kumulatywnej stanowią ją dwie kary, to zakaz wymierzenia ich poza standardowe granice jest aktualny w stosunku do obydwu z nich, za czym przemawia również zakaz wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. W konsekwencji, w przypadku zbrodni z u.p.n. zagrożonych sankcją kumulatywną sąd może wymierzyć karę od miesiąca do 15 lat pozbawienia wolności (art. 37 k.k.) i od 10 do 540 stawek dziennych grzywny (art. 33 § 1 k.k.).

Wyłączenie to nie jest obowiązujące w przypadku występów stypizowanych w u.p.n. Tym samym sąd ma kompetencję do wymierzenia:

- w przypadku art. 56 ust. 3 u.p.n. – od 2 do 18 lat pozbawienia wolności i od 10 do 810 stawek dziennych grzywny;
- w przypadku art. 56 ust. 1 u.p.n. – od 6 miesięcy do 12 lat pozbawienia wolności i od 10 do 810 stawek dziennych grzywny;
- w przypadku art. 55 ust. 1 i art. 61 u.p.n. – od miesiąca do 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności i od 10 do 810 stawek dziennych grzywny.

Występujące w art. 64 § 1 k.k. wyrażenie „sąd może wymierzyć karę” świadczy o tym, że zaostrenie ma w tym wypadku charakter fakultatywny⁶⁹. Tym samym nie można wykluczyć, iż pomimo spełnienia formalnych przesłanek recydywy specjalnej podstawowej, sąd wymierzy pojedynczą karę wolnościową (na podstawie art. 37a k.k. w przypadku art. 56 ust. 1, art. 55 ust. 1 albo art. 61 u.p.n.) lub zastosuje sekwencję kar z art. 37b k.k. (również w przypadku art. 56 ust. 3 u.p.n.).

Skazanie w warunkach art. 64 § 1 k.k., odbycie minimum roku kary pozbawienia wolności i popełnienie w ciągu 5 lat od odbycia całości lub części ostatniej kary ponownego umyślnego, ściśle określonego przestępstwa prowadzi do przyjęcia recydywy specjalnej wielokrotnej (art. 64 § 2 k.k.). Przy założeniu, że przestępstwa narkotykowe skierowane są przeciwko zdrowiu, mogą mieścić się w katalogu przestępstw stanowiących podstawę multirecydywy.

Ponadto należy mieć na uwadze, że typy określone w u.p.n. mogą zostać popełnione przez sprawcę, który uczynił sobie z przestępstwa stałe źródło dochodu lub popełnia je działając w zorganizowanej grupie albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa, więc spełnia przesłanki zaostrenia sankcji z art. 65 § 1 k.k., który w zakresie obostrzenia kary odsyła do art. 64 § 2.

Spełnienie przesłanek z art. 64 § 2 bądź art. 65 § 1 k.k. obliguje sąd do wymierzenia kary pozbawienia wolności powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia i pozwala zastosować tę karę w wysokości do górnej granicy zwiększonej o połowę. W przypadku sankcji alternatywnej oznacza to, że ustawa nie daje organowi orzekającemu wyboru poza wymierzeniem kary izolacyjnej. Trudno natomiast przyjąć, że w odniesieniu do sankcji kumulatywnej i alternatywno-kumulatywnej art. 64 § 2 k.k. wyklucza zastosowanie kar kumulatywnych. Aktualne pozostają uwagi poczynione na gruncie art. 64 § 1 k.k. Wszak obowiązek stoso-

⁶⁹ Przepis art. 64 § 1 k.k. powinien być powoływany w podstawie wymiaru kary tylko wtedy, gdy sąd wymierza karę przekraczającą górną granicę ustawowego zagrożenia, zob. J. Majewski, Komentarz do art. 64 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), Kodeks..., cz. 2; A. Zołł..., teza 36.

wania kary izolacyjnej nie wyklucza orzeczenia dwóch kar naraz i nie jest sprzeczny z funkcją art. 64 § 2 k.k., jaką jest zaostrzenie odpowiedzialności karnej. Wręcz przeciwnie, takie postępowanie pomaga tę funkcję spełniać.

Także w przypadku multirecydywy należy uwzględnić unormowanie z art. 38 § 1 k.k. Skoro dotyczy ono jedynie nadzwyczajnego obostrzenia polegającego na wymierzeniu kary powyżej górnej granicy zagrożenia (tzn. najniższej kary surowszej niż dolna granica zagrożenia karą pozbawienia wolności), to trzeba uznać, że łącznie z art. 64 § 2 k.k. ustanawia on normę pozwalającą wymierzyć grzywnę w wysokości do 810 stawek dziennych⁷⁰, ale jednocześnie nietworzącą obowiązku wymierzenia jej w rozmiarze powyżej 10 stawek (tj. 11 stawek).

Z uwagi na dysfunkcjonalne ograniczenie zawarte w art. 64 § 3 k.k., w przypadku multirecydywy i art. 65 § 1 k.k. w odniesieniu do zbrodni (art. 53 ust. 2, art. 55 ust. 3 u.p.n.) sąd może wymierzyć karę pozbawienia wolności w granicach od 3 lat i miesiąca do 15 lat oraz grzywnę od 10 do 540 stawek dziennych.

Wymierzając karę nadzwyczajnie obostrzoną wobec sprawcy przestępstwa z art. 56 ust. 3 u.p.n. na tej podstawie sąd może wymierzyć karę pozbawienia wolności od 2 lat i miesiąca do 18 lat, a także grzywnę od 10 do 810 stawek dziennych. W przypadku czynu zabronionego z art. 56 ust. 1 u.p.n. granice te obejmują karę pozbawienia wolności od 7 miesięcy do 12 lat oraz grzywnę w identycznych rozmiarach, a art. 55 ust. 1 i art. 61 u.p.n. – pozbawienie wolności od 2 miesięcy do 7 lat i 6 miesięcy oraz grzywnę od 10 do 810 stawek dziennych.

Ze względu na sformułowany w art. 64 § 2 k.k. obowiązek wymierzenia kary pozbawienia wolności, wykluczone jest stosowanie zamiast niej samodzielnej kary wolnościowej orzekanej na podstawie art. 37a k.k. Natomiast art. 37b k.k. może zostać wykorzystany w przypadku art. 55 ust. 1 i art. 61 u.p.n., o ile sąd wymierzy 2 lub 3 miesiące pozbawienia wolności, bo tylko w ten sposób można pogodzić zasady sekwencji z art. 37b k.k. z regułami obostrzenia z art. 64 § 2 k.k. Jest to całkowicie niemożliwe w stosunku do występków z art. 56 ust. 1 i 3 u.p.n., ponieważ art. 37b k.k. nie pozwala wymierzyć kary powyżej 6 miesięcy pozbawienia wolno-

⁷⁰ Grzywna kumulatywna współtworzy górną granicę ustawowego zagrożenia, którą sąd może przekroczyć przy wymiarze sankcji na podstawie art. 64 § 2 k.k. Nie można przyjąć niedopuszczalności obostrzenia jej, choćby na tej podstawie, że jest to dopuszczalne w warunkach art. 64 § 1 k.k. Tym samym aktualność stracił pogląd wyrażony w wyroku SA w Łodzi z dnia 23 czerwca 2015 r., sygn. II AKa 297/14, LEX nr 1814775.

ści, a tylko taka kara realizowałaby założenia obostrzenia kary wynikającego z multirecydywy⁷¹.

Obligatoryjny charakter art. 64 § 2 i art. 65 § 1 k.k. powoduje, że przepisy te powinny być powołane w podstawie wymiaru kary, nawet wtedy, gdy sąd wymierza karę pozbawienia wolności powyżej dolnej granicy (co jest jego obowiązkiem, z wyjątkiem zbiegu podstaw nadzwyczajnego wymiaru kary z art. 57 § 2 k.k.), ale bez przekroczenia górnej granicy ustawowego zagrożenia, ponieważ także i w tym aspekcie może przejawiać się nadzwyczajne obostrzenie (może ono wykluczać zastosowanie pewnego przedziału ustawowego zagrożenia; w tym wypadku niedopuszczalne jest wymierzenie kary w wysokości dolnej granicy zagrożenia)⁷².

6. Ciąg przestępstw

Instytucja określona w art. 91 § 1 k.k. ma służyć wymiarowi kary w przypadku szczególnego realnego zbiegu przestępstw. Ścisłej, chodzi tu o popełnienie przynajmniej dwóch przestępstw w krótkich odstępach czasu, z wykorzystaniem takiej samej sposobności, zanim co do któregośkolwiek z nich zapadł pierwszy wyrok (choćby nieprawomocny), przy czym dla każdego z przestępstw przepis stanowiący podstawę wymiaru kary musi być tożsamy⁷³.

Wydaje się, że nie ma przeszkód do zaakceptowania twierdzenia, iż omawiane typy przestępstw narkotykowych mogą pozostawać w zbiegu przestępstw, opisanym w art. 91 § 1 k.k. Możliwe są zasadniczo dwa rodzaje sytuacji mogących prowadzić do zastosowania ciągu. W pierwszej, sprawca (w warunkach art. 91 § 1 k.k.) przynajmniej dwukrotnie realizuje znamiona czynów o identycznej kwalifikacji prawnej, co przesądza o tożsamości podstawy wymiaru kary. W drugiej, podstawy skazania są różne, natomiast w każdym przypadku podstawa wymiaru kary jest ta sama, co może wynikać np. z zastosowania kumulatywnej kwalifikacji (art. 11 § 2 i 3 k.k.)⁷⁴.

Realizacja przesłanek art. 91 § 1 k.k. pozwala sądowi wymierzyć jedną karę za wszystkie przestępstwa pozostające w ciągu w wysokości do

⁷¹ Zob. A. Jezusek, *Sekwencja...*, s. 89; M. Małecki, *Ustawowe...*, s. 303–304; por. V. Konarska-Wrzošek, *Szczególne dyrektywy sądowego wymiaru kary*, (w:) T. Kaczmarek (red.), *System Prawa Karnego*, t. 5: *Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, Warszawa 2017, s. 309.

⁷² J. Majewski, *Komentarz do art. 64*, teza 52.

⁷³ Przesłanki ciągu omawia np. P. Kardas, *Komentarz do art. 91 Kodeksu karnego*, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, cz. 2; A. Zoll..., tezy 20–71.

⁷⁴ Tamże, tezy 26–31.

górną granicę ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę. W tym miejscu rodzą się wątpliwości dotyczące dwóch kwestii. Po pierwsze, jest to niespotykany wręcz przypadek wymierzania jednej sankcji za kilka (liczba jest w zasadzie dowolna) przestępstw pozostających w zbiegu realnym. Problem dotyczy przede wszystkim kwestii, czy językowe brzmienie art. 91 § 1 k.k. prowadzi do tego, iż obliuguje on sąd, nawet w przypadku sankcji kumulatywnych i alternatywno-kumulatywnych, do wymierzenia tylko jednej kary, pomimo, że ustawowe zagrożenie obliuguje (sankcje kumulatywne) lub pozwala (sankcje alternatywno-kumulatywne) wymierzyć dwie kary? Po drugie, ciąg przestępstw umożliwia wymierzenie kary powyżej górnej granicy ustawowego zagrożenia, co rodzi pytania o charakter ciągu – czy jest to kolejna podstawa nadzwyczajnego obostrzenia kary?

Górną granicę ustawowego zagrożenia w przypadku art. 53 ust. 2 i art. 55 ust. 3 u.p.n. stanowi kara 15 lat pozbawienia wolności i 540 stawek dziennych grzywny i granica kary orzekana w przypadku ciągu musi uwzględniać obie te sankcje, podobnie jak to się odbywa na gruncie nadzwyczajnego obostrzenia kary. Już w tym miejscu należy przesądzić, że posłużenie się w art. 91 § 1 k.k. liczebnikiem „jednej” dotyczącego liczby kar orzekanej w przypadku ciągu, nie przemawia za tezą, iż sąd jest kompetentny w tych wypadkach do orzekania wyłącznie kary pozbawienia wolności albo grzywny. Wszak ciąg nie ma na celu łagodzenia odpowiedzialności; jego funkcją jest jedynie ułatwienie wymiaru kary w przypadku realnego zbiegu przestępstw. Przecież popełnianie kolejnych przestępstw w żadnej mierze nie można uznać za okoliczność łagodzącą i wpływającą na regresję karania. Wyrażenie „sąd orzeka jedną karę” należy interpretować w sposób prowadzący do przyjęcia, iż za wszystkie przestępstwa objęte ciągiem należy wymierzyć jedną sankcję, która *in concreto* może składać się z dwóch kar, o ile przepis stanowiący podstawę wymiaru kary pozwala lub zobowiązuje organ orzekający do ich zastosowania.

Ustalenie górnej granicy sankcji dopuszczalnej w przypadku art. 53 ust. 2 i art. 55 ust. 3 u.p.n. w zw. z art. 91 § 1 k.k. jawi się jako niezwykle problematyczne i może oprzeć się teoretycznie na kilku stanowiskach:

- pozbawienie wolności od 3 lat do 22 lat i 6 miesięcy oraz grzywna do 810 stawek dziennych;
- pozbawienie wolności od 3 lat do 20 lat oraz grzywna do 810 stawek dziennych;
- pozbawienie wolności od 3 lat do 15 lat oraz grzywna do 540 stawek dziennych.

Z góry trzeba odrzucić pierwszy pogląd jako, że nie ma on jakiegokolwiek podstawy w obowiązujących przepisach Kodeksu karnego. Nie istnieje bowiem przepis pozwalający orzec karę pozbawienia wolności (art. 32 pkt 3 k.k.) w wysokości powyżej 20 lat.

Wybór stanowiska drugiego lub trzeciego zależy od określenia charakteru normatywnego ciągu przestępstw. Jest bowiem jasne, że kara orzekana w ramach ciągu nie stanowi kary łącznej, dlatego nie mają doń zastosowania maksymalne granice określone w art. 86 § 1 k.k. Dyskusyjne jest jednak, czy ciąg nie stanowi podstawy nadzwyczajnego obostżenia kary. W razie akceptacji takiego stanowiska, przy wymiarze kary na podstawie art. 91 § 1 k.k. należałoby uwzględnić art. 38 § 2 k.k. pozwalający orzec grzywnę w wysokości do 810 stawek dziennych i karę pozbawienia wolności do 20 lat.

Możliwość wymierzenia kary powyżej górnej granicy ustawowego zagrożenia sugeruje, że w przypadku art. 91 § 1 k.k. mamy do czynienia z nadzwyczajnym obostżeniem kary⁷⁵. Ponadto argumentuje się, że powtarzalność przestępstw jako podstawa nadzwyczajnego obostżenia kary występuje już w art. 64 k.k.⁷⁶, a sam ciąg w kodyfikacji karnoskarbowej wprost został uznany za jeden z przypadków zaostżenia kary (art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.)⁷⁷.

Samo twierdzenie i wysuwana na jego rzecz argumentacja nie są przekonujące⁷⁸. Z faktu, że ciąg pozwala wymierzyć karę powyżej

⁷⁵ Uchwała SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, OSNKW 1999, nr 9–10, poz. 48. Podobnie m.in. J. Giezek, Komentarz do art. 91 Kodeksu karnego, (w:) J. Giezek (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, tezy 20–24; S. Żółtek, Art. 91, (w:) Kodeks..., M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), nb. 29; P. Hofmański, L. K. Paprzycki, A. Sakowicz, Komentarz do art. 91 Kodeksu karnego, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, teza 7; Z. Cwiąkałski, Komentarz do art. 60..., teza 45; R. Kokoł, Uwagi na temat charakteru prawnego dyrektywy wymiaru kary za ciąg przestępstw. Część I, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2016, nr 41, s. 40; A. Michalska-Warias, Glosa do postanowienia SN z dnia 4 lutego 2008 r., sygn. III KK 363/07, s. 131; Kulik M., Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, Przegląd Sądowy 2000, nr 2, s. 145; wyrok SA w Lublinie z dnia 5 października 2004 r., sygn. II AKa 252/04, KZS 2005, nr 9, poz. 37; A. Zoll, Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 24/99, nr 2, poz. 25; postanowienie SN z dnia 19 marca 2003 r., sygn. V KK 188/02, LEX nr 77024; postanowienie SN z dnia 4 lutego 2008 r., sygn. III KK 363/07, OSNKW 2008, nr 4, poz. 28; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 24 maja 2016 r., sygn. II AKa 72/16, LEX nr 2067981; wyrok SA w Gdańsku z dnia 4 października 2016 r., sygn. II AKa 271/16.

⁷⁶ R. Kokoł, Uwagi... Część I, s. 41.

⁷⁷ Tamże, s. 44–45.

⁷⁸ Zob. W. Wróbel, Komentarz do art. 57 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., cz. 2; A. Zoll..., teza 7; P. Kardas, Komentarz do art. 91..., tezy 105–108;

maksimum ustawowego zagrożenia nie wynika, że mamy w tym wypadku do czynienia z nadzwyczajnym obostrzeniem. Trzeba pamiętać, że nadzwyczajne obostrzenie prowadzi do wymierzenia kary w surowszych granicach niż pozwala na to zwyczajny wymiar kary. Nie jest tak w przypadku ciągu. Jeżeli obejmie on dwa przestępstwa z art. 278 § 1 k.k., to sprawcy za oba te przestępstwa grozi kara 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Tymczasem, gdyby ciąg nie zachodził, to sprawcy mogą zostać wymierzone dwie kary po 5 lat. Niczego w tej kwestii nie zmienia możliwość przekroczenia granic ustawowego zagrożenia, skoro jest to generalnie dopuszczalne w przypadku kary łącznej (art. 86 § 1 k.k.), której słusznie nie uważa się za podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary, a którą ciąg przestępstw niejako zastępuje⁷⁹. Niezasadne jest odwoływanie się w tej mierze do ustawy karnoskarbowej⁸⁰; w aspekcie materialnoprawnym, w porównaniu do Kodeksu karnego charakteryzuje się ona licznymi odrębnościami, czego przykładem jest nie tylko ciąg przestępstw, ale także np. zakwalifikowanie przypadku jako środka karnego (art. 22 § 2 pkt 2 k.k.s.), co od 1 lipca 2015 r. jest nieaktualne na gruncie k.k.

W konsekwencji, wobec stwierdzenia, że ciąg nie może być uznany za przykład nadzwyczajnego obostrzenia, nie ma w tym wypadku zastosowania art. 38 § 2 k.k.⁸¹ To oznacza, że w przypadku sankcji złożonych kumulatywnie z grzywny i pozbawienia wolności ich maksymalną górną granicę należy ustalać w oparciu o art. 33 § 1 i art. 37 k.k., tzn. podwyższona (na zasadzie z art. 91 § 1 k.k.) granica kary nigdy nie może przekroczyć 540 stawek dziennych grzywny i 15 lat pozbawienia wolności.

J. Raglewski, Model..., s. 66; J. Majewski, Komentarz do art. 38 Kodeksu karnego, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., cz. 1; A. Zoll..., teza 6.

⁷⁹ Zob. też. S. Tarapata, P. Zakrzewski, Charakter prawny i ustawowe granice kary za ciąg przestępstw (po 1 lipca 2015 r.), *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2016, nr 1, s. 25–26, 30–31.

⁸⁰ Tamże, s. 9–10.

⁸¹ P. Kardas, Komentarz do art. 91..., tezy 111–116. Odmiennie sytuacja mogłaby się przedstawiać, jeżeli któreś z przestępstw objętych ciągiem samodzielnie stanowiłoby podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary (np. jedno z przestępstw zostało popełnione w warunkach określonych w art. 64 § 2 k.k.). Wówczas popełnianie kolejnych czynów zabronionych prowadziłoby do wyłączenia możliwości stosowania zaostrzenia kary z uwagi na wystąpienie ciągu. Wobec tego należy przyjąć, że jeśli co do jakiegokolwiek przestępstwa popełnionego w warunkach art. 91 § 1 k.k. spełniono przesłanki nadzwyczajnego obostrzenia kary (np. art. 57a § 1, art. 64 § 1 i 2, art. 65 § 1 k.k.), to cała kara wymierzana za ciąg również może zostać nadzwyczajnie obostrzona. Owo zaostrzenie odpowiedzialności nie wynika jednak z samego zastosowania instytucji ciągu (który nie jest przypadkiem obostrzenia sankcji karnej), ale ze spełnienia przesłanek nadzwyczajnego obostrzenia kary w odniesieniu do jednego z przestępstw składających się na ciąg.

Tym samym, jeżeli ciąg obejmuje przestępstwa, w których podstawą wymiaru kary jest art. 53 ust. 2 lub art. 55 ust. 3 u.p.n., to sąd może wymierzyć maksymalnie 15 lat pozbawienia wolności i 540 stawek dziennych grzywny. W przypadku typu z art. 56 ust. 3 u.p.n. kara za ciąg może wynieść maksymalnie 15 lat pozbawienia wolności obok 540 stawek dziennych grzywny. W stosunku do ciągu obejmującego przestępstwa, co do których sąd wymierza karę na podstawie art. 56 ust. 1 u.p.n., dopuszczalne jest wymierzenie 12 lat pozbawienia wolności i 540 stawek dziennych grzywny. W przypadku art. 55 ust. 1 i art. 61 u.p.n. maksimum wynosi 7 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności oraz 540 stawek dziennych grzywny.

Warto jednakże przypomnieć, że ciąg nie zobowiązuje do stosowania określonego rodzaju kary. Formalnie dopuszczalne wydaje się zatem wykorzystanie sekwencji kar z art. 37b k.k. w stosunku do ciągu obejmującego występki. Jest to jednak o tyle problematyczne, że art. 37b k.k. może być stosowany „w sprawie o występki”, co sugeruje, że chodzi o wymiar kary w stosunku do pojedynczego przestępstwa, a nie do ich większej liczby. Przede wszystkim powstaje pytanie, czy sekwencja kar ograniczenia i pozbawienia wolności okaże się adekwatna, w szczególności w wypadku poważniejszych występów.

W przypadku art. 55 ust. 1, art. 56 ust. i art. 61 u.p.n. nie ma również formalnych przeszkód w zakresie stosowania samoistnej grzywny lub kary ograniczenia wolności (art. 37a k.k.), bowiem ciąg nie przewiduje modyfikacji w zakresie minimum sankcji, jaką sąd ma wymierzyć.

7. Podsumowanie

Z przedstawionych powyżej rozważań wynika, że art. 37a i 37b k.k. znacznie uelastyczniają system środków karnoprawnej reakcji w przypadku przestępstw zagrożonych sankcją kumulatywną wynikającą z przepisu typizującego. Pierwszy z nich w odniesieniu do tych typów czynów zabronionych pozwala (już na etapie ustawowego zagrożenia w przeciwieństwie do uchylonego art. 58 § 3 k.k.) w sprawach dotyczących przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8 (a nie do lat 5, jak stanowił art. 58 § 3 k.k.) wymierzyć karę nieizolacyjną; tym samym doszło do przekształcenia sankcji do 1 lipca 2015 r. kumulatywnych w alternatywno-kumulatywne. Drugi z wymienionych w przypadku każdego występkę zagrożonego karą pozbawienia wolności pozwala orzec łącznie z nią karę ograniczenia wolności.

Poczynione na tym etapie ustalenia mają duże znaczenie dla nadzwyczajnego wymiaru kary, zarówno złagodzenia jak i obostrzenia. Granice ustawowego zagrożenia determinują wybór techniki nadzwyczajnego złagodzenia (art. 60 § 6 i 7 k.k.). Jednocześnie godne podkreślenia jest, że przepisy o nadzwyczajnym złagodzeniu ani przed 1 lipca 2015 r., ani po tej dacie nie przewidują możliwości orzekania grzywny kumulatywnej, jeśli sąd wykorzystuje prawnokarny instrument z art. 60 k.k. Odmiennie sytuacja przedstawia się w przypadku nadzwyczajnego obostrzenia kary na podstawie art. 64 § 1 i 2 oraz art. 65 k.k., gdzie (pomimo niejasnego brzmienia przepisów) sąd może stosować grzywnę kumulatywną (na ogół, pomijając sytuacje związane ze stosowaniem np. art. 37b k.k., jest do tego wręcz zobowiązany, gdy wymierza karę za przestępstwo, do którego nie znajduje zastosowania art. 37a k.k.).

O ile wymiar kary w ramach realnego zbiegu przestępstw w przypadku sankcji kumulatywnych nie charakteryzuje się odrębnościami, gdy dochodzi do tego za pomocą instytucji kary łącznej, to pewnego komentatora wymagał problem stosowania sankcji karnych, gdy w danej sytuacji faktycznej zostały spełnione przesłanki ciągu przestępstw (art. 91 § 1 k.k.). Ciąg nie stanowi instytucji zaostrzającej odpowiedzialność karną (w pewnych przypadkach może działać wręcz na korzyść sprawców), dlatego granice zarówno grzywny jak i kary pozbawienia wolności wymierzanych w jego ramach opierają się na regułach ogólnych ustanowionych dla zwyczajnego wymiaru kary.

Cumulative sanctions as of 1 July 2015 – considerations in the context of the Act on Counteracting Drug Addiction

Abstract

This contribution analyses some select problems connected with the cumulative sanctions provided for by the Act on Counteracting Drug Addiction. The issues pertaining to the application of measures specified in Articles 37a and 37b of the Penal Code, and of instruments for extraordinary administration (extraordinary mitigation or extraordinary aggravation) of penalty, as well as to a series of crimes are discussed. The rele-

vant statutory regulation is found laconic and leading to many interpretative doubts. The conclusions are, for example, that: the introduction of Article 37a of the Penal Code has transformed many cumulative sanctions (including sentencing limit of 8 years imprisonment) into alternative-cumulative ones; there is no barrier to apply Article 37b of the Penal Code to misdemeanors carrying cumulative and alternative-cumulative sanctions; although a cumulative fine cannot be applied when extraordinary mitigation of penalty is used, such fine can be applied in the case of extraordinary aggravation of penalty or of a series of crimes.

Cezary Bliźniak

Specyfika regulacji *mens rea* w polskim kodeksie karnym na tle prawa krajów anglosaskich

Streszczenie

Niniejszy artykuł przedstawia różnice pomiędzy ogólnymi ustawowymi regulacjami strony podmiotowej czynu zabronionego w krajach anglosaskich a odpowiadającym im uregulowaniem zawartym w polskim kodeksie karnym. Przede wszystkim, podkreślono ogólnikowy charakter polskiej regulacji w przedmiotowym zakresie na tle anglosaskich odpowiedników, wyrażając wątpliwości odnośnie jej zgodności z zasadą nullum crimen sine lege certa. Zwrócono uwagę, iż w anglosaskich przepisach prawnych ustawowe postaci mens rea dosyć często łączone są z poszczególnymi elementami czynu zabronionego, podczas gdy w części ogólnej polskiego kodeksu karnego co do zasady odnosi się je do całości czynu zabronionego. W przeciwieństwie do polskich przepisów anglosaskie ustawodawstwo niejednokrotnie rezygnuje z wymogów mens rea w odniesieniu do niektórych znamion strony przedmiotowej, wprowadzając w tym zakresie np. odpowiedzialność typu strict liability. Na podstawie analizy prawno-porównawczej zgłoszono postulaty de lege ferenda m.in. o: doprecyzowanie polskiej regulacji, dodanie do części ogólnej kodeksu karnego postaci mens rea opartej jedynie na świadomości, ewentualne wprowadzenie kodeksowych nazw postaci strony podmiotowej oraz określenie ich w odniesieniu do poszczególnych znamion actus reus, a także zrezygnowanie z wymagań mens rea co do pojedynczych znamion strony przedmiotowej. Warto też ponownie rozważyć, czy w ramach koncepcji zamiaru ewentualnego uzasadnione jest wprowadzenie wymogu (kryterium) znacznego prawdopodobieństwa.

1. Wprowadzenie

Problem ukształtowania postaci strony podmiotowej czynu zabronionego wiąże się z działaniami zmierzającymi „(...) ku znalezieniu odpowiednich form jurydycznych, w jakich można by było zamknąć całą moż-

liwą różnorodność przeżyć człowieka popełniającego przestępstwo”¹. Warto więc rozważyć, czy postaci *mens rea* przewidziane w polskim kodeksie karnym wystarczająco odzwierciedlają możliwe przypadki psychicznego nastawienia sprawcy do czynu. Przepis art. 9 k.k. określa bowiem bardzo ogólnie, kiedy dany czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, a kiedy nieumyślnie. Konstruując ogólne kodeksowe definicje poszczególnych postaci strony podmiotowej czynu zabronionego m.in. w typie podstawowym (art. 9 §1 i 2 k.k.), polski ustawodawca *expressis verbis* odnosi je do czynu zabronionego jako całości², co nie w pełni odpowiada praktyce wymiaru sprawiedliwości oraz poglądom wyrażanym w piśmiennictwie. W tej sytuacji warto zwrócić uwagę na swoistość wybranych regulacji krajów anglosaskich, które najczęściej nie łączą wymagań w zakresie *mens rea* z całością przestępstwa³, lecz z jego poszczególnymi elementami⁴. Nadto, inaczej niż w polskim prawie karnym, prawodawcy anglosascy nieraz rezygnują z wymogu udowodnienia postaci *mens rea* w odniesieniu do niektórych (pojedynczych) znamion strony przedmiotowej, co skłania do rozważenia tego zagadnienia.

Ogólnikowość i niedookreślenia kodeksowych postaci strony podmiotowej w polskim kodeksie karnym mogą mieć niebagatelny wpływ na kwestię zadośćuczynienia zasadzie *nullum crimen sine lege certa*. Dlatego też w tym kontekście należy zastanowić się, czy polska regulacja *mens rea* jest wystarczająco precyzyjna. Ustawodawstwo anglosaskie

¹ M. Król-Bogomilska, „Formy winy” w prawie karnym w świetle psychologii, Warszawa 1991, s. 8. Zob. w tej kwestii także *Ibidem*, s. 7. Przy czym należy mieć na uwadze istniejącą w tej materii rozdźwięk pomiędzy prawem karnym a psychologią (*Ibidem*, s. 8–9).

² Warto też mieć na uwadze użyty w art. 9 §1 k.k. spójnik „albo”, oznaczający alternatywę łączącą pomiędzy zdaniem dotyczącym odpowiednio zamiaru bezpośredniego i zamiaru ewentualnego („(...) chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi”), co przemawiałoby za opcją przyjęcia ustawowego wymogu jednego rodzaju zamiaru w odniesieniu do całości czynu zabronionego.

³ W polskim porządku prawnym odpowiednikiem przestępstwa (am. *offense*, br. *offence*) przy konstruowaniu postaci strony podmiotowej jest pojęcie czynu zabronionego. Dlatego też w dalszej części artykułu w stosunku do anglosaskich uregulowań dotyczących sfery *mens rea* używane będzie pojęcie przestępstwa, przy pełnej świadomości, iż w polskim ustawodawstwie odpowiednie regulacje odnosi się do czynu zabronionego, a nie do przestępstwa.

⁴ Przykładowo wskazać należy na regulacje amerykańskich stanów: New Jersey (NJ Rev Stat § 2C:2–2 (2016), <http://law.justia.com/codes/new-jersey/2016/title-2c/section-2c-2-2/>, dostęp 4 października 2017 r.), Texas (sekcja 6.03 Penal Code, <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.6.htm>, dostęp 9 grudnia 2017 r.), Connecticut (sec. 53a–3 General Statutes Of Connecticut, https://www.cga.ct.gov/current/pub/chap_950.htm#sec_53a-3, dostęp 18 lipca 2017 r.), a także australijskiego terytorium Australian Capital Territory (Criminal Code 2002, pobrano ze strony internetowej: http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/act/consol_act/cc200294/, dostęp 10 grudnia 2017 r.).

zawiera szerszy wachlarz możliwych rodzajów i odmian postaci strony podmiotowej niż ma to miejsce w polskim porządku prawnym, wobec czego warto prześledzić te rozwiązania celem zbadania, czy któreś z nich można recypować na grunt prawa polskiego.

2. Kwestia zróżnicowania wymagań *mens rea* w ramach jednego czynu zabronionego

Wobec tego, że w części ogólnej polskiego kodeksu karnego umyślność oraz nieumyślność co do zasady⁵ odnoszone są do całości czynu zabronionego (art. 9 §1 i 2 k.k.), zrozumiałym wydaje się rozważenie z perspektywy prawoporównawczej, na ile taki sposób regulacji odpowiada specyfice strony podmiotowej czynu zabronionego, a w szczególności naturze przeżyć psychicznych jednostki popełniającej czyn zabroniony. Niewątpliwie kwestia ta wiąże się z zagadnieniem zależności pomiędzy sferą świadomości a sferą woli sprawcy czynu zabronionego oraz potrzebą odzwierciedlenia tej korelacji w przepisach ustawy.

2.1. Ustawowe regulacje *mens rea* w prawie krajów anglosaskich

Godne uwagi rozwiązania w zakresie elementów podmiotowych przestępstwa zawiera kodeks karny australijskiego terytorium *Australian Capital Territory*⁶, w rozdziale obejmującym ogólne zasady odpowiedzialności karnej. Zgodnie z nimi przestępstwo składa się z elementów przedmiotowych (*physical elements*) oraz podmiotowych (*winy*) (*fault elements*)⁷. W kodeksie tym skrupulatnie przedstawiono znaczenie poszczególnych postaci strony podmiotowej czynu zabronionego, w ramach których dokonano dodatkowego rozróżnienia – ze względu na to, jakiego elementu przestępstwa (znamienia czynnościowego, skutku, okoliczności) dana postać *mens rea* dotyczy. Tak więc, w myśl *Australian Capital Territory* ustawa wprowadzająca konkretne przestępstwo może przewidywać różne elementy podmiotowe dla poszczególnych elementów

⁵ Jako wyjątek od zasady z art. 9 § 1 i 2 k.k. – łączącej wymagania *mens rea* z całością czynu zabronionego – ujęto w niniejszym opracowaniu regulację z art. 9 § 3 k.k. dotyczącą typów kwalifikowanych przez następstwo, w ramach których może wystąpić zróżnicowanie strony podmiotowej (umyślność w stosunku do zachowania odpowiadającego typowi podstawowemu i nieumyślność w stosunku do następstwa).

⁶ Zob. przypis 4 niniejszego opracowania.

⁷ Sekcja 11(1) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory; http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/act/consol_act/cc200294/s11.html, dostęp 6 października 2017 r. Warto zauważyć, iż powyższy podział stanowi odpowiednik występującego w polskim prawie karnym rozróżnienia na znamiona strony przedmiotowej i podmiotowej.

przedmiotowych⁸. Jedną z postaci strony podmiotowej stanowi zamiar (*intention*). Stosownie do sekcji 18(1) tego kodeksu dana osoba ma zamiar w odniesieniu do zachowania, jeśli zamierza ona podjąć dane zachowanie⁹. Natomiast określona osoba ma zamiar w stosunku do skutku, jeżeli zamierza go wywołać lub zdaje sobie sprawę z tego, że nastąpi on w normalnym biegu wydarzeń¹⁰. Z kolei dana osoba ma zamiar w odniesieniu do danej okoliczności, jeśli sądzi ona, iż okoliczność ta ma lub będzie mieć miejsce¹¹. Przykład innej postaci *mens rea*, jaką przewiduje ustawodawca australijski, to świadomość (wiedza) (*knowledge*). Otóż, wedle sekcji 19 *Australian Capital Territory* określona osoba ma świadomość (*knowledge*) skutku lub okoliczności, jeśli zdaje sobie ona sprawę, że skutek ten lub okoliczność ta istnieje lub nastąpi w zwykłym toku wydarzeń¹².

Pewne przejawy rozróżnienia postaci strony podmiotowej w ramach jednego typu czynu zabronionego widoczne są też w prawie amerykańskiego stanu New Jersey. A mianowicie, w przypadku celowego (*purposely*)¹³ czy też świadomego (*knowingly*)¹⁴ działania sprawcy – prawo-

⁸ *The law that creates the offence may provide different fault elements for different physical elements* (sekcja 11(3) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory; http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/act/consol_act/cc200294/s11.html, dostęp 7 października 2017 r.). Na marginesie warto zauważyć, że również art. 30 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego rozróżnia odmiany określonej postaci *mens rea* w zależności od tego, którego elementu przestępstwa ona dotyczy. Zamiar (*intent*) określa się tam oddzielnie w odniesieniu do zachowania (*conduct*) oraz odrębnie w relacji do skutku (*consequence*). Z kolei, w ramach postaci strony podmiotowej określonej mianem „świadomości” (*knowledge*) wyróżnia się – i tym samym definiuje się – dwie opcje, odnoszące się odpowiednio do okoliczności (*circumstance*) oraz do skutku (następstwa) (art. 30 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (*Rome Statute of the International Criminal Court*), <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RS-Eng.pdf>, dostęp 5 lutego 2018 r.).

⁹ Sekcja 18(1) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory, http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/act/consol_act/cc200294/s18.html, dostęp 6 lutego 2018 r.

¹⁰ *A person has "intention" in relation to a result if the person means to bring it about or is aware that it will happen in the ordinary course of events* (sekcja 18(2) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory; http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/act/consol_act/cc200294/s18.html#intention, dostęp 30 stycznia 2018 r.).

¹¹ Sekcja 18(3) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory; http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/act/consol_act/cc200294/s18.html#intention, dostęp 30 stycznia 2018 r.

¹² Sekcja 19 Criminal Code 2002, Australian Capital Territory; http://www6.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/act/consol_act/cc200294/s19.html, dostęp 30 stycznia 2018 r. W kodeksie tym także postać *recklessness* odnosi się oddzielnie do skutku zachowania oraz oddzielnie do okoliczności, odpowiednio do charakteru tych elementów przestępstwa (sekcja 20(2) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory, http://www.austlii.edu.au/au/legis/act/consol_act/cc200294/s20.html, dostęp 10 października 2016 r.).

¹³ NJ Rev Stat § 2C:2-2(b)(1) (2016), <http://law.justia.com/codes/new-jersey/2016/title-2c/section-2c-2-2/>, dostęp 31 stycznia 2018 r.

dawca tego stanu wyraźnie określa wymagania w zakresie przeżyć psychicznych sprawcy, rozróżniając opcje danej postaci strony podmiotowej – w zależności od tego, czy dotyczy ona zachowania, okoliczności towarzyszących czy skutku jego postępowania¹⁵.

Warto wskazać, że budując nowatorski model *mens rea*, projektodawcy amerykańskiego Modelowego Kodeksu Karnego (*Model Penal Code* (MPC)) przyjęli podejście odnoszące wymagania *mens rea* do poszczególnych elementów przestępstwa ("*elements approach*")¹⁶. Stosując prawo zwyczajowe (*common law*), sądy bowiem zazwyczaj podchodziły do przedmiotowej kwestii z takim założeniem, że każde przestępstwo miało jakieś wymaganie obejmujące jedną postać *mens rea*¹⁷. W przeciwieństwie do tego, *Model Penal Code* uznaje, że co do każdego elementu przestępstwa może istnieć niezależny wymóg w zakresie *mens rea* (*its own independent mens rea requirement*), a tym samym byt jednego przestępstwa może być uzależniony od spełnienia licznych wymagań w sferze *mens rea* (*multiple mens rea requirements*)¹⁸.

Ciekawy przykład kombinowanej strony podmiotowej czynu zabronionego stanowi regulacja antystalkingowa amerykańskiego stanu Connecticut, w której zawarto inne wymaganie *mens rea* w odniesieniu do znamienia skutku oraz inne w stosunku do znamienia czynnościowego.

¹⁴ NJ Rev Stat § 2C:2–2(b)(2) (2016) (2016 New Jersey Revised Statutes), <http://law.justia.com/codes/new-jersey/2016/title-2c/section-2c-2-2/>, dostęp 4 października 2017 r.

¹⁵ NJ Rev Stat § 2C:2–2(b) (2016) – zob. przypis 14 niniejszego opracowania. Podobnie w ustawodawstwie amerykańskiego stanu Ohio, wymagany stopień winy (Ohio Revised Code, section 2901.21(F)(3), <http://codes.ohio.gov/orc/2901.21v1>, dostęp 8 lipca 2016 r.) – stanowiący przybliżony odpowiednik postaci strony podmiotowej na gruncie polskiego prawa karnego – określa się w odniesieniu do poszczególnych elementów przestępstwa (Ohio Revised Code, section 2901.21(A)(2), <http://codes.ohio.gov/orc/2901.21v1>, dostęp 22 lipca 2016 r. W sekcji 2901.22 Ohio Revised Code (<http://codes.ohio.gov/orc/2901.22>, dostęp 22 lipca 2016 r.) zróżnicowano bowiem formułę danej postaci *mens rea* w zależności od tego, którego elementu czynu zabronionego ona dotyczy (sekcja 2901.22(B) Ohio Revised Code; <http://codes.ohio.gov/orc/2901.22>, dostęp 23 lipca 2016 r.) Podobnie, na gruncie kodeksu karnego stanu Ohio sprecyzowano różne odmiany *recklessness* (lekkomyślności) w zależności od tego, czy dotyczy ona skutku, zachowania czy okoliczności (sekcja 2901.22(C) Ohio Revised Code; <http://codes.ohio.gov/orc/2901.22>, dostęp 23 lipca 2016 r.).

¹⁶ T. Sampsel-Jones, *MENS REA IN MINNESOTA AND THE MODEL PENAL CODE*, William Mitchell Law Review, 2013, Vol. 39 Issue 5, p1461, Publisher: William Mitchell College of Law; EBSCOhost, dostęp 7 maja 2016 r.

¹⁷ *Ibidem*. Podkreśla się, że podejście stosowane w prawie zwyczajowym – relatywizowane do przestępstwa ("*offense approach*") – prowadziło do problemów, jako że w sytuacji, gdy dane przestępstwo posiadało liczne elementy, powstawały trudności w ustaleniu, do czego odnosił się przedmiotowy wymóg *mens rea* (*Ibidem*).

¹⁸ *Ibidem*. Warto zaznaczyć, iż koncepcja ta podyktowana jest charakterem rzeczywistych przeżyć psychicznych sprawcy, przyjmujących różną postać w zależności od tego, którego elementu czynu zabronionego dotyczą.

Otóż, zgodnie z nią dana osoba jest winna *stalkingu* trzeciego stopnia, jeżeli poprzez rozmyślne (*by wilfully*) i wielokrotne śledzenie lub czyhanie na inną osobę lekkomyślnie (*recklessly*) wywołuje u niej uzasadnioną okolicznościami obawę o swoje bezpieczeństwo fizyczne¹⁹. Podobnie, wymowną egzemplifikację zróżnicowania wymagań strony podmiotowej w ramach tego samego czynu zabronionego (w typie podstawowym) stanowi kanadyjskie prawo *antystalkingowe*, gdzie zamiar wymagany jest w odniesieniu do zachowania, zaś w stosunku do skutku stawia się wymóg świadomości (wiedzy) lub lekkomyślności²⁰. Tymczasem polskie uregulowanie zwalczające *stalking* (art. 190a k.k.) – wobec brzmienia art. 8 k.k. w związku z art. 9 §1 k.k. – wymóg umyślności odnosi do całości czynu zabronionego.

2.2. Zamiar *quasi*-ewentualny a kwestia zróżnicowania wymagań mens rea w obrębie jednego czynu zabronionego

W nauce prawa karnego I. Andrejew przedstawił koncepcję tzw. zamiaru *quasi*-ewentualnego, występującego wtedy, „(...) gdy sprawca chce dokonać czynu zabronionego, ale nie ma pewności co do wystąpienia któregoś z jego znamion i godzi się na jego zaistnienie (np. sprawca chce dokonać obcowania seksualnego z osobą, co do której ma wątpliwości, czy ukończyła 15 lat, ale godzi się z taką możliwością – art. 200 § 1) (...)”²¹. W przypadku tym odróżniono postać zamiaru bezpośrednie-

¹⁹ Sekcja 53a–181e(a) General Statutes Of Connecticut, https://www.cga.ct.gov/current/pub/chap_952.htm#sec_53a-181e, dostęp 20 lipca 2017 r.; <https://www.cga.ct.gov/current/pub/titles.htm>, dostęp 20 lipca 2017 r.

²⁰ Zob. m.in. sekcja 264 Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf>, dostęp 25 czerwca 2017 r., a także A Handbook for Police and Crown Prosecutors on Criminal Harassment, PART 3: The Law, 3.4. Key Elements, 3.4.1 The Accused Engaged in Conduct Described in Subsection 264(2); Government of Canada, Department of Justice; <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/fv-vf/har/part3.html>, dostęp listopada 2017 r.

²¹ A. Marek, Prawo karne, wyd. 4, Warszawa, Wydawnictwo C.H. Beck, 2003, s. 142. W tym miejscu warto wskazać bezpośrednio na pogląd I. Andrejewa, według którego z postacią zamiaru niby-ewentualnego mamy do czynienia, gdy „(...) wprawdzie występuje „chcenie” w stosunku do znamienia czasownikowego, lecz brak jest w świadomości odbicia rzeczywistości w postaci w pełni odpowiadającej znamionom strony przedmiotowej, przy czym występuje „godzenie się” na możliwość, że rzeczywistość zawiera znamiona strony przedmiotowej (...)” (I. Andrejew, Ustawowe znamiona przestępstwa, Warszawa 1959, s. 132). Zaś zdaniem W. Woltera – podczas gdy świadomość można relacjonować do każdego z wydzielonych znamion czynu zabronionego, to w przypadku woli możliwe jest jej odnoszenie „(...) już tylko do czynu scharakteryzowanego przez ogół jego znamion, ale nie do poszczególnych znamion niezależnych od samego czynu, ponieważ te znamiona (...) (które autor proponuje nazwać statycznymi – przypis Autora) są niezależne od woli sprawcy” (W. Wolter, Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części

go – charakteryzującą czynność czasownikową – od postaci zamiaru ewentualnego, odnoszonej do znamienia wieku. Zdaje się jednak, iż pominięto tu charakter zamiaru ewentualnego, który nie odpowiada nastawieniu psychicznemu sprawcy polegającemu tylko na samej świadomości konkretnego znamienia czynu zabronionego. Nie bez znaczenia są też wyłaniające się problemy z określeniem rzeczywistego charakteru zamiaru *quasi-ewentualnego*²². Wydaje się, że w gruncie rzeczy inicjatywa sformułowania koncepcji zamiaru niby-ewentualnego została podyktowana m.in. potrzebą rozróżnienia postaci strony podmiotowej w odniesieniu do poszczególnych elementów czynu zabronionego, czego nie uczyniono na gruncie polskiego kodeksu karnego. Jak łatwo zauważyć, idea zamiaru *quasi-ewentualnego* koresponduje ze szczegółowymi rozwiązaniami w statutowych regulacjach krajów anglosaskich w zakresie *mens rea*, gdzie dokonano rozróżnienia postaci strony podmiotowej w zależności od tego, którego z elementów czynu zabronionego ona dotyczy.

Kontrowersje odnoszące się do omawianej tu kwestii świetnie obrazują rozważania I. Andrejewa. Jego zdaniem terminy takie jak „chcenie” i „godzenie się” oznaczają zjawiska psychiczne, które mogą dotyczyć jedynie rzeczywistości, na którą sprawca może oddziaływać swoim zachowaniem²³. W konsekwencji autor ten porusza kwestię sposobu określenia aktywności psychicznej sprawcy wobec innych cech rzeczywistości, m.in. przedmiotu oddziaływania czy okoliczności czynu²⁴. W każdym

ogólnej kodeksu karnego z 1969 r., Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe 1973, s. 130). Zob. także S. Frankowski, *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970, s. 62–63.

²² Jak twierdzi A. Marek w kontekście przywołanego wyżej przypadku: „(...) Jest to w istocie odmiana zamiaru bezpośredniego, gdyż sprawca chce zrealizować czynność wykonawczą dyspozycji (dokonać obcowania płciowego), a godzenie się dotyczy tylko jednego ze znamion czynu zabronionego.” (A. Marek, *Prawo karne...*, s. 142). W kwestii zamiaru niby-ewentualnego pomocna może być koncepcja T. Przesławskiego, który na potrzeby swojej monografii podzielił „(...) zagadnienie przeżyć psychicznych, które w rzeczywistości występują łącznie, na trzy segmenty. Z punktu widzenia kształtowania się drogi przestępnej elementy te należałoby ułożyć w następujący sposób – świadomość, motywacja, wola. Świadomość, która od samego początku warunkuje wszystko to, co w umyśle sprawcy przebiega, motywację, która pojawia się przed zawiązaniem się przestępnego zamiaru, wolę związaną z ukształtowaniem się zamiaru, psychicznym wyborem ścieżki postępowania i podjęciem czynności realizujących wyobrażony stan rzeczy, czyli cel. (...)” (T. Przesławski, *Psychika, czyn, wina*, Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2008, s. 134).

²³ I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 206.

²⁴ *Ibidem*. Zob. także przywołane przez autora rozważania W. Woltera oraz literaturę (*Ibidem*). Już wiele lat wcześniej I. Andrejew argumentował podobnie, wskazując, iż: „Pojęcia

razie I. Andrejew uznał, iż „chcenie” i „godzenie” się nie może dotyczyć wszystkich elementów czynu zabronionego²⁵.

Przywołane tu poglądy przedstawicieli doktryny prawa w gruncie rzeczy podważają kodeksową formułę z art. 9 §1 i 2 k.k., gdzie umyślność (analizowana w dwóch płaszczyznach – intelektualnej i wolicjonalnej) odnoszona jest do całości czynu zabronionego. W istocie – dla charakterystyki i rozwiązania kwestii tzw. zamiaru *quasi-ewentualnego* właściwsze od polskiej koncepcji wydają się anglosaskie konstrukcje postaci *mens rea* takie jak *knowledge* (świadomość)²⁶ lub zamiar (*intention*) odnoszony do okoliczności²⁷ – sprowadzające przeżycia psychiczne sprawcy jedynie do samej świadomości (wiedzy), odnoszonej do określonego elementu czynu zabronionego.

Pomimo ujęcia w części ogólnej polskiego kodeksu karnego koncepcji łączenia postaci *mens rea* z całością czynu zabronionego w typie podstawowym, w orzecznictwie polskich sądów ma jednak miejsce praktyka określania strony podmiotowej czynu zabronionego w rozbiciu na jego poszczególne elementy – w szczególności wyodrębnia się postacie *mens rea* odpowiednio dla czynności sprawczej oraz znamienia wieku pokrzywdzonego. Co więcej, mimo wyraźnego określenia w ustawie wymogów przyjęcia umyślności – zarówno w sferze świadomości (intelektual-

„chcenie” i „godzenie się” wskazują na zjawiska psychiczne w dziedzinie woli i jako takie mogą dotyczyć tylko tych faktów rzeczywistości, które są od woli zależne” (I. Andrejew, Ustawowe znamiona przestępstwa, Warszawa 1959, s. 134 – wraz z przywołanym tam piśmiennictwem).

²⁵ I. Andrejew, Ustawowe znamiona czynu..., s. 206. Z poglądem tym koresponduje zapatrywanie J. Gieźka, który komentując kwestię relacji pomiędzy płaszczyzną intelektualną a płaszczyzną wolicjonalną, wskazał na możliwość wyraźnego odróżnienia kręgu „(...) okoliczności (znamion strony przedmiotowej), które umyślnie działający sprawca obejmuje swoją świadomością, od kręgu okoliczności (znamion strony przedmiotowej), które sprawca obejmuje swoim zamiarem (...). Rozróżnienie takie staje się konieczne z uwagi na to, że (...) w przypadku sprawcy popełniającego umyślny czyn zabroniony płaszczyzna intelektualna, wbrew dość powszechnemu w tym zakresie przekonaniu, nie pokrywa się w pełni z płaszczyzną wolicjonalną. (...) Sprawca więcej sobie uświadamia niż chce, a w rezultacie nie wszystkie znamiona objęte świadomością sprawcy muszą być również objęte jego wolą (...)” (J. Giezek, Świadomość sprawcy czynu zabronionego (Monografia), LEX 2013, Rozdział III, pkt 4). Wyrażając ten pogląd, autor kwestionuje dominujące w piśmiennictwie „(...) stanowisko, zgodnie z którym o umyślnie popełnianym czynie zabronionym mówić można jedynie wówczas, gdy sprawca obejmuje zamiarem realizację wszystkich znamion strony przedmiotowej (...)” (*Ibidem*). Por. T. Prześławski, Psychika, czyn, wina, Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2008, s. 126, gdzie autor przywołuje pogląd W. Woltera, iż poszczególne ustawowe znamiona czynu zabronionego mogą być odłączane i odrębnie relacjonowane tylko do świadomości sprawcy, natomiast wolę można odnosić do ogółu znamion (całości czynu).

²⁶ Zob. punkt 4.1 niniejszego opracowania.

²⁷ Zob. przypis 12 i odpowiadający mu fragment na s. 3 niniejszego artykułu.

nej), jak i w płaszczyźnie woli – judykatura niejednokrotnie, wbrew ustawie²⁸, w istocie rzeczy dopuszcza przyjęcie zamiaru (w tym przypadku – ewentualnego) w stosunku do pojedynczego znamienia (małoletności) w sytuacji, gdy spełniony jest jedynie warunek w sferze świadomości²⁹. Wydaje się, że znamię wieku należałoby analizować właśnie w ten sposób, tj. wyłącznie w sferze świadomości (wiedzy), co lepiej odpowiadałoby jego naturze. Sprawca nie ma bowiem wpływu na wystąpienie tego rodzaju okoliczności – tym samym nie można odnosić do niej elementów wolicjonalnych, takich jak np. godzenie się³⁰. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 13 września 2012 r., sygn. II AKa 206/12, w którym w odniesieniu do znamienia małoletności (wieku) przyjęto stronę podmiotową w postaci zamiaru ewentualnego, wobec dostrzeżenia tam zarówno elementu świadomości, jak i woli sprawcy³¹ – prawdopodobnie wobec wyraźnego określenia w polskim kodeksie karnym przesłanek przyjęcia zamiaru (zarówno w sferze intelektualnej, jak i wolicjonalnej).

Powyższe kontrowersje przedstawiciele doktryny prawa oraz problemy występujące w orzecznictwie sądowym przemawiają *de lege ferenda* za tym, aby rozważyć kwestię rozszerzenia gamy możliwych postaci strony podmiotowej czynu (np. o formułę podobną do „*knowledge*” (świadomości)), a także rozróżnienia postaci *mens rea* w stosunku do poszczególnych elementów czynu zabronionego, a w szczególności do znamienia czasownikowego, skutku stanowiącego znamię czynu zabronionego, a także grupy znamion dotyczących przedmiotu czynności wykonaw-

²⁸ Wedle zapisów polskiego kodeksu karnego „czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi” (art. 9 §1 k.k.), co oznacza konieczność spełnienia wymogów zarówno w płaszczyźnie świadomości (przewidywanie możliwości popełnienia czynu zabronionego), jak i sferze woluntatywnej (godzenie się).

²⁹ Przykładowo, warto przywołać wyrok SA we Wrocławiu z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 158/14, <http://orzeczenia.wroclaw.sa.gov.pl>, dostęp 30 listopada 2017 r., w uzasadnieniu którego wskazano m.in., że: „Znamię małoletności nie musi być jednakże objęte zamiarem bezpośrednim (w przeciwieństwie do pozostałych znamion – tj. udzielania środka odurzającego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej). Wystarczy, aby sprawca obejmował to znamię zamiarem ewentualnym (...)”. Przy czym sąd ten wywodził również, iż „(...) wystarczające było dowiedzenie, że oskarżony (...) przewidywał małoletność swojego „kontra-henta” (...) i godził się na udzielenie mu środka” (*Ibidem*). Z argumentacji tej wynika, iż zamiar ewentualny w odniesieniu do wieku ofiary w istocie rzeczy sąd ten sprowadził do samej świadomości (wiedzy).

³⁰ Zob. I. A n d r e j e w, Ustawowe znamiona czynu..., s. 206.

³¹ Wyrok SA w Lublinie z dnia 13 września 2012 r., sygn. II AKa 206/12, <http://orzeczenia.lublin.sa.gov.pl>, dostęp 29 listopada 2017 r.

czych (przedmiotu oddziaływania)³², osoby pokrzywdzonej³³ oraz okoliczności modalnych czynu. Sposobu rozwiązania ww. dylematów postawionych przez I. Andrejewa czy S. Frankowskiego można po części doszukać się w stosunkowo licznych i nader dokładnych anglosaskich regulacjach ustawowych w zakresie *mens rea*³⁴, gdzie wprowadza się zarówno szersze – niż w polskim kodeksie karnym – spektrum postaci strony podmiotowej, jak i ich zróżnicowanie w zależności od elementu przestępstwa, którego dotyczą. W efekcie, sposób ujęcia w polskiej doktrynie koncepcji zamiaru niby-ewentualnego – oraz problemy wynikłe na jej tle – przemawiają *de lege ferenda* za koniecznością powiązania kodeksowych wymagań w zakresie strony podmiotowej z poszczególnymi elementami, a nie całością czynu zabronionego.

2.3. Charakter regulacji mens rea w polskim kodeksie karnym

W ramach poszczególnych typów podstawowych czynów zabronionych polski kodeks karny co do zasady³⁵ nie przewiduje odrębnych wymogów w zakresie strony podmiotowej dla poszczególnych znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego. Zróżnicowania postaci *mens rea* w ramach danego czynu zabronionego nie ujęto również, jak już wspomniano, w części ogólnej polskiego kodeksu karnego m.in. w sto-

³² Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu...*, s. 175, 186–188.

³³ Zob. *Ibidem*, s. 175, 188–189.

³⁴ Opisane w niniejszym opracowaniu anglosaskie formuły *intention* (zob. m.in. pkt 4.2) lub *knowledge* (zob. m.in. pkt 4.1 oraz 5) – zrelatywizowane do okoliczności (*circumstances*) – mogą stanowić pewien wzorzec do ewentualnego uregulowania w polskim kodeksie karnym postaci strony podmiotowej opartej jedynie na świadomości sprawcy w stosunku do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (np. znamię wieku (małoletności)) i innych okoliczności dotyczących przedmiotu czynności wykonawczej.

³⁵ Nadmienić trzeba, iż część szczególna polskiego kodeksu karnego nie koresponduje w pełni z postanowieniami części ogólnej (art. 9 § 1 i 2 k.k.) – przewidującymi łączenie wymagań strony podmiotowej z całością czynu w typie podstawowym, a nie z poszczególnymi jego elementami. Świadczyć o tym mogą chociażby regulacje: art. 177 § 1 k.k. (gdzie w ramach typu podstawowego może dojść do umyślnego naruszenia zasad bezpieczeństwa w ruchu lądowym, wodnym lub powietrznym – zaś nieumyślnego spowodowania wypadku, w którym inna osoba odniosła określone obrażenia ciała (swego rodzaju kombinacja strony podmiotowej)), art. 355 § 1 k.k. i art. 359 k.k. – stanowiące przejaw zróżnicowania postaci *mens rea* w ramach typu podstawowego czynu zabronionego, co chyba należałoby traktować na zasadzie wyjątku od reguły. Pomimo przywołanych przykładów odstąpienia od reguły jednolitego znamienia strony podmiotowej czynu zabronionego w typie podstawowym, zauważalna jest tendencja ustawodawcy polskiego (zgodna zresztą z art. 9 k.k.) do tego, aby co do zasady w części szczególnej kodeksu karnego – w ramach typu podstawowego – nie dokonywać rozróżnienia (kombinacji) umyślności i nieumyślności, poprzestając na wymogu wystąpienia zamiaru w odniesieniu do całości czynu zabronionego. Przykładowo, w ramach czynu z art. 190a k.k. (*stalking*) skutek w postaci wzbudzenia u innej osoby poczucia zagrożenia lub istotnego naruszenia jej prywatności objęty jest wymaganiem umyślności.

sunku do czynów zabronionych w typie podstawowym. Ustawodawca polski określając bowiem w art. 9 §1 i 2 k.k. znamiona strony podmiotowej, *expressis verbis* odnosi je jedynie całościowo do „czynu zabronionego”³⁶, tj. zachowania o znamionach określonych w ustawie karnej (art. 115 §1 k.k.), co siłą rzeczy musi budzić istotne wątpliwości interpretacyjne³⁷, jako że w rzeczywistości świadomość oraz wola człowieka pozostaje w różnych relacjach oraz natężeniu co do czynności sprawczej, okoliczności towarzyszących oraz rezultatu jego postępowania. Stąd bardziej uzasadniona od polskiego rozwiązania kodeksowego – charakteryzującego się dychotomią w obszarze strony podmiotowej czynów zabronionych w typie podstawowym³⁸ – wydaje się konstrukcja postaci *mens rea* zastosowana w przepisach ogólnych ww. regulacji anglosaskich.

Generalnie, przykładem odejścia od formuły wiążącej określony wymóg *mens rea* z całością czynu zabronionego (art. 9 §1 i 2 k.k.) jest konstrukcja z art. 9 §3 k.k.³⁹, przewidująca połączenie umyślności z nieumyślnością w typie kwalifikowanym przez następstwo. W związku z tym warto zwrócić uwagę na stanowisko wyrażone w literaturze przedmiotu, iż: „(...) Zagadnienie strony podmiotowej przestępstw kwalifikowanych przez następstwa (...) zostało w kodeksie uregulowane odrębnie. Oznacza to, że zasada, zgodnie z którą wszystkie znamiona umyślnego typu przestępstwa muszą być objęte zamiarem sprawcy, nie znajduje zastosowania w odniesieniu do przestępstw kwalifikowanych przez następ-

³⁶ Nie zaś w stosunku do poszczególnych elementów czynu zabronionego, co – z uwagi na ich odmienną naturę – wymagałoby zdefiniowania różnych opcji danej postaci *mens rea* w relacji do konkretnych znamion tego czynu.

³⁷ Warto zwrócić uwagę na – wyrażone już ponad pół wieku temu – zapatrywanie I. Andrejewa, który pisał, iż: „(...) Samo „chcenie”, w ścisłym znaczeniu, wiąże się jedynie ze znamieniem czasownikowym (...)” (I. Andrejew, Ustawowe znamiona przestępstwa..., s. 131.). Uznał on, iż okoliczność, że osoba, którą zabija sprawca, jest człowiekiem, „(...) może się zaktualizować w świadomości, wolą zaś („chcieniem”) może być objęta jedynie łącznie ze znamieniem czasownikowym” (*Ibidem*). Zdaniem tego autora: „Tak samo nie są objęte wolą (bezpośrednio) inne znamiona przedmiotowe: okoliczności, sytuacje, warunki. (...) Złodziej, dokonując kradzieży – być może – wołałby, aby zabierana rzecz nie była „cudzym mieniem ruchomym (...)” (*Ibidem*).

³⁸ Wyłączając sytuacje określone w art. 9 §3 k.k., obecny stan regulacji *mens rea* w polskim kodeksie karnym – wobec brzmienia art. 8 k.k. – określany jest w piśmiennictwie jako oparty „(...) na dychotomicznym podziale strony podmiotowej (...)” (J. Giezek, (w:) M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, wyd. 1, Warszawa 2004, s. 111). Dychotomia oznacza tu – co do zasady – umyślność albo nieumyślność czynu zabronionego w typie podstawowym.

³⁹ Chodzi tu sytuację, gdy następstwo czynu zabronionego objęte będzie nieumyślnością, zaś pozostała część typu czynu zabronionego – umyślnością. Zob. także przypis 5 niniejszego opracowania.

stwa⁴⁰. Przy czym w piśmiennictwie zagadnienie kombinacji strony podmiotowej (przekładającej się na wyodrębnienie tzw. przestępstw umyślno-nieumyślnych)⁴¹ z reguły odnoszone jest tylko do przestępstw kwalifikowanych przez następstwa⁴². Odmienne, i jak się wydaje – słuszne, stanowisko zajął S. Frankowski, który kwestię kombinacji strony podmiotowej *expressis verbis* rozciągnął poza ramy art. 9 §3 k.k.⁴³, sugerując, że termin „wina kombinowana” może obejmować „(...) wszelkie sytuacje charakteryzujące się występowaniem w obrębie danego typu przestępstwa, niekoniecznie kwalifikowanego, takiego czy innego połączenia winy umyślnej i nieumyślnej”⁴⁴. Nadto, autor ten wskazał, iż „(...) wszystkie formy winy kombinowanej, wychodzące poza ramy przepisu 8 k.k. (odpowiednika obecnego art. 9 § 3 k.k. – przypis C.B.), nazwać można winą kombinowaną szczególną”⁴⁵. Tym samym za szczególnie doniosłą – zarówno pod względem teoretycznym, jak i praktycznym – uznać należy kwestię zróżnicowania strony podmiotowej (w ramach jednego typu czynu zabronionego) w pozostałych przypadkach, a w szczególności w sytuacji typu podstawowego czynu zabronionego.

Sam fakt, iż w przypadku tzw. przestępstwa kierunkowego doktryna polskiego prawa karnego dopuszcza wystąpienie zamiaru ewentualnego

⁴⁰ K. Indeck, A. Liszewska, Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych, Warszawa 2002, s. 176.

⁴¹ Zob. J. Giezek, (w:) M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, wyd. 1, Warszawa 2004, s. 125–126. Por. także K. Indeck, A. Liszewska, Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych, Warszawa: Dom Wydawniczy ABC, 2002, s. 176–178.

⁴² Zob. J. Giezek, (w:) M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Prawo karne materialne..., s. 125–126. Por. również: K. Indeck, A. Liszewska, Prawo karne materialne..., Warszawa 2002, s. 176–178; T. Bojarski (red.), Art. 9. Strona podmiotowa czynu zabronionego. Umyślność i nieumyślność, pkt 4 (w:) Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, LEX 2016. W literaturze przedmiotu pojęcie winy kombinowanej – stanowiącej odpowiednik dzisiejszej strony podmiotowej mieszanej – również łączone jest głównie z czynem zabronionym kwalifikowanym przez następstwo (zob. M. Król-Bogomiłska, „Formy winy”..., s. 129–137). Por. także A. Marek, Prawo karne..., s. 146–148; T. Przesławski, Psychika..., Warszawa 2008, s. 125–126, oraz przywołane tam piśmiennictwo.

⁴³ S. Frankowski, Przepęstwa kierunkowe w teorii i praktyce, Warszawa 1970, s. 73–76.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 74. W tym samym duchu zagadnienie to analizowała wcześniej A. Gimbut, Następstwa czynu od których zależy wyższa karalność w prawie polskim – na tle porównawczym, s. 25–27, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1966 – wraz z przywołanym tam piśmiennictwem. Autorka zaznaczyła m.in., że zarówno nazwa „wina kombinowana”, jak i określenia do niej podobne, czasami bywają odnoszone do przypadków innych niż realizacja czynów zabronionych w typie kwalifikowanym (*Ibidem*, s. 25–26, przypis 59). Odnośnie różnych aspektów kombinacji strony podmiotowej por. też T. Przesławski, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, wyd. 20, Legalis, komentarz do art. 8, tezy 37–53, oraz do art. 9, tezy 157–174.

⁴⁵ S. Frankowski, Przepęstwa kierunkowe..., s. 75.

w odniesieniu do elementów czynu, które nie cechują się kierunkowością (szczególnym subiektywnym zabarwieniem)⁴⁶, w istocie rzeczy świadczy o akceptacji rozróżnienia postaci strony podmiotowej (w tym przypadku – zamiaru bezpośredniego od zamiaru ewentualnego) w odniesieniu do poszczególnych elementów czynu zabronionego. Takie stanowisko nie odpowiada zaś kodeksowej regulacji z art. 9 §1 i 2 k.k., odnoszącej poszczególne postaci *mens rea* do całości czynu zabronionego. Dlatego też w przedmiotowym zakresie konieczna jest interwencja ustawodawcy. W konsekwencji za przykładem przywołanych regulacji anglosaskich warto rozważyć wprowadzenie do części ogólnej polskiego kodeksu karnego – i zdefiniowanie – postaci strony podmiotowej zrelatywizowanych do poszczególnych elementów *actus reus*. W istocie rzeczy sprowadzałoby się to do zmiany art. 9 §1 i 2 k.k. poprzez wyraźne dopuszczenie zróżnicowania wymagań *mens rea* w obrębie danego czynu zabronionego w typie podstawowym oraz typach kwalifikowanych innych niż określone w 9 §3 k.k. W ślad za tym należałoby w części ogólnej kodeksu karnego wprowadzić definicje poszczególnych postaci *mens rea*, oddzielnie w relacji do każdego z następujących elementów: znamienia czynnościowego, skutku oraz okoliczności towarzyszących popełnieniu czynu zabronionego. Wydaje się, iż taki zabieg byłby wskazany z uwagi na odmienny charakter nastawienia psychicznego sprawcy do poszczególnych znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego⁴⁷. Nadto, zauważyć trzeba, że skoro polski ustawodawca przyjął kombinację strony podmiotowej czynu zabronionego w ramach typów kwalifikowanych przez następstwo (art. 9 §3 k.k.), to uzasadnione jest dopuszczenie analogicznego zróżnicowania strony podmiotowej czynu zabronionego już w obrębie samego typu podstawowego⁴⁸. Pod względem charakteru

⁴⁶ Zob. m.in. *Ibidem*, s. 70–73, oraz przywołane tam piśmiennictwo. Odmiennie M. Nawrocki, Strona podmiotowa przestępstwa kierunkowego, *Ius Novum* 2017, nr 3, vol. 11, s. 169–170, według którego przestępstwa kierunkowego nie można popełnić w innym zamiarze niż *dolus directus* (*ibidem*, s. 169). Wydaje się, że takie stanowisko tego autora wynika z zapatrywania o braku możliwości wydzielenia w ramach jednego czynu zabronionego różnych postaci *mens rea* w zależności od tego, którego znamienia strony przedmiotowej one dotyczą (zob. *ibidem*, s. 170 – wraz z przywołanym tam piśmiennictwem). Skądinąd taki pogląd odpowiada treści kodeksu karnego, w którym postacie zamiaru odnoszone są do czynu zabronionego, a nie jego poszczególnych elementów.

⁴⁷ W szczególności do: zachowania sprawcy (czynności sprawczej), znamienia skutku, przedmiotu oddziaływania, znamion dotyczących osoby pokrzywdzonej oraz znamion okoliczności. W kwestii elementów strony przedmiotowej zob. więcej I. Andrejew, Ustawowe znamiona czynu..., s. 175–197.

⁴⁸ Przy takim ujęciu znamię skutku – w ramach typu podstawowego – objęte byłoby nieumyślnością.

przeżyć psychicznych sprawcy te dwie sytuacje w gruncie rzeczy nie różnią się.

3. Kwestia częściowej rezygnacji z wymagań mens rea

Zagadnienie ewentualnej rezygnacji z części wymagań w zakresie strony podmiotowej czynu zabronionego zasadza się na relacji pomiędzy stroną przedmiotową a podmiotową czynu zabronionego, a dokładnie – zależności pomiędzy zakresem wymagań strony przedmiotowej a zakresem wymogów strony podmiotowej czynu zabronionego. Jednocześnie warto zauważyć, iż prawodawcy anglosascy niejednokrotnie rezygnują z wymogów mens rea w odniesieniu do niektórych znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego.

W anglosaskim piśmiennictwie i orzecznictwie uznaje się, że dane przestępstwo oparte jest na tzw. odpowiedzialności obiektywnej (całkowitej) (*strict liability*), jeśli nie jest wymagane udowodnienie jakiegokolwiek postaci mens rea w odniesieniu do pojedynczego elementu *actus reus*⁴⁹. Przy czym odpowiedzialność taką precyzyjniej charakteryzuje stwierdzenie, że dotyczy ona przestępstw, które zawierają co najmniej jeden element zewnętrzny (fizyczny), któremu nie odpowiada żaden element mens rea.⁵⁰ Według kodeksu karnego *Australian Capital Territory* ustawa wprowadzająca określone przestępstwo może przewidywać, że nie zawiera ono żadnych elementów podmiotowych (znamion strony podmiotowej) odnoszących się do niektórych lub wszystkich elementów przedmiotowych⁵¹. W ramach ogólnych zasad odpowiedzialności karnej, kodeks ten – w odrębnym dziale – przedstawia możliwe opcje, kiedy znamiona strony podmiotowej czynu zabronionego nie są wymagane (*Cases where fault elements are not required*)⁵². Otóż, wprowadza się tam dwa rodzaje takiej odpowiedzialności: *strict liability* (odpowiedzialność całko-

⁴⁹ K. Reid, *Strict Liability: Some Principles for Parliament*, *Statute Law Review*. Oct2008, vol. 29 Issue 3, p173, DOI: 10.1093/slr/hmn014, *Political Science Complete*, EBSCOhost, dostęp 9 maja 2016 r. oraz przywołane tam orzecznictwo i literatura.

⁵⁰ *Ibidem*, oraz podane tam orzecznictwo i piśmiennictwo.

⁵¹ *However, the law that creates the offence may provide that there is no fault element for some or all of the physical elements* (sekcja 11(2) *Criminal Code 2002*, *Australian Capital Territory*; http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/act/consol_act/cc200294/s11.html, dostęp 6 października 2017 r.

⁵² *Criminal Code 2002 (Australian Capital Territory)*, Division 2.2.4 (http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/act/consol_act/cc200294/, dostęp 21 kwietnia 2018 r.).

witą⁵³ (bezwzględna)) oraz *absolute liability* (odpowiedzialność pełną (nieograniczoną)⁵⁴). Pierwszy zachodzi – jeśli ustawa wprowadzająca dane przestępstwo przewiduje, że jest to przestępstwo oparte na odpowiedzialności całkowitej (*strict liability offence*), wtedy nie ma żadnych wymagań w zakresie elementów podmiotowych dla jakichkolwiek elementów przedmiotowych przestępstwa; oraz możliwa jest obrona poprzez powołanie się na błąd co do faktu zgodnie z sekcją 36 tego kodeksu⁵⁵. I drugi – jeśli ustawa wprowadzająca dane przestępstwo przewiduje, że odpowiedzialność całkowita (bezwzględna) (*strict liability*) dotyczy konkretnego elementu przedmiotowego (*applies to a particular physical element*) przestępstwa – wtedy nie ma żadnych wymagań w zakresie elementów podmiotowych dla tego elementu przedmiotowego; oraz możliwa jest obrona poprzez powołanie się na błąd co do faktu zgodnie z sekcją 36 kodeksu w odniesieniu do tego elementu przedmiotowego⁵⁶. Zatem formuła *strict liability* może występować w dwóch opcjach – w odniesieniu do całego czynu zabronionego albo jego pojedynczych (niektórych) elementów.

Jeszcze bardziej rygorystyczną formę odpowiedzialności – nie wymagającą wystąpienia znamion strony podmiotowej – stanowi zaś odpowiedzialność nieograniczona (pełna) (*absolute liability*)⁵⁷, gdyż w jej przypadku nie jest możliwa obrona poprzez powołanie na błąd co do faktu⁵⁸.

Odpowiedzialność *strict liability* przewidziano także w prawie amerykańskiego stanu New Jersey⁵⁹, jednakże ustawa określająca przestępstwo musi wyraźnie wskazywać na intencje ustawodawcy co do nałóże-

⁵³ E. Ożga, *The Great Dictionary of Law and Economics. English–Polish*, Warszawa 2006, s. 697; PWN OXFORD. *Wielki Słownik Angielsko–Polski*, Warszawa 2006, s. 1161.

⁵⁴ Słownik online PONS, <https://pl.pons.com/tlumaczenie?q=absolute+liability+&l=enpl&in=en&lf=en>, dostęp 21 kwietnia 2018 r. Zob. także E. Ożga, *The Great Dictionary...*, s. 4.

⁵⁵ Sekcja 23(1) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory; http://www.austlii.edu.au/au/legis/act/consol_act/cc200294/s23.html, dostęp 13 października 2016 r. (*If a law that creates an offence provides that the offence is a strict liability offence — (a) there are no fault elements for any of the physical elements of the offence*).

⁵⁶ Sekcja 23(2) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory; http://www.austlii.edu.au/au/legis/act/consol_act/cc200294/s23.html, dostęp 13 października 2016 r. Odpowiedzialność *strict liability* została też przewidziana w amerykańskim Model Penal Code (T. Sampson-Jones, *MENS REA IN MINNESOTA...*, p1461).

⁵⁷ Przewidziana też w dwóch wariantach – w stosunku do całego czynu albo jego pojedynczych elementów.

⁵⁸ Sekcja 24 Criminal Code 2002 (*Australian Capital Territory*), http://www.austlii.edu.au/au/legis/act/consol_act/cc200294/s24.html, dostęp 13 października 2016 r.

⁵⁹ W ogólnych przepisach The New Jersey Code Of Criminal Justice (NJ Rev Stat § 2C:2–2(c)(3) (2016) (2016 New Jersey Revised Statutes); <http://law.justia.com/codes/new-jersey/2016/title-2c/section-2c-2-2/>, dostęp 4 października 2017 r.).

nia takiej odpowiedzialności, w przeciwnym razie należy rozumieć, iż do przypisania odpowiedzialności karnej konieczne jest wystąpienie postaci *mens rea* określonej jako *knowingly*⁶⁰ (świadomie). Dopuszczalność usunięcia wymogu *mens rea* z typu czynu zabronionego została również ujęta w kodeksie amerykańskiego stanu Tennessee – w ogólnych przepisach dotyczących strony podmiotowej, z tym że w przypadku, gdy ustawodawca nie wypowie się w kwestii stosunku psychicznego sprawcy do czynu, dorozumianym jest tam istnienie wymogu w zakresie *mens rea*⁶¹.

Tymczasem typy czynów zabronionych w polskim kodeksie karnym charakteryzowane są przez znamię umyślności lub nieumyślności, ustawodawca nie rezygnuje bowiem z wymogu strony podmiotowej w stosunku do któregośkolwiek ze znamion czynu zabronionego⁶². Z postanowień tego kodeksu (m.in. art. 8 i 9 k.k.) wynika bowiem, iż wymogi w sferze *mens rea* spełnione są tylko w przypadku, gdy w stosunku do wszystkich znamion strony przedmiotowej wystąpi umyślność lub nieumyślność⁶³.

Jako anglosaski przykład wyraźnej rezygnacji z wymagań *mens rea* w stosunku do niektórych elementów przestępstwa wskazać należy anty-stalkingowe regulacje – australijskiego stanu Queensland⁶⁴ oraz amerykańskiego stanu North Dakota⁶⁵. W przeciwieństwie do tych uregulowań

⁶⁰ NJ Rev Stat § 2C:2–2(c)(3) (2016) (2016 New Jersey Revised Statutes), <http://law.justia.com/codes/new-jersey/2016/title-2c/section-2c-2-2/>, dostęp 4 października 2017 r., a także NJ Rev Stat § 2C:2–2(b)(2) (2016) (2016 New Jersey Revised Statutes), <http://law.justia.com/codes/new-jersey/2016/title-2c/section-2c-2-2/>, dostęp 4 października 2017 r.

⁶¹ W myśl bowiem zapisów tego kodeksu znamię strony podmiotowej jest wymagane, jeśli definicja przestępstwa wyraźnie nie rezygnuje z takiego elementu (mentalnego) (TN Code § 39–11–301(b) (2015) (2015 Tennessee Code), <https://law.justia.com/codes/tennessee/2015/title-39/chapter-11/part-3/section-39-11-301/>, dostęp 28 grudnia 2017 r.).

⁶² W części ogólnej tego kodeksu nie przewidziano sytuacji ewentualnego braku wymagań *mens rea* w odniesieniu do jakiegokolwiek elementu czynu zabronionego.

⁶³ Abstrahując w tym miejscu od kwestii rozróżniania postaci *mens rea* w zależności od tego, którego znamienia *actus reus* one dotyczą.

⁶⁴ Tego typu rozwiązanie w odniesieniu do znamion stalkingu, innych niż czynność sprawcza, zawiera sekcja 359C(4) Criminal Code stanu Queensland, wedle której – w sytuacji opisanej w sekcji 359B(d) – nieistotnym jest to, czy sprawca zamierzał spowodować obawę lub strach osoby prześladowanej, czy też szkodę (*it is immaterial whether the person doing the unlawful stalking intended to cause the apprehension or fear, or the detriment* – sekcja 359C(4) Criminal Code, australijski stan Queensland, http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/legis/qld/consol_act/cc189994/s359c.html, dostęp 3 listopada 2017 r.).

⁶⁵ Stosownie do sekcji 12.1–17–07.1(3) zdanie 1 North Dakota Century Code (dalej: NDCC) nie będzie skuteczną obroną powoływanie się przez sprawcę na to, że nie zamierzał on przestraszyć, zastraszyć czy też niepokoić daną osobę (sekcja 12.1–17–07.1(3) zdanie 1 NDCC, <http://www.legis.nd.gov/cencode/t12-1c17.pdf>, dostęp 6 grudnia 2017 r.).

odpowiadająca im regulacja polska zawiera wymaganie, aby sprawca zamierzał wywołać skutek w postaci wzbudzenia u ofiary uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia lub istotnego naruszenia jej prywatności. Wynika to z brzmienia art. 8 k.k., wprowadzającego dorozumiane znamię umyślności⁶⁶, oraz treści art. 190a §1 k.k., gdzie brak jest zastrzeżenia o możliwości popełnienia czynu także nieumyślnie.

Z pewnością warto rozważyć, czy zasadnym byłoby wprowadzenie do polskiego ustawodawstwa rozwiązań opartych na odpowiedzialności *strict liability lub absolute liability* – w szczególności w tej wersji, gdzie brak wymogu w zakresie *mens rea* odnoszony jest jedynie do określonego elementu przedmiotowego czynu zabronionego. Wszak w szczególnych przypadkach czynów zabronionych charakter niektórych jego znamion przedmiotowych może przemawiać za rezygnacją z wymogu odzwierciedlenia ich w psychice sprawcy i wprowadzeniem odpowiedzialności wzorowanej np. na *strict liability*. Należy zastanowić się, czy w praktyce egzekwowanie wymagań w zakresie strony podmiotowej czynu zabronionego dotyczy zawsze całego zestawu znamion strony przedmiotowej. Generalnie, wyjaśnienia wymaga kwestia ewentualnego zmniejszenia wymagań *mens rea* w odniesieniu do niektórych znamion stosunkowo nowych, osobliwych typów czynów zabronionych. W Polsce bowiem – z racji konstrukcji dorozumianej umyślności co do wszystkich elementów czynu zabronionego m.in. w typie podstawowym⁶⁷ – wymaganiem zamiaru objęte jest również np. znamię skutku z art. 190a § 1 k.k., co może wydawać się zbyt wygórowanym kryterium przypisania odpowiedzialności karnej.

4. Kwestia ograniczenia postaci *mens rea* do sfery świadomości

4.1. Świadomość (*knowledge*) jako samodzielna postać *mens rea*

Uwagę zwraca funkcjonująca w prawie krajów anglosaskich – zarówno na gruncie *common law*, jak *statute law* – postać *mens rea* określana jako *knowledge* (świadomość/wiedza), odnoszona jedynie do płaszczyzny intelektualnej. W piśmiennictwie anglojęzycznym ujmuje się ją jako tzw. kategorię pośrednią (*the middle category of “knowingly”*), która nie

⁶⁶ Zob. w tej kwestii J. Giezek, Kodeks Karny. Część ogólna, Komentarz, Tom I (art. 1–31), Kolonia Ltd 2000, s. 45–46.

⁶⁷ Uwaga ta dotyczy również tych typów kwalifikowanych, które nie są objęte art. 9 § 3 k.k.

ma porównywalnej formy w ustawach kontynentalnych⁶⁸. Na gruncie polskiego prawa karnego postać strony podmiotowej czynu zabronionego w postaci zamiaru analizowana jest bowiem w dwóch płaszczyznach – intelektualnej (świadomości) oraz wolicjonalnej⁶⁹.

W ogólnych przepisach kodeksu karnego *Australian Capital Territory* przewidziano postać strony podmiotowej (*fault element*) składającą się wyłącznie z elementu świadomości, tj. płaszczyzny intelektualnej. Stosownie bowiem do sekcji 19 *Criminal Code* dana osoba ma świadomość (*knowledge*) odnośnie do skutku lub okoliczności, jeśli zdaje sobie sprawę (*is aware*) z tego, że skutek ten lub okoliczność ta istnieje lub nastąpi w zwykłym biegu wydarzeń⁷⁰. Porównywalnie, postać strony podmiotowej opartej o działanie świadome sprawcy – w odniesieniu do skutku jego zachowania – określa kodeks karny stanu Texas, przyjmując taki przypadek, gdy sprawca zdaje sobie sprawę, że jest to raczej pewne, iż jego zachowanie wywoła ten skutek⁷¹. Podobnie, wedle kodeksu amerykańskiego stanu Ohio określona osoba zachowuje się (działa) świadomie (*knowingly*), bez względu na cel, jeśli zdaje ona sobie sprawę, że jej zachowanie prawdopodobnie wywoła określony skutek – lub że prawdopodobnie stanowić będzie zachowanie o określonym charakterze⁷². Natomiast dana osoba ma świadomość okoliczności, jeżeli jest świadoma, że takie okoliczności prawdopodobnie istnieją⁷³.

Tymczasem w przypadku postaci umyślności zawartych w polskim kodeksie karnym wymagania stawiane są zarówno w płaszczyźnie woli, jak i sferze świadomości, co nie koresponduje też w pełni z poglądami wyrażanymi w polskiej doktrynie i judykaturze. Na gruncie polskiego prawa karnego świadomość nie występuje jako samodzielna postać strony

⁶⁸ G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press 2000, s. 442–443.

⁶⁹ Zob. np. K. Indeck, A. Liszewska, *Prawo karne...*, s. 166–168; J. Giezek, *Kodeks Karny...*, s. 47–49.

⁷⁰ Zob. przypis 12 niniejszego opracowania. Na marginesie warto wskazać, iż art. 30 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (zob. przypis 8 niniejszego opracowania) wprowadza analogiczną postać *knowledge* – w odniesieniu do okoliczności oraz skutku.

⁷¹ Sekcja 6.03(b) Penal Code (Texas), <http://www.statutes.legis.state.tx.us/Docs/PE/htm/PE.6.htm#6.03>, dostęp 31 stycznia 2018 r.

⁷² Sekcja 2901.22(B) Ohio Revised Code, <http://codes.ohio.gov/orc/2901.22>, dostęp 23 lipca 2016 r. Podobnie w prawie karnym stanu New Jersey, gdzie określono postać strony *mens rea* opartą jedynie na płaszczyźnie intelektualnej (sferze świadomości) (*acts knowingly*) – zob. też przypis 14 niniejszego artykułu.

⁷³ Sekcja 2901.22(B) Ohio Revised Code, <http://codes.ohio.gov/orc/2901.22>, dostęp 23 lipca 2016 r. Analogicznie w prawie karnym stanu New Jersey (zob. także przypis 14 niniejszego opracowania).

podmiotowej⁷⁴. W przypadku zamiaru odzwierciedla ona jedynie płaszczyznę intelektualną (sferę świadomości), w której to – obok płaszczyzny wolicjonalnej (sfery woli) – analizowane są przeżycia psychiczne sprawcy. Z powyższych względów do formuły *knowledge* można by co najwyżej przyrównywać jedynie elementy intelektualne, wyrażające się w „przewidywaniu możliwości popełnienia czynu zabronionego” (art. 9 k.k.). Koncepcja anglosaskiej postaci *knowledge* może więc stanowić zachętę do wprowadzenia do części ogólnej polskiego kodeksu karnego nowej – odrębnej – postaci strony podmiotowej czynu zabronionego, opartej jedynie na sferze świadomości. Tego typu zmiana mogłaby wyeliminować⁷⁵ wątpliwości wynikłe na gruncie koncepcji zamiaru niyewentualnego. Nadto, wprowadzenie do polskiej ustawy karnej nowej postaci *mens rea* – na wzór anglosaskiej „*knowledge*”⁷⁶ – mogłaby w szczególności prowadzić do wyraźnego uregulowania kwestii konstrukcji przestępstwa nieuchronnego⁷⁷ (zarówno skutkowego, jak i formalnego), o którego bycie decyduje sfera intelektualna (świadomości).

4.2. Kwestia powiązania ustawowej postaci zamiaru wyłącznie ze świadomością

W ogólnych przepisach anglosaskich ustaw karnych spotyka się takie opcje formuły zamiaru (*intention*) lub celowości, które zawierają wymagania wyłącznie w płaszczyźnie intelektualnej. Nie obejmują bowiem wymogów w sferze wolicjonalnej, a znamię umyślności sprowadzają jedynie do kryterium świadomości.

Przykładowo, w kodeksie karnym *Australian Capital Territory* zamiar w odmianie zrelatywizowanej do skutku ma – wbrew swojej nazwie – odpowiednio szerszy zakres, jako że obejmuje również sytuację, gdy sprawca jedynie zdaje sobie sprawę z tego, że skutek taki nastąpi w zwykłym biegu wydarzeń⁷⁸. Podobnego rozwiązania nie przewidziano

⁷⁴ Może ona co najwyżej stanowić element rozstrzygający o kwalifikacji danego zachowania, np. w przypadku tzw. przestępstw nieuchronnych.

⁷⁵ Podobnie jak ewentualne wprowadzenie postaci „zamiaru” sprowadzonej jedynie do sfery świadomości (zob. pkt 4.2 niniejszego artykułu).

⁷⁶ Np. poprzez przyjęcie wymogu świadomości praktycznej pewności (ewentualnie – nieuchronności) realizacji znamion czynu zabronionego w wyniku zachowania sprawcy.

⁷⁷ Szerzej na temat koncepcji przestępstwa nieuchronnego w aspekcie prawdopodobieństwa (praktycznej pewności) zob. punkt 5 niniejszego opracowania.

⁷⁸ W myśl sekcji 18(2) tego kodeksu dana osoba ma zamiar (*“intention”*) w odniesieniu do skutku (*in relation to a result*), jeżeli zamierza go wywołać (*means to bring it about*) lub jest świadoma tego, że nastąpi on w normalnym toku wydarzeń (*is aware that it will happen in the ordinary course of events*) (sekcja 18(2) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory,

w polskim kodeksie karnym, co przy braku również (w jego części ogólnej) postaci *mens rea* analogicznej do anglosaskiej *knowledge* (świadomości), stanowi istotny mankament⁷⁹. Dlatego też można ewentualnie, za przykładem ww. ustawodawstwa anglosaskiego, zdefiniować ustawowo pojęcie umyślności – w relacji do skutku – w taki sposób, aby objąć nim również przypadek samej świadomości sprawcy o praktycznej pewności lub odpowiednio wysokim prawdopodobieństwie wystąpienia skutku, bez stawiania dodatkowych wymagań w sferze woluntatywnej.

Do sfery intelektualnej przywołany Australian Capital Territory sprawdza też zamiar zrelatywizowany do okoliczności – przyjmowany wtedy, gdy dana osoba sądzi (przypuszcza) (*believes*), iż taka okoliczność ma lub będzie mieć miejsce⁸⁰. Ewentualne recypowanie tego rodzaju postaci strony podmiotowej na grunt polskiego kodeksu karnego pozwoliłoby⁸¹ odpowiedzieć na zastrzeżenia związane z koncepcją zamiaru niby-ewentualnego i kwestię określenia rodzaju postaci *mens rea* w stosunku do elementów czynu zabronionego innych niż czynność sprawcza czy znamię skutku, np. wieku osoby pokrzywdzonej.

5. Świadomość prawdopodobieństwa wywołania skutku (popelnienia czynu zabronionego) lub zaistnienia okoliczności

Jak wskazuje się w literaturze⁸², anglo-amerykańska koncepcja umyślności (*intention*) nie obejmuje obszaru zamiaru ewentualnego (*do-lus eventualis*). Wprost zaznacza się, że bardzo mało prawdopodobnym jest, że w sprawie, gdzie występuje małe prawdopodobieństwo wyrządzenia szkody (krzywdy), angielski lub amerykański sąd stwierdziłby umyślne (zamierzone) spowodowanie śmierci, pobicie czy podpalenie⁸³. Orientacja tego systemu nastawiona jest bowiem na rzeczywiste ryzyko (zagrożenie) (*actual risk*) oraz świadomość tego ryzyka (*knowledge of risk*), nie zaś na wewnętrzne nastawienie sprawcy (*not the inner posture*

http://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/legis/act/consol_act/cc200294/s18.html, dostęp 3 lutego 2018 r.).

⁷⁹ Tę lukę próbuje częściowo uzupełnić doktryna prawa karnego poprzez koncepcję przestępstwa nieuchronnego, które jednak wymaga uregulowania kodeksowego.

⁸⁰ Sekcja 18(3) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory – szerzej zob. przypis 11 niniejszego opracowania.

⁸¹ Podobnie jak potencjalne wprowadzenie postaci typu *knowledge*.

⁸² G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press 2000, s. 447.

⁸³ *Ibidem*.

of the actor)⁸⁴. Praktyka sądów wyższej instancji w Anglii i Walii wskazuje, że zamiar wiąże się z celem (*object or purpose*) oskarżonego (zamiar związany z celem (*purpose intent*)) lub z przewidywaniem praktycznie pewnych skutków (*foresight of virtually certain consequences*) zabronionego zachowania w przypadku przestępstw skutkowych (*result crimes*) (zamiar związany ze zdolnością przewidywania (*foresight intent*))⁸⁵. Przykładowo, w sprawie *Nedrick*, angielski Sąd Apelacyjny (*Court of Appeal*) wyraził opinię, iż w sytuacji, gdy przewidywanie skutków oparte jest na praktycznej (prawie całkowitej) pewności (*virtual certainty*), ława przysięgłych może wywnioskować istnienie zamiaru⁸⁶. Tymczasem na gruncie polskiego kodeksu karnego do odpowiedzialności karnej można pociągnąć sprawcę w sytuacji ustalenia, iż był on świadom małego prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego, lecz godził się na jego popełnienie. Z drugiej strony – na podstawie tego kodeksu odpowiedzialności może uniknąć osoba, co do której uznano, iż pomimo świadomości dużego prawdopodobieństwa popełnienia czynu, nie godziła się na jego popełnienie (według nomenklatury kodeksu z 1969 roku – bezpodstawnie przypuszczała, iż uniknie jego popełnienia⁸⁷)⁸⁸.

⁸⁴ *Ibidem*. Chociaż autor ten wskazuje, iż niektóre (pewne) zastosowania formuły *dolus eventualis* są zgodne z poglądami tzw. Wzorcowego Kodeksu Karnego (*the Model Penal Code*) (*Ibidem*, s. 448–449).

⁸⁵ G. Coffey, Codifying the Meaning of 'Intention' in the Criminal Law, *Journal of Criminal Law*, Oct2009, Vol. 73 Issue 5, p412–413, DOI: 10.1350/jcla.2009.73.5.590, EBSCOhost, dostęp 11 maja 2016 r.

⁸⁶ G. Coffey, Codifying..., p405. W sprawie *R. v Woollin* Izba Lordów poparła stanowisko ze sprawy *Nedrick* z jednym znaczącym wyjątkiem, a mianowicie – zastrzeżeniem, iż zamiast bycia uprawnionym do wywnioskowania zamiaru ława przysięgłych powinna być uprawniona do stwierdzenia zamiaru na podstawie przewidywania praktycznie (prawie całkowicie) pewnych skutków (*from foresight of virtually certain consequences*) występku oskarżonego (*Ibidem*).

⁸⁷ Zob. J. Giezek, *Kodeks Karny...*, s. 47.

⁸⁸ Przy tej okazji należy wspomnieć – wysuniętą przez K. Buchałę – propozycję oparcia koncepcji zamiaru ewentualnego m.in. na tzw. teorii prawdopodobieństwa (wyobrażenia), zgodnie z którą zamiar ten zachodzi w sytuacji, gdy sprawca ma świadomość wysokiego prawdopodobieństwa nastąpienia skutku przestępnego (realizacji znamion typu czynu zabronionego) (K. Indecki, A. Liszewska, *Prawo karne materialne...*, s. 169). Pogląd ten znalazł swoje odbicie w projekcie kodeksu karnego, gdzie art. 9 §1 otrzymał brzmienie: „Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując znaczne prawdopodobieństwo jego popełnienia, na to się godzi” (*Ibidem*, s. 169). Ostatecznie, przepisu tego nie oparto na teorii prawdopodobieństwa – wskazywano bowiem, iż element woli w postaci godzenia się może mieć miejsce zarówno przy wysokim, jak i mniejszym prawdopodobieństwie popełnienia czynu, ustalenie zaś wysokiego prawdopodobieństwa nie wyklucza tego, że sprawca liczył na uniknięcie czynu (*Ibidem*, s. 169–170). W kwestii tej por. także A. Marek, *Prawo karne...*, s. 143.

W anglosaskich regulacjach prawnych problem świadomości sprawcy nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji łączenia zamiaru (*intention*) ze znamieniem skutku⁸⁹. Dla przykładu, w myśl sekcji 18(2) kodeksu karnego *Australian Capital Territory* dana osoba ma zamiar (*intention*) w odniesieniu do skutku, jeżeli m.in. świadoma jest tego, że nastąpi on w zwykłym biegu wydarzeń⁹⁰. Przywołany tu przykład ustawowej odmiany zamiaru w gruncie rzeczy zbudowany jest tylko w oparciu o sferę świadomości, a stopień prawdopodobieństwa nastąpienia skutku czy zaistnienia okoliczności sięga poziomu praktycznej pewności.

Podobnie, w ustawowych definicjach anglosaskiej postaci *knowledge* – łączonej ze znamieniem skutku, okolicznościami czy rodzajem zachowania – pojawia się wymóg świadomości np.: wysokiego prawdopodobieństwa (*high probability*) istnienia okoliczności (stan New Jersey)⁹¹, praktycznej pewności (*practical certainty*) wywołania skutku (stan New Jersey⁹² oraz stan Missouri⁹³), czy też prawdopodobieństwo wywołania skutku (stan Ohio)⁹⁴. W każdym razie, anglosaska koncepcja *knowledge* z istoty swej dotyczy tylko sfery świadomości⁹⁵. W skrócie można stwierdzić, iż do przyjęcia tej postaci *mens rea* zazwyczaj konieczne jest ustalenie u sprawcy świadomości wysokiego prawdopodobieństwa lub praktycznej pewności m.in. nastąpienia skutku bądź wystąpienia okoliczności.

Dlatego też anglosaskie rozwiązania⁹⁶ skłaniać mogą do ponownej próby zmiany polskiej regulacji dotyczącej sfery intelektualnej *dolus eventualis*, poprzez ewentualne wprowadzenie do polskiego kodeksu karnego kryterium znacznego (wysokiego) prawdopodobieństwa – wraz

⁸⁹ Warto zauważyć, iż postać ustawowa *knowledge* (*knowingly*) może też występować w odniesieniu do charakteru zachowania (amerykański stan New Jersey – NJ Rev Stat § 2C:2–2(b)(2) (2016)) czy też w kontekście podjęcia zachowania (amerykański stan North Dakota – sekcja 12.1–02–02(1)(b) North Dakota Century Code).

⁹⁰ Sekcja 18(2) Criminal Code 2002, Australian Capital Territory – zob. szerzej przypis 11 niniejszego opracowania.

⁹¹ NJ Rev Stat § 2C:2–2(b)(2) (2016) – zob. przypis 14 niniejszego opracowania.

⁹² NJ Rev Stat § 2C:2–2(b)(2) (2016) – zob. przypis 14 niniejszego opracowania.

⁹³ A person 'acts knowingly', or with knowledge (...) With respect to a result of his or her conduct when he or she is aware that his or her conduct is practically certain to cause that result (sekcja 562.016(3)(2) Revised Statutes of Missouri (RSMo), <http://revisor.mo.gov/main/One-Section.aspx?section=562.016&bid=29180&hl=>, dostęp 2 lutego 2018 r., <http://revisor.mo.gov/main/About.aspx>, dostęp 2 lutego 2018 r.).

⁹⁴ Sekcja 2901.22(B) Ohio Revised Code – szerzej zob. przypis 72 oraz odpowiadający mu fragment niniejszego opracowania.

⁹⁵ Zob. szerzej w tej kwestii m.in. pkt. 4.1 niniejszego artykułu.

⁹⁶ Zob. także podpunkty 4.1 i 4.2 niniejszego opracowania, prezentujące m.in. anglosaskie rozwiązania w sferze *mens rea* oparte o kryterium (wysokiego) prawdopodobieństwa czy też praktycznej pewności wystąpienia skutku (zachowania sprawcy).

z jednoczesnym rozszerzeniem⁹⁷ zakresu czynów zabronionych, które mogą zostać popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie.

Przywołane powyżej anglosaskie regulacje dotyczące zamiaru lub postaci *knowledge* – w odniesieniu do skutku lub zachowania – mogą także służyć jako wzorzec przy ewentualnej regulacji w polskim kodeksie karnym kwestii przestępstwa nieuchronnego. W polskiej doktrynie prawa karnego przyjmuje się bowiem, że do stwierdzenia tego typu przestępstwa wymaga się uświadomienia sobie przez sprawcę konieczności nastąpienia skutków realizujących znamiona czynu zabronionego⁹⁸. Koncepcja ta nie ma jednak oparcia w kodeksowych zapisach, skoro w odniesieniu do umyślności wyraźnie stawia się wymagania w zakresie sfery wolicjonalnej (chcenie, godzenie się). Formuła przestępstwa nieuchronnego w pewnym stopniu zbliżona jest do anglosaskich ustawowych postaci *mens rea* określanych mianem świadomości (*knowledge*)⁹⁹, czy też do niektórych odmian zamiaru (*intention*), tj. tych skonstruowanych jedynie w oparciu o elementy intelektualne (sferę świadomości)¹⁰⁰.

6. Kwestia określoności typów czynów zabronionych w kontekście sposobu formułowania wymogów *mens rea* w polskim kodeksie karnym

W praktyce orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego (dalej także: TK) funkcjonuje kategoria „konstytucyjnych standardów określoności regulacji prawnokarnych”, co wiąże się z rozwojem bogatego orzecznictwa TK na tle zasady *nullum crimen sine lege certa*¹⁰¹. W uzasadnieniu orzeczenia

⁹⁷ Wobec ewentualnego wyrugowania z grupy czynów umyślnych – popełnionych z zamiarem ewentualnym – tych, które nie spełniają ww. wymogu prawdopodobieństwa.

⁹⁸ Zob. w tej kwestii J. Giezek, Kodeks Karny..., s. 48–49. W piśmiennictwie przyjmuje się, iż dla przyjęcia odpowiedzialności karnej za przestępstwo nieuchronne „(...) Nie wystarczy (...) samo stwierdzenie obiektywnej konieczności; konieczność tę musi brać pod uwagę sprawca przy popełnieniu przestępstwa” (G. Rejman (w:) E. Bieńkowska, B. Kunka-Michalska, G. Rejman (red.), J. Wojciechowska, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999, s. 432). Por. także J. Giezek, Kodeks Karny..., s. 48–49. Por. też G. Rejman, Teorie i formy winy w prawie karnym, Warszawa 1980, s. 193–194, gdzie autorka uznała m.in., że: „(...) Jeżeli „konieczność” wyobrażona przez sprawcę odpowiada konieczności w sensie przedmiotowym, to w razie jej realizacji sprawca odpowiada za przestępstwo dokonane (...)” (s. 193).

⁹⁹ Więcej na temat tej postaci *mens rea* zob. punkt 4.1 niniejszego opracowania.

¹⁰⁰ Szerzej o tej odmianie postaci zamiaru zob. punkt 4.2 niniejszego artykułu.

¹⁰¹ Zob. wyrok TK z dnia 13 maja 2008 r., sygn. P 50/07, OTK ZU 2008, nr 4A, poz. 58. Jak podkreślał Trybunał w uzasadnieniu tego wyroku, w jego ocenie „(...) w sferze prawa karnego *sensu stricto* konstytucyjne standardy precyzji i określoności regulacji prawnych muszą być stosowane w sposób szczególnie rygorystyczny (...)”.

z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94 Trybunał przyjął, iż ustawowe sformułowanie regulacji represyjnych musi całkowicie odpowiadać zasadzie maksymalnej określoności (stanowiącej immanentny element państwa prawnego), co oznacza, że już w samej ustawie należy w sposób zupełny, dokładny i jednoznaczny określić wszystkie znamiona czynu zagrożonego karą¹⁰². Podobnie w wyroku z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08 Trybunał Konstytucyjny uznał „(...)”, że wykluczone jest takie niedoprecyzowanie któregośkolwiek elementu normy prawnokarnej, które powodowałoby dowolność w jej stosowaniu przez właściwe organy władzy publicznej (...)”¹⁰³. Należy podkreślić, iż przytoczone zapatrywania dotyczą nie tylko znamion strony przedmiotowej, ale również strony podmiotowej czynu zabronionego. Tymczasem *de lege lata* przepisy części ogólnej polskiego kodeksu karnego w zakresie *mens rea* umożliwiają zbyt daleko idący luz interpretacyjny z uwagi na ich ogólnikowość oraz niedookreślenia wynikające z łączenia – co do zasady – postaci strony podmiotowej z całością czynu zabronionego¹⁰⁴. Brak precyzji tej regulacji – szczególnie widoczny na tle przywołanych wyżej uregulowań krajów anglosaskich – wzbudza uzasadnione wątpliwości co do jej zgodności z zasadą określoności typu czynu zabronionego¹⁰⁵. Zatem wydaje się, iż w kontekście zasady *nullum crimen sine lege certa* regulacja *mens rea* w polskim kodeksie karnym mogłaby *de lege ferenda* czerpać z precyzyjnych rozwiązań anglosaskich w tym zakresie, a nadto uwzględniać w szerszym zakresie dorobek polskiej literatury przedmiotu. W konsekwencji należałoby przeanalizować kwestię ewentualnego rozszerzenia i doprecyzowania przedmiotowego uregulowania poprzez wprowadzenie ustawowych nazw oraz definicji poszczególnych rodzajów i odmian postaci strony podmiotowej.

7. Podsumowanie

¹⁰² Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94; OTK ZU 1995, poz. 12.

¹⁰³ Wyrok TK z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, ZU OTK 2010, nr 5A, poz. 50. Należy też przywołać pogląd Trybunału Konstytucyjnego, wedle którego: „(...) jakiegokolwiek wskazanie ogólnikowe, umożliwiające daleko idącą swobodę interpretacji co do zakresu znamion czynu zabronionego czy pewnego typu kategorii zachowań, nie może być traktowane jako spełniające wymóg określoności na gruncie art. 42 ust. 1 Konstytucji. (...)” (wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, OTK ZU 2003, nr 9/A, poz. 97).

¹⁰⁴ Zob. punkt 2 niniejszego opracowania.

¹⁰⁵ Tym bardziej, że polski kodeks karny nie wyszczególnia *expressis verbis* nazw konkretnych szczegółowych postaci strony podmiotowej, co również obniża poziom określoności czynu zabronionego.

Przeprowadzona analiza prawno porównawcza potwierdza znaczące różnice pomiędzy anglosaskimi rozwiązaniami w zakresie *mens rea* – zamieszczonymi w częściach ogólnych ustaw – a ich odpowiednikiem w polskim kodeksie karnym. Po pierwsze, w porównaniu z tymi pierwszymi przepisy polskiej regulacji kodeksowej są zbyt ogólne, co może wywoływać zastrzeżenia co do ich zgodności z zasadą *nullum crimen sine lege certa*. Po drugie, liczne rozwiązania anglosaskie – w przeciwieństwie do polskich – z reguły określają postacie *mens rea* w odniesieniu do poszczególnych elementów czynu zabronionego w typie podstawowym, takich jak znamię czynnościowe, skutek, okoliczności. To zaś oznacza zróżnicowanie rozumienia danej postaci strony podmiotowej w zależności od tego, jakiego elementu czynu zabronionego ona dotyczy. Natomiast na gruncie polskiego kodeksu karnego określona postać *mens rea* w zasadzie odnosi się do całości czynu zabronionego (m.in. w przypadku przestępstw w typie podstawowym), co również obniża stopień określoności regulacji – nadto w znaczącym zakresie różni się z praktyką orzecniczą oraz zapatrywaniami doktryny prawnej. Po trzecie, polski kodeks karny nie przewiduje sytuacji, w której konkretny element przedmiotowy mógłby nie zostać objęty wymogiem określonej postaci strony podmiotowej, jak ma to miejsce np. w przypadku anglosaskiej konstrukcji *strict liability* (odpowiedzialności całkowitej). W konsekwencji postacie *mens rea* przewidziane w prawie polskim nie oddają w pełni charakteru przeżyć psychicznych jednostki ludzkiej. Odmienności anglosaskich regulacji strony podmiotowej od polskiego rozwiązania w tym zakresie wskazują na większą elastyczność tych pierwszych, które stanowią bardziej praktyczny instrument do prawnokarnej oceny stosunku psychicznego sprawcy do swego czynu.

Powyższe rozważania i spostrzeżenia dają podstawę do ewentualnego sformułowania postulatów wprowadzenia zmian w polskim kodeksie karnym. Przede wszystkim, anglosaski sposób konstruowania wymogów w zakresie *mens rea* dostarcza inspiracji do ukształtowania polskiej regulacji karnej z art. 9 §1 i 2 k.k. w taki sposób, aby postacie strony podmiotowej łączyć z poszczególnymi elementami czynu zabronionego, a nie z jego całością. Anglosaskie regulacje ustawowe dopuszczają też opcję obniżenia¹⁰⁶ lub nawet rezygnacji z wymagań *mens rea* w odniesieniu do niektórych znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego. Wydaje się, iż charakter stosunkowo nowych typów czynów zabronionych w polskim kodeksie karnym, penalizujących wyrafinowane zachowania, od-

¹⁰⁶ Odrzucenie wymogu w sferze wolicjonalnej i pozostawienie warunku jedynie w płaszczyźnie intelektualnej (świadomości).

działające na szczególną sferę dobrostanu psychicznego ofiary – takich jak, niejednokrotnie przywoływany w tym opracowaniu, *stalking* – przemawiać może za rewizją ogólnych przepisów dotyczących strony podmiotowej czynu zabronionego oraz wprowadzeniem bardziej uniwersalnej konstrukcji, zmniejszającej wymogi w tym zakresie poprzez wprowadzenie tzw. odpowiedzialności obiektywnej (typu anglosaskiej *strict liability*) w odniesieniu do pojedynczych elementów czynu zabronionego.

Warto zastanowić się nad wprowadzeniem do części ogólnej polskiego kodeksu karnego nowej postaci *mens rea* opartej jedynie na świadomości sprawcy, wzorując się m.in. na anglosaskiej konstrukcji *knowledge*. Tego rodzaju znamię strony podmiotowej mogłoby bowiem stanowić podstawę do uregulowania w ogólnych przepisach polskiego kodeksu karnego strony podmiotowej tzw. przestępstwa nieuchronnego. Należałoby też – w kontekście rozwiązań anglosaskich – ponownie przeanalizować kwestię ewentualnego wprowadzenia do ww. kodeksu warunku znacznego (wysokiego) prawdopodobieństwa jako przesłanki przyjęcia zamiaru ewentualnego.

Bibliografia

1. Andrejew I., Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw, Warszawa 1978.
2. Andrejew I., Ustawowe znamiona przestępstwa, Warszawa 1959.
3. Bieńkowska E., Kunicka-Michalska B., Rejman G. (red.), Wojciechowska J., Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 1999.
4. Bojarski M. (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna, wyd. 1, Warszawa 2004.
5. Bojarski T. (red.), Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII, LEX 2016.
6. Coffey G., Codifying the Meaning of 'Intention' in the Criminal Law, *Journal of Criminal Law*. Oct2009, vol. 73 Issue 5, p396, DOI: 10.1350/jcla.2009.73.5.590, EBSCOhost, dostęp 11 maja 2016 r.
7. Fletcher G. P., *Rethinking Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 2000.
8. Frankowski S., *Przestępstwa kierunkowe w teorii i praktyce*, Warszawa 1970.
9. Giezek J., *Kodeks Karny. Część ogólna, Komentarz, Tom I (art. 1–31)*, Kolonia Ltd 2000.
10. Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego (Monografia)*, LEX 2013.

11. Gimbut A., *Następstwa czynu od których zależy wyższa karalność w prawie polskim – na tle porównawczym*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1966.
12. Government of Canada, Department of Justice, *A Handbook for Police and Crown Prosecutors on Criminal Harassment, PART 3: The Law*; <http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/cj-jp/fv-vf/har/part3.html>, dostęp 7 listopada 2017 r.
13. Indeck K., Liszewska A., *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002.
14. Król-Bogomilska M., *„Formy winy” w prawie karnym w świetle psychologii*, Warszawa 1991.
15. Marek A., *Prawo karne*, wyd. 4, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, 2003.
16. Nawrocki M., *Strona podmiotowa przestępstwa kierunkowego*, *Ius Novum* 2017, nr 3, vol. 11.
17. Ożga E., *The Great Dictionary of Law and Economics. English-Polish*, Warszawa 2006.
18. Przesławski T., (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, R. Stefański (red.), Warszawa 2017, wyd. 20, Legalis, komentarz do art. 8 i 9.
19. Przesławski T., *Psychika, czyn, wina*, Warszawa: Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2008.
20. PWN OXFORD. *Wielki Słownik Angielsko-Polski*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2006.
21. Reid K., *Strict Liability: Some Principles for Parliament*, *Statute Law Review*. Oct2008, Vol. 29 Issue 3, p173, DOI: 10.1093/slr/hmn014, *Political Science Complete*, EBSCOhost (dostęp 9 maja 2016 r.).
22. Rejman G., *Teorie i formy winy w prawie karnym*, Warszawa 1980.
23. Sampsell-Jones T., *Mens Rea in Minnesota and the Model Penal Code*, *William Mitchell Law Review*, 2013, vol. 39 Issue 5, p1460, Publisher: William Mitchell College of Law.
24. Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1973.

Orzecznictwo

1. Wyrok SA w Lublinie z dnia 13 września 2012 r., sygn. II AKa 206/12, <http://orzeczenia.lublin.sa.gov.pl/>, dostęp 29 listopada 2017 r.

2. Wyrok SA Wrocławiu z dnia 18 czerwca 2014 r., sygn. II AKa 158/14, <http://orzeczenia.wroclaw.sa.gov.pl/>, dostęp 30 listopada 2017 r.
3. Orzeczenie TK z dnia 26 kwietnia 1995 r., sygn. K 11/94; OTK ZU 1995, poz. 12.
4. Wyrok TK z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn. SK 52/08, OTK ZU nr 5A/2010, poz. 50.
5. Wyrok TK z dnia 13 maja 2008 r., sygn. P 50/07, OTK ZU nr 4A/2008, poz. 58.
6. Wyrok TK z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. SK 22/02, OTK ZU nr 9A/2003, poz. 97.
7. Orzeczenie Sądu Najwyższego Kanady (*Supreme Court of Canada*) z dnia 17.01.2014 r. w sprawie R. v MacDonald, (2014) 1 SCR 37, 2014 SCC 3 (CanLII).
8. Orzeczenie Sądu Najwyższego Kanady (*Supreme Court of Canada*) z dnia 17 maja 2013 r. w sprawie R. v. A.D.H., (2013) 2 SCR 269, 2013 SCC 28 (CanLII).
9. Orzeczenie Izby Lordów Zjednoczonego Królestwa (Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej) (*United Kingdom House of Lords*) z dnia 21 marca 1974 r. w sprawie Hyam v DPP (1974) UKHL 2, (1975) AC 55.

Specificity of *mens rea* regulations in the Polish Penal Code as compared to Anglo-Saxon legislation

Abstract

This paper presents differences between general statutory regulations pertaining to mens rea (culpability) requirements in Anglo-Saxon countries, and equivalent regulations in the Polish Penal Code. Seen through comparison with Anglo-Saxon equivalents, a vague nature of the Polish regulation is emphasized, with doubts as to the compliance thereof with the principle of nullum crimen sine lege certa expressed. The fact is highlighted that statutory mental elements (mens rea requirements) in Anglo-Saxon legal regulations are often related to particular physical (material) elements of a prohibited act, whereas general provisions of the Polish Criminal Code basically link such elements to a prohibited act as a whole. In contrast to Polish regulations, Anglo-Saxon legislation often

dispenses with a mental element in relation to some physical elements, introducing e.g. strict liability. On the basis of a comparative analysis, de lege ferenda proposals are formulated, demanding, inter alia, that Polish mens rea legislation should be clarified, the general part of the Penal Code should be extended to include culpability based solely on knowledge, or, alternatively, statutory names of particular kinds of culpability (mental elements) should be introduced and defined in relation to particular material elements, and mens rea requirements should be eliminated with respect to some physical elements. The introduction of the requirement of substantial probability within the scope of the concept of dolus eventus is deemed to deserve reconsideration.

Agnieszka Baj

Udział stron w niepowtarzalnych czynnościach dowodowych postępowania przygotowawczego

Streszczenie

Przedmiotem niniejszego opracowania jest analiza instytucji udziału podejrzanego i pokrzywdzonego w czynnościach dowodowych na etapie postępowania przygotowawczego ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki czynności niepowtarzalnych. Autorka wyróżniła niepowtarzalne czynności dowodowe przeprowadzane przez organy postępowania przygotowawczego i przez sąd oraz tzw. czynności dowodowe niecierpiące zwłoki.

Z postępowaniem przygotowawczym w polskim procesie karnym silnie związana jest zasada śledcza (inkwizycyjności). Dominującej roli tej zasady w śledztwie (dochodzeniu) należy upatrywać w zadaniach, jakie spoczywają na organach tego postępowania. Ich rolą nie jest rozstrzygnięcie sporu procesowego, lecz zbadanie, czy istnieją podstawy do kontynuowania go przed sądem¹. Kluczowe dla realizacji zasady inkwizycyjności jest również to, że podejrzany i pokrzywdzony nie dysponują wystarczającymi instrumentami, aby walczyć o korzystne dla siebie rozstrzygnięcia. O ile ustawodawca dopuścił ich do udziału w pewnych dowodowych czynnościach procesowych, to jednocześnie przewidział znaczne koncesje na rzecz ograniczenia tego udziału. Przedmiotem poniższych rozważań jest problematyka tych wyjątkowych sytuacji, kiedy to strony postępowania przygotowawczego mogą uczestniczyć w niepowtarzalnych czynnościach dowodowych. Czynnościami niepowtarzalnymi są czynności, których nie będzie można powtórzyć na rozprawie. Dotyczy to głównie czynności dowodowych, przy których z uwagi na obawę utraty źródła dowodowego albo możliwość jego przekształcenia, ze względu np. na upływ czasu, istnieje niebezpieczeństwo, że w przyszłości ich

¹ P. Hofmański, Zasady procesu karnego, (w:) System prawa karnego procesowego, pod red. nauk. P. Wilińskiego, Warszawa 2014, t. III, cz. 1, s. 639.

przeprowadzenie będzie niemożliwe albo bezcelowe². Obawa ta musi być realna, a nie tylko potencjalna³. Niektóre z czynności mają jednocześnie charakter niecierpiących zwłoki i będą podejmowane w ramach dochodzenia w niezbędnym zakresie (art. 308 § 1 k.p.k.). Czynności dokonane w trybie art. 308 i 316 k.p.k. stanowią integralną część postępowania przygotowawczego. Ich istnienie podyktowane jest potrzebami praktyki ścigania karnego, a zapewnienie udziału stron procesowych w istotny sposób rzutuje na sprawność postępowania przygotowawczego.

1. Udział stron w niepowtarzalnych czynnościach dowodowych przeprowadzanych przez organy postępowania przygotowawczego

Ustawodawca w art. 316 § 1 k.p.k. posługuje się terminem „czynności śledztwa” w stosunku do czynności niepowtarzalnych. Pojęcie to należy odnieść wyłącznie do czynności dowodowych⁴.

Do czynności niepowtarzalnych w piśmiennictwie zalicza się najczęściej:

- a) przesłuchanie osoby *in articulo mortis* lub cierpiącej na chorobę mogącą wywołać patologiczne zmiany w psychice, czy też wyjeżdżającej na stałe lub na dłuższy pobyt za granicę, zwłaszcza do kraju, z którym Polskę nie wiążą umowy w zakresie pomocy prawnej,
- b) konfrontację i okazanie rzeczy lub osoby, które wprawdzie mogą być powtórzone, ale liczyć się należy z tym, że zmiany zachodzące w psychice ludzkiej w miarę upływu czasu rzutują na późniejsze okazanie czy konfrontację i czynią powtórzenie mniej wartościowym,
- c) sekcję zwłok, ekshumację i oględziny ciała,
- d) oględziny miejsca zdarzenia i eksperyment, zwłaszcza gdy utrwała się lub ujawnia ślady i dowody o charakterze zanikowym,
- e) kontrolę zeznań i wyjaśnień na miejscu zdarzenia, gdyż z zasady sposobu reakcji, zachowania się i stanu emocjonalnego nie można powtórzyć przed sądem,
- f) pobranie próby krwi i wydzielin,

² S. Waltoś, Istota i zakres uprawnień podejrzanego, pokrzywdzonego i ich zastępców w niepowtarzalnych czynnościach śledczych i dochodczych, Pal. 1969, nr 9, s. 10–11.

³ R. A. Stefański, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 1998, s. 86.

⁴ S. Wyciszczak, Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako integralna część postępowania przygotowawczego, PiP 1970, nr 12, s. 962.

g) przeszukanie pomieszczeń i osób oraz oględziny rzeczy, gdyż istnieje niebezpieczeństwo, że z uwagi na działania osób zainteresowanych lub czynników od człowieka niezależnych, mogą zaistnieć zmiany nieodwracalne, które uczynią późniejszą czynność bezprzedmiotową⁵. Ocenę, czy mamy do czynienia z czynnością niepowtarzalną należy dokonywać w stosunku do rozprawy. Nie traci ona charakteru niepowtarzalności, także wówczas, gdy jest możliwe jej kilkukrotne przeprowadzenie w ramach śledztwa (dochodzenia).

Organy postępowania przygotowawczego mają obowiązek zawiadomienia podejrzanego, pokrzywdzonego, ich przedstawicieli ustawowych, a obrońcę i pełnomocnika, jeżeli są w sprawie ustanowieni, o terminie, miejscu i rodzaju czynności procesowej. Przedstawicielami ustawowymi są: rodzice dziecka pozostającego pod ich władzą rodzicielską (art. 98 § 1 k.r.o.), opiekun małoletniego (art. 145 § 1 i art. 155 § 1 k.r.o.) i osoby ubezwłasnowolnionej całkowicie lub częściowo (art. 175 k.r.o.), kurator osoby ubezwłasnowolnionej częściowo, jeżeli został powołany do jej reprezentowania (art. 181 k.r.o.), kurator zastępujący przedstawiciela ustawowego w sytuacji, gdy ten ostatni nie może działać (art. 99, art. 147 i art. 157 k.r.o.)⁶. Przedstawiciele ustawowi mogą uczestniczyć w czynności, gdy podejrzany lub pokrzywdzony jest osobą znajdującą się pod ich opieką lub kuratelą. Uprawnienie obrońcy lub pełnomocnika jest ograniczone do sytuacji, gdy zostali ustanowieni. Jeśli zachodzi wypadek obrony obowiązkowej, a podejrzany nie ma obrońcy, organ procesowy powinien powstrzymać się od dokonania czynności niepowtarzalnej, gdy jest to możliwe, do czasu wyznaczenia mu obrońcy. Dopuszczalne jest przeprowadzenie czynności, gdy oczekiwanie na wyznaczenie obrońcy może doprowadzić do utraty lub zniekształcenia dowodu. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 2 lipca 2003 r.⁷: „Osoba, w stosunku do której nie wydano postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ani nie przesłuchano jej w charakterze podejrzanego po uprzednim poinformowaniu jej o treści zarzutu, może być jedynie tzw. osobą podejrzaną, niekorzystającą z uprawnień, które przysługują podejrzanemu, jako stronie procesowej”.

⁵ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz, Warszawa 2008, s. 675.

⁶ R. A. Stefański, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, tom II, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 1998, s. 87.

⁷ Postanowienie SN z dnia 2 lipca 2003 r. (sygn. II KK 268/02), LEX nr 80294; por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 września 2015 r. (sygn. II AKa 268/15); wyrok SN z dnia 2 września 2016 r. (sygn. III KK 97/16).

Odmienne stanowisko prezentuje A. Taracha⁸, jego zdaniem: „W każdym (...) konkretnym wypadku (oceniając odmowę dopuszczenia do udziału w czynnościach śledztwa na podstawie art. 316 § 1 k.p.k.) należałoby ustalić, czy nieprzedstawienie zarzutu podejrzanemu nie jest przejawem „nadużycia prawa” w formie bezpodstawnego zaniechania realizacji obowiązku procesowego, jakim jest obowiązek przedstawienia zarzutu w sytuacji uzasadniającej tego rodzaju decyzję. (...) Moment, w którym należy przedstawić zarzuty podejrzanemu nie zależy od dowolnego uznania prokuratora, a wynika z uregulowań ustawowych i spełnia doniosłą rolę gwarancyjną. Prowadzący postępowanie ma obowiązek sporządzić postanowienie o przedstawieniu zarzutów i niezwłocznie ogłosić je podejrzanemu oraz przesłuchać go, jeżeli istnieją dane uzasadniające dostateczne podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba (art. 311 § 1 k.p.k.)”.

Dopuszczenie stron do udziału w czynności winno nastąpić z urzędu, bez odrębnego żądania z ich strony⁹. Nadto, jest to niezależne od zamia-

⁸ Zdaniem A. T a r a c h a: „Wydaje się, że w wielu sytuacjach procesowych względy gwarancyjne powinny skłaniać organ procesowy do dopuszczenia do udziału w czynnościach niepowtarzalnych także tych uczestników postępowania, którzy nie mają jeszcze formalnego statusu (podejrzanego lub pokrzywdzonego), o ile nie ulega wątpliwości, że taki status uzyskają w przyszłości. Na przykład może to mieć miejsce w toku czynności podejmowanych „w niezbędnym zakresie” (art. 308 k.p.k.). Konstrukcja przepisu art. 316 k.p.k. dopuszczająca do udziału w czynności niepowtarzalnej obie strony tj. podejrzanego i pokrzywdzonego, pozwala na uniknięcie trudności z natychmiastowym rozstrzygnięciem, kto w jakiej roli występuje. Jest to szczególnie istotne w sytuacjach, gdy organ procesowy nie wie jeszcze, kto z uczestników zdarzenia przestępnego jest podejrzanym, a kto pokrzywdzonym. Z taką sytuacją możemy mieć do czynienia np. podczas oględzin miejsca wypadku drogowego, przeprowadzanych najczęściej w trybie art. 308 k.p.k. W momencie oględzin organ przeprowadzający tę czynność często nie dysponuje tak obfitym czy jednoznacznym materiałem dowodowym, aby mógł rozstrzygnąć, kto jest podejrzanym, a kto pokrzywdzonym. Zrównanie przy czynnościach niepowtarzalnych uprawnień podejrzanego i pokrzywdzonego pozwala realizować dyspozycję art. 316 k.p.k. bez kategorię rozstrzygnięcia, kto jest podejrzanym, a kto pokrzywdzonym. W sytuacji, gdy nie sposób w początkowej fazie postępowania określić, kto w przyszłości wystąpi w roli podejrzanego, a kto w roli pokrzywdzonego są do wyboru jedynie dwa rozwiązania: można albo dopuścić do udziału w czynności obie osoby (potencjalne strony), albo nie dopuścić żadnej. Niedopuszczenie żadnej z osób, oznaczałoby, że co najmniej pokrzywdzony zostałby pozbawiony swych uprawnień wynikających z art. 316 k.p.k., gdyż do osiągnięcia statusu pokrzywdzonego (przysługujących mu uprawnień) na etapie postępowania przygotowawczego nie jest konieczna żadna formalna decyzja procesowa (odmiennie niż w przypadku podejrzanego), a status procesowy pokrzywdzonego uzyskuje się z mocy prawa z chwilą jego ujawnienia”; A. T a r a c h a, Glosa do postanowienia SN z dnia 2 lipca 2003 r. (sygn. II KK 268/02), WPP 2006, nr 1, poz. 156.

⁹ Prowadzący śledztwo powinien dopuścić strony postępowania do udziału w czynności, której nie będzie można powtórzyć na rozprawie głównej (art. 272 § 1 d. k.p.k. z 1969 r. i art. 316 § 1 k.p.k.). Za czynność taką należy uznać oględziny rzeczy, jeżeli ma być ona oddana uprawionemu (art. 199 d. k.p.k. z 1969 r.), wymontowanie z niej elementów dla posłużenia

ru strony wzięcia udziału w czynności. Za nieuprawnione należy uznać uzależnienie realizacji obowiązku zawiadomienia od wyrażenia przez stronę woli wzięcia udziału w czynności z art. 316 § 1 k.p.k.¹⁰ Zdaniem B. Gronowskiej zagwarantowanie stronom szerokiego dostępu do czynności niepowtarzalnych sprawia, że czynności te stanowią „antycypację rozprawy”¹¹. Przeprowadzenie czynności niepowtarzalnej wymaga zawiadomienia osób wskazanych w art. 316 § 1 k.p.k. Zawiadomienie to może nastąpić poprzez instytucję tzw. doręczenia bezpośredniego, która oznacza doręczenie przesyłki bezpośrednio adresatowi (art. 132 § 1 k.p.k.) lub w razie jego chwilowej nieobecności w mieszkaniu – dorostemu domownikowi, który podejmie się oddać ją uprawnionemu (art. 132 § 2 k.p.k.). Jeśli adresat nie jest osobą fizyczną lub występuje jako obrońca czy też pełnomocnik, doręczenie pisma następuje w jego biurze – osobie tam zatrudnionej (art. 134 § 3 k.p.k.). Doręczenie zastępcze (art. 133 § 1 i 2 k.p.k.) stosuje się w przypadku, gdy doręczenie w trybie art. 132 k.p.k. nie jest możliwe. Doręczenie pośrednie (art. 134 § 1 i 2, art. 133 § 3 k.p.k.) następuje, gdy pismo doręczane jest za pośrednictwem przełożonego. Różnie kształtują się daty, które oznaczają, że pismo zostało doręczone. W doręczeniu bezpośrednim datą doręczenia pisma jest data jego odbioru. W przypadku doręczenia pośredniego jest to data przyjęcia pisma przez podmiot doręczający. W doręczeniu zastępczym zaś pismo uważa się za doręczone, gdy adresat odebrał pismo w terminie 7 dni od pozostawienia informacji o przesyłce lub, w przypadku nieodebrania pisma, w dacie upływu drugiego terminu zawiadomienia o pozostawieniu pisma. Rozwiązania te mogą okazać się jednak nieefektywne w przypadku konieczności jak najszybszego zawiadomienia o terminie czynności. Presja upływającego czasu może skutkować tym, że organ procesowy zmuszony będzie skorzystać z innej – szybszej formy doręczenia zawiadomienia o miejscu i czasie czynności procesowej.

Rozwiązanie takie ustawodawca przewidział w art. 132 § 3 k.p.k., który dopuszcza zawiadomienie telefoniczne albo w inny sposób stosownie

się nimi w celach dowodowych itp. Jeśli więc osoby te żądają udziału w czynności, należy je zawiadomić o jej miejscu i terminie, a w razie braku doręczenia zawiadomienia czynność odroczyć (art. 102 § 1–3 d. k.p.k. z 1969 r. i art. 117 § 1–2 k.p.k.). Uchybienie temu może mieć wpływ na wynik sprawy, bo pozbawia stronę możliwości wykazania zarzutów zgłaszanych do stanu dowodu rzeczowego, wyrok SA w Krakowie z dnia 3 września 1998 r. (sygn. II AKa 155/98), KZS 1998, nr 10, poz. 29, Lex 35256.

¹⁰ SA w Krakowie w wyroku z dnia 3 września 1998 r. (sygn. II AKa 155/98), KZS 1998, nr 10, poz. 29, wyraził jednoznaczne stanowisko, że zależność pomiędzy zamiarem uczestnictwa w czynności, a obowiązkiem organu procesowego zawiadomienia o niej, nie występuje.

¹¹ B. Gronowska, Ochrona uprawnień pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym. Zagadnienia karnoprocesowe i wiktymologiczne, Toruń 1989, s. 82.

do okoliczności, pozostawiając w aktach odpis nadanego komunikatu z podpisem osoby nadającej. Przewidziano również posłużenie się przez organy ścigania pocztą elektroniczną. Dowodem doręczenia pisma nie jest potwierdzenie otrzymania korespondencji przez adresata, ale potwierdzenie transmisji danych (art. 132 § 3 k.p.k.). Doręczenie za pośrednictwem poczty elektronicznej jest również postacią doręczenia bezpośredniego.

Nadto, regulacja art. 137 k.p.k., w wypadku niecierpiącym zwłoki umożliwia wezwanie lub zawiadomienie osoby telefonicznie lub w inny sposób stosownie do okoliczności. Takiego doręczenia można dokonać tylko w wypadku niecierpiącym zwłoki, a więc spowodowanym okolicznościami, na które organ procesowy nie miał wpływu, co sprawia, że ta instytucja prawna nie może być wykorzystana w przypadku, gdy zwłoka została spowodowana przez ten organ¹². Potwierdzeniem takiego doręczenia będzie pozostawienie w aktach sprawy odpisu nadanej wiadomości elektronicznej z podpisem osoby nadającej.

Ustawa z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne¹³ przewiduje, że: „organy władzy publicznej powinny zapewnić powszechny dostęp *online* do informacji publicznych oraz umożliwić obywatelom i innym zainteresowanym podmiotom załatwianie swoich spraw z zakresu administracji publicznej w sposób interaktywny, za pośrednictwem systemów teleinformatycznych”. Zdaniem A. Baworowskiego posłużenie się przez ustawodawcę w art. 1 pkt 6 pojęciem „wymiana informacji drogą elektroniczną, w tym dokumentów elektronicznych (...)”, oznacza również przyjmowanie i doręczanie informacji pomiędzy korespondującymi¹⁴. Umożliwienie organom procesowym doręczania pism uczestnikom postępowania poprzez pocztę elektroniczną jest zasadne m.in. ze względu na ekonomikę postępowania. Presja wpływającego czasu jest szczególnie odczuwalna w przypadku czynności niepowtarzalnych. Warunkiem skorzystania przez organ procesowy z możliwości doręczenia elektronicznego jest wiedza o adresie poczty elektronicznej uczestnika postępowania. Za wystarczającą należy uznać okoliczność wskazania przez podmioty uprawnione

¹² J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Warszawa 2003, s. 696.

¹³ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 570 z dnia 17 marca 2017 r.

¹⁴ A. Baworowski, Doręczenia elektroniczne w toku postępowania przygotowawczego, Prok. i Pr. 2007, nr 11, s. 34, por. S. Steinborn, J. Grajewski, K. Papke-Olszaukas, K. Woźniowski, O tak zwanym upraszczaniu procesu karnego, (w:) Węzłowe problemy procesu karnego, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2010, s. 722.

adresu elektronicznego. Zbędnym wydaje się wyrażanie przez nie zgody na taki sposób doręczania korespondencji. Strony, obrońcy, pełnomocnicy powinni posiadać jednak wiedzę, że korespondencja może zostać im doręczona także w formie elektronicznej oraz o konsekwencjach wynikających z art. 132 § 3 k.p.k., w szczególności o fakcie, iż bez znaczenia dla prawidłowości doręczenia jest fakt nieodczytania wiadomości przez adresata¹⁵. W razie braku dowodu doręczenia zawiadomienia czynność wskazaną w art. 316 § 1 k.p.k. należy przeprowadzić.

Konsekwencją zawiadomienia uczestników postępowania jest obowiązek dopuszczenia ich do udziału w czynności niepowtarzalnej. Organ nie wydaje w tym przedmiocie żadnej decyzji o dopuszczeniu; nie ma możliwości odmowy udziału w czynności. Prowadzący postępowanie nie może też ograniczyć żadnego z uprawnionych podmiotów w korzystaniu z prawa aktywnego uczestnictwa. Nie podejmuje również żadnych decyzji co do tego, czy i które spośród wymienionych osób dopuścić do czynności. Jeśli strona, której nie zawiadomiono o planowanej czynności znajdzie się w miejscu i czasie jej przeprowadzenia i zażąda dopuszczenia, obowiązkiem organu jest dopuścić ją do udziału w czynności. Ustawa nie wprowadziła prawa strony do złożenia zażalenia na odmowę dopuszczenia do udziału w czynności niepowtarzalnej. Wynika to z faktu, że dopuszczenie strony jest obowiązkiem organu prowadzącego postępowanie. Ustawodawca nie przewidział po stronie organu procesowego uprawnienia do niedopuszczenia uprawnionego uczestnika do udziału w czynności niepowtarzalnej, a jedynie możliwość przeprowadzenia jej pod jego nieobecność. Nie znajduje zastosowania w przedmiotowych warunkach art. 117 § 2 k.p.k. statuujący zakaz przeprowadzania czynności, w przypadku niestawiennictwa uprawnionego, gdy brak jest dowodu, że został o niej prawidłowo powiadomiony, oraz jeżeli niestawiennictwo wynikało z przyczyn wyjątkowych lub osoba uprawniona należycie je usprawiedliwiła.

Odmowa dopuszczenia, gdy zdaniem organu czynność nie ma charakteru niepowtarzalnego wymaga wydania postanowienia. Jak słusznie wskazuje R. Ponikowski¹⁶ nie jest to decyzja wskazana w art. 459 w zw. z art. 456 i 466 k.p.k. Nie będzie miał również zastosowania art. 302 § 2 k.p.k. W przypadku gdy w toku dalszego postępowania okaże się, że

¹⁵ J. Grajewski, L. K. Paprzycki, M. Płachta, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Kraków 2003, s. 361.

¹⁶ R. Ponikowski, (w:) *Jawność procesu karnego*, pod red. J. Skorpki, Warszawa 2012, s. 192.

czynność miała charakter niepowtarzalny, strona będzie mogła podnosić fakt rażącego naruszenia jej prawa procesowego.

Udział osób uprawnionych w czynnościach niepowtarzalnych może polegać nie tylko na biernym uczestnictwie, ale również na składaniu w ich toku wniosków i innych oświadczeń oraz zadawaniu pytań osobom przesłuchiwanym.

Zastanowić się należy, czy w przypadku niebezpieczeństwa utraty lub zniekształcenia dowodu w razie zwłoki organy prowadzące postępowanie są zwolnione również z obowiązku zawiadomienia osób uprawnionych o dokonaniu czynności. Zdaniem T. Tarasa organ ma taki obowiązek¹⁷. Podobnego zdania jest T. Grzegorzczak, który prezentuje pogląd, że organ prowadzący postępowanie jest zwolniony z obowiązku zawiadomienia podejrzanego i jego obrońcy o zamiarze przeprowadzenia czynności określonych w art. 316 § 1 k.p.k. tylko wtedy, gdy taki sposób zawiadomienia grozi niebezpieczeństwem zwłoki¹⁸. Zasadne byłoby wówczas wydanie zarządzenia o odmowie dopuszczenia pokrzywdzonego do udziału w czynności niepowtarzalnej (art. 93 § 2 i § 3 k.p.k.). Na zasadzie art. 99 § 2, 459 § 1 i 2 w zw. z art. 466 § 1 k.p.k. zarządzenie to nie wymaga uzasadnienia i nie podlega zaskarżeniu. Strona ma wówczas prawo dostępu do protokołów z czynności, stosownie do art. 157 § 3 k.p.k.

Podejrzanego pozbawionego wolności nie sprowadza się, gdy zwłoka grozi utratą lub zniekształceniem dowodu (art. 316 § 2 k.p.k.). P. K. Sowiński postuluje, aby takiego podejrzanego powiadomić o terminie i miejscu czynności niepowtarzalnej oraz istnieniu przeszkody wskazanej w tym przepisie¹⁹. Powyższe nie dotyczy pokrzywdzonego pozbawionego wolności. W doktrynie podkreśla się, że możliwość niesprowadzenia odnosi się także do pokrzywdzonego, wychodząc z założenia, że skoro ustawa wprowadza ograniczenia udziału strony stojącej pod zarzutem popełnienia przestępstwa, to tym bardziej dopuszcza takie ograniczenie po stronie pokrzywdzonego, zwłaszcza że podstawa merytoryczna tego ograniczenia pozostaje tożsama²⁰. Stanowisko to jest racjonalne przede

¹⁷ T. Taras, Krok naprzód w kierunku kontrydiktoryjności postępowania przygotowawczego w projekcie kodeksu postępowania karnego, *Pal.* 1969, nr 3, s. 7–8.

¹⁸ T. Grzegorzczak, *Obrońca w postępowaniu przygotowawczym*, Łódź 1988, s. 192.

¹⁹ P. K. Sowiński, *Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony. Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych*, Rzeszów 2012, s. 358.

²⁰ M. Wąsek-Wiaderek, *Zasada równości stron w polskim procesie karnym w perspektywie prawno-porównawczej*, Kraków 2003, s. 213; odmiennie R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 1998, s. 87.

wszystkim z tego względu, że intencją ustawodawcy była ochrona dowodu przed utratą lub zniekształceniem. Pokrzywdzonego pozbawionego wolności należy sprowadzić, gdy zwłoka nie zagraża utratą lub zniekształceniem dowodu.

Zgodzić się należy z P. K. Sowińskim²¹, że nawet w przypadku czynności niepowtarzalnych z art. 316 § 1 k.p.k., podejrzany nie ma zapewnionej nietykalności w razie podjęcia próby ich „spacyfikowania”. Charakter czynności, który uniemożliwia jej przeprowadzenie w innym miejscu i czasie, wymaga podjęcia takich działań, aby było możliwe zabezpieczenie materiału dowodowego. Stąd wydalenie podejrzanego na podstawie *per analogiam* przepisu art. 375 k.p.k. należy uznać za w pełni zasadne. W przeciwnym wypadku podejrzany działając w poczuciu bezkarności mógłby unicestwić przeprowadzenie czynności. Odmienne stanowisko prezentuje K. Dudka, która uznaje za niedopuszczalne stosowanie instytucji z art. 375 k.p.k., jeżeli mogłoby to prowadzić do pogorszenia sytuacji uprawnionego do udziału w czynności²². Nie jest możliwe zastosowanie przedmiotowego środka w stosunku do pokrzywdzonego. Jeśli zachowuje się on w sposób naruszający powagę, spokój lub porządek publiczny czynności sądowych (pomimo uprzedzenia o skutkach prawnych swego zachowania), decyzję o usunięciu podejmuje sąd (art. 48 § 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych²³).

2. Udział stron w niepowtarzalnych czynnościach dowodowych przeprowadzanych przez sąd

Czynność przesłuchania świadka w toku postępowania przygotowawczego przez sąd została ograniczona do wypadków, gdy nie będzie można jej przeprowadzić na rozprawie. Na ogół dotyczy to istnienia uzasadnionej obawy, że świadek nie dożyje rozprawy albo nie będzie mógł się na nią stawić z powodu przebywania za granicą lub z innych niedających się usunąć przeszkód, albo czasowo przebywa w naszym kraju i istnieje prawdopodobieństwo, że nie przyjedzie na rozprawę. Czynność przesłuchania przeprowadza sąd. Ustawodawca nie wprowadził instytucji sędziego śledczego, jako prowadzącego postępowanie przygotowawcze, ani też przeprowadzającego czynności dowodowe wzorem d. k.p.k.

²¹ P. K. Sowiński, (w:) Gwarancje praw pokrzywdzonych w postępowaniach szczególnych, pod red. D. Gila, Warszawa 2012, s. 56.

²² K. Dudka, Skuteczność instrumentów ochrony praw pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym w świetle badań empirycznych, Lublin 2006, s. 123.

²³ Dz. U. z 2018 r., poz. 23.

z 1928 r. Reaktywacja tego rozwiązania nie byłaby słuszna. Obecnie rola sądu w postępowaniu przygotowawczym przejawia się w trzech płaszczyznach²⁴:

- 1) w bezpośrednim podejmowaniu decyzji procesowych, które są wynikiem uprzedniej kontroli postępowania przygotowawczego pod względem prawnym i merytorycznym,
- 2) w sprawowaniu kontroli instancyjnej w odniesieniu do niektórych decyzji organów postępowania przygotowawczego, a więc badaniu tych decyzji od strony prawidłowości i wszechstronności wyników śledztwa i dochodzenia,
- 3) w podejmowaniu określonych czynności procesowych (dowodowych) zastrzeżonych dla sądu – następcza kontrola w ramach stadium jurysdykcyjnego.

Czynnościami decyzyjnymi sądu są:

- 1) wydanie zezwolenia na przesłuchanie osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy adwokackiej, lekarskiej, dziennikarskiej, notarialnej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, statystycznej oraz tajemnicy Prokuraturii Generalnej (art. 180 § 2 k.p.k.);
- 2) orzeczenie badania psychiatrycznego podejrzanego połączonego z obserwacją w zakładzie leczniczym (art. 203 § 2 k.p.k.);
- 3) zwrócenie lub zatrzymanie do celów postępowania pisma lub innego dokumentu odebranego osobie niebędącej obrońcą, co do której oświadczenia zachodzą wątpliwości dotyczące okoliczności związanych z wykonywaniem funkcji obrońcy (art. 255 § 2 k.p.k.);
- 4) zarządzenie na wniosek prokuratora kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych (art. 237 § 1 k.p.k.);
- 5) wydanie orzeczenia o zastosowaniu tymczasowego aresztowania (art. 250 § 1 k.p.k.);
- 6) orzeczenie na wniosek prokuratora o przepadku przedmiotu poręczenia lub ściągnięciu sumy poręczenia (art. 270 § 1 k.p.k.);
- 7) wydanie i odwołanie listu żelaznego (art. 283 k.p.k.);
- 8) umorzenie na wniosek prokuratora postępowania przygotowawczego z powodu niepoczytalności podejrzanego i zastosowanie środka zabezpieczającego (art. 324 k.p.k.).

²⁴ J. Grajewski, Ingerencja sądu w postępowanie przygotowawcze w świetle przepisów nowego Kodeksu postępowania karnego (zarys problematyki), (w:) Nowy kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe, pod red. E. Skrętowicz, Kraków 1998, s. 212; por. K. Malinowska-Krutul, Czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym, Prok. i Pr. 2008, nr 10, s. 74; L. Paprzycki, Sądowa kontrola postępowania przygotowawczego *de lege lata*, (w:) Konferencja. Nowy model postępowania przygotowawczego – sędzia śledczy, Warszawa 2010, s. 24.

Z kolei czynnościami kontrolnymi sądu w postępowaniu przygotowawczym są m.in. rozpoznawanie zażalenia w sprawie zachowania w tajemnicy danych osobowych świadka (art. 184 k.p.k.), w przedmiocie dowodów rzeczowych (art. 236 k.p.k.), w sprawie kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych (art. 240 k.p.k.), dotyczące środka zapobiegawczego (art. 252 § 2 k.p.k.), w przedmiocie zarządzenia zatrzymania osoby podejrzanej (art. 246 k.p.k.), o zabezpieczeniu majątkowym (art. 293 § 2 k.p.k.), na postanowienie o odmowie wszczęcia oraz umorzeniu postępowania przygotowawczego (art. 306 k.p.k.)²⁵.

Czynnościami o charakterze dowodowym są czynności przeprowadzane na zasadzie art. 316 § 3 k.p.k. oraz art. 185a, b i c k.p.k. (te ostatnie nie mają charakteru czynności niepowtarzalnych). Zgodnie z art. 298 § 2 k.p.k. określone w ustawie czynności w postępowaniu przygotowawczym przeprowadza sąd, są wśród nich czynności dowodowe jak np. przesłuchiwanie świadka w toku dochodzenia lub śledztwa na wniosek organu prowadzącego lub strony, gdy ma to być czynność niepowtarzalna (art. 316 § 3 k.p.k.) oraz w wypadku wskazanym w art. 185a (art. 185a § 2 k.p.k.), art. 185b i 185c k.p.k.

Sąd jest uprawniony do skorzystania z możliwości wskazanej w art. 316 § 3 k.p.k. tylko wtedy, gdy w danym przypadku przesłuchanie świadka w postępowaniu przygotowawczym może być uznane za czynność niepowtarzalną. Warunkiem dokonania czynności przez sąd jest obawa niebezpieczeństwa, że przesłuchanie świadka na rozprawie nie będzie możliwe. Ustawodawca nie wymaga graniczącego z pewnością przekonania, że czynności nie będzie można przeprowadzić na rozprawie. Niemniej obawa ta musi być wysoce realna i poparta okolicznościami poprzedzającymi czynność przesłuchania. Mogą one wynikać ze stanu chorobowego świadka, który leży na łożu śmierci lub też aktualny stan jego zdrowia pozwala przypuszczać, że może on nie dożyć rozprawy. Zasadnym jest stosowanie tej instytucji wobec osób w podeszłym wieku, a także tych, które nie przebywają na stałe w Polsce. Wskazane okoliczności są jedynie przykładowymi. Art. 316 § 3 k.p.k. ma zastosowanie w sytuacji, gdy niebezpieczeństwo nieobecności świadka na rozprawie jest realne, choć nie ma pewności, że się ziści.

Obawa mającego wystąpić niebezpieczeństwa powinna zostać uprawdopodobniona przez żądającego i podlega ocenie przez sąd, który może wniosek oddalić. Z inicjatywą przeprowadzenia czynności mogą wystąpić: organ postępowania przygotowawczego i strony, dlatego też

²⁵ M. Kurowski, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, pod red. D. Świeckiego, Warszawa 2013, s. 925–926.

nigdy inicjatywa ta nie należy do sądu, nawet w ramach prowadzonej przezeń kontroli procesowej²⁶. Skorzystanie z instytucji art. 316 § 3 k.p.k. nie będzie możliwe również wtedy, gdy sąd będzie mógł świadka przesłuchać za pośrednictwem sędziego wyznaczonego ze swego składu lub sądu wezwanego (art. 396 § 2 k.p.k.)²⁷. W przypadku uwzględnienia żądania, sąd powiadamia strony i prokuratora (art. 299 § 1 i 3 k.p.k.) o dacie i miejscu czynności niepowtarzalnej i przeprowadza ją z ich udziałem.

Wniosek o przesłuchanie świadka powinien mieć formę pisemną. Dostarczenie go do prokuratury przez stronę obliuguje organ do przekazania wniosku do sądu. Żądanie przesłuchania przez sąd może dotyczyć każdego świadka lub grupy świadków, w tym również osoby zobowiązanej do zachowania w tajemnicy informacji niejawnych, tajemnicy zawodowej lub związanej z wykonywaniem określonej funkcji. Pewne trudności pojawiają się w przypadku osób zobowiązanych do zachowania tajemnic zawodowych (art. 180 § 2 k.p.k.), gdyż warunkiem ich przesłuchania na okoliczności objęte tajemnicą jest uprzednie zwolnienie z tajemnicy, co następuje na wniosek prokuratora²⁸.

Wniosek o przesłuchanie w trybie art. 316 § 3 k.p.k. podlega ocenie, czy został złożony przez osobę uprawnioną, która uprawdopodobniła wystąpienie okoliczności, że świadka nie będzie można przesłuchać na rozprawie. Wniosek musi być złożony w toku postępowania przygotowawczego. Skierowanie przez oskarżyciela aktu oskarżenia do sądu czyni wniosek bezprzedmiotowy z punktu widzenia trybu art. 316 § 3 k.p.k.

Przesłuchanie przeprowadza na posiedzeniu sąd właściwy do rozpoznania sprawy (art. 329 § 1 k.p.k.). Udział w posiedzeniu może wziąć prokurator, pokrzywdzony oraz podejrzany. Strony mają zagwarantowane prawo do aktywnego uczestnictwa w czynności. Jak słusznie zaznacza P. K. Sowiński wątpliwości pojawią się przy wskazaniu podstawy prawnej obecności strony na posiedzeniu²⁹. W przypadku czynności zainicjowanej przez stronę, ma ona zgodnie z art. 315 § 2 k.p.k. zagwarantowane prawo do udziału w czynności, jeśli tego żąda. Odrębnie ustawodawca uregulował obecność stron w przypadku czynności niepowtarzalnych (art. 316 § 1 k.p.k.) warunkując ją niebezpieczeństwem utraty lub

²⁶ Postanowienie SA w Warszawie z dnia 16 kwietnia 1999 r. (sygn. II AKz 128/99), OSA Warszawa 1999, nr 4, poz. 16; por. K. Eichstaedt, Czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym, Warszawa 2008, s. 383.

²⁷ P. K. Sowiński, Uprawnienia składające się na prawo oskarżonego do obrony, Uwagi na tle czynności oskarżonego oraz organów procesowych, Rzeszów 2012, s. 363.

²⁸ P. K. Sowiński, *ibidem*, s. 564.

²⁹ P. K. Sowiński, *ibidem*, s. 566.

znieszczenia dowodu w razie zwłoki. Przepis ten, jako stanowiący regulację szczególną w stosunku do art. 315 § 2 k.p.k., ma zastosowanie w przypadku czynności niepowtarzalnych, niezależnie od tego, jaki organ będzie je przeprowadzał (sąd, organy postępowania przygotowawczego). Specyficzny charakter czynności związany z niebezpieczeństwem utraty lub znieszczenia dowodu uzasadnia również niesprowadzenie na przesłuchanie podejrzanego pozbawionego wolności.

Niebezpieczeństwo utraty lub znieszczenia dowodu wskutek zwłoki nie zwalnia sądu z obowiązku zawiadomienia stron o miejscu i czasie czynności. Może to być zawiadomienie telefoniczne lub w inny sposób stosownie do okoliczności (np. za pośrednictwem wiadomości typu sms lub poczty elektronicznej) i pozostawienie w aktach odpisu nadanego komunikatu z podpisem osoby nadającej. Brak dowodu doręczenia upoważnia sąd do przeprowadzenia czynności. Przesłuchanie może odbyć się również w miejscu pobytu świadka (art. 177 § 2 k.p.k.) lub też z wykorzystaniem urządzeń umożliwiających przesłuchanie na odległość (art. 177 § 1a k.p.k.). Protokoły z czynności przeprowadzonej w toku postępowania przygotowawczego mogą być odczytane na rozprawie (art. 392 k.p.k.), stąd udział stron w tej czynności ma istotne znaczenie.

W razie niebezpieczeństwa utraty lub znieszczenia dowodu w razie zwłoki czynność może odbyć się bez udziału podejrzanego i pokrzywdzonego oraz obrońcy i pełnomocnika, ale jeśli są w sprawie ustanowieni, to powinni być o niej powiadomieni. W przypadku, gdy się stawiają (nawet pomimo braku oficjalnego powiadomienia) należy ich dopuścić do udziału w czynności.

Zgodnie z art. 316 § 2 k.p.k. podejrzanego pozbawionego wolności nie sprowadza się, gdy jego sprowadzenie stworzyłoby realne niebezpieczeństwo utraty dowodu. Do udziału w przesłuchaniu należy dopuścić jego obrońcę. Regulacja art. 316 § 3 k.p.k. jest wyrazem zabezpieczenia dowodów dla postępowania jurysdykcyjnego. Czyni to zadość zasadzie kontradyktoryjności, równouprawnieniu stron i zasadzie śledczej³⁰. Przesłuchanie świadka w trybie art. 316 § 3 k.p.k. odbywa się z inicjatywy stron procesowych (pokrzywdzonego, podejrzanego), prokuratora lub

³⁰ A. L u d w i c z a k, Wpływ sądu na podstępowanie dowodowe w postępowaniu przygotowawczym, (w:) Czynności dochodzeniowo-śledcze i działania operacyjne policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym. Materiały pokonferencyjne, pod red. S. L e l e n t a ł a, J. K u d r e l k a, I. N o w i c k i e j, Szczytno 2008, s. 45; por. K. W o Ź n i e w s k i, Polecenie sądu jako forma ingerencji w postępowanie przygotowawcze (aspekty formalne), (w:) Czynności dochodzeniowo-śledcze i działania operacyjne policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym. Materiały pokonferencyjne, pod red. S. L e l e n t a ł a, J. K u d r e l k a, I. N o w i c k i e j, Szczytno 2008, s. 53 i n.

innego organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Przesłuchanie świadka w tym trybie może być w ogóle pierwszym przesłuchaniem albo kolejnym³¹. Sąd zobowiązany jest do oceny, czy przesłuchanie świadka jest czynnością niepowtarzalną. Postanowienie sądu nieuwzględniające wniosku jest niezaskarżalne.

Sąd wykonując czynności w toku postępowania przygotowawczego realizuje uprawnienie o charakterze incydentalnym. Wykonuje czynności we wnioskowanym zakresie i tylko w nim decyduje o udziale stron czy też innych uczestników postępowania. Prokuratorowi wykonującemu czynności w trybie art. 316 § 3 k.p.k. przysługuje status strony sądowych czynności postępowania przygotowawczego (art. 299 § 3 k.p.k.). Dochodzi wówczas do kumulacji roli organu procesowego oraz roli strony. Status prokuratora jako strony powyższych czynności jest konsekwencją podjęcia działań, których wynik zależy od decyzji sądu. Nie pozbawia to prokuratora jego kompetencji jako organu procesowego, a jedynie uzależnia rozstrzygnięcie danej sprawy od działania według takiego właśnie, jak przedstawiono, schematu³². Przez pewien czas prokurator traci pozycję organu kierującego postępowaniem przygotowawczym (*dominus litis*)³³.

3. Udział stron w czynnościach dowodowych niecierpiących zwłoki

Zasadą jest, że wszczęcie postępowania przygotowawczego następuje poprzez wydanie postanowienia o wszczęciu śledztwa (dochodzenia). Czynności niecierpiące zwłoki określane w literaturze także mianem czynności procesowych w niezbędnym zakresie są nieformalną postacią wszczęcia postępowania przygotowawczego. Przejawem ich odformalizowania jest brak obowiązku wydania postanowienia o wszczęciu śledztwa (dochodzenia). Wszczęcie następuje w chwilę dokonania pierwszej czynności procesowej. Instytucja ta ma zastosowanie w sytuacjach, gdy wydanie postanowienia o wszczęciu nie jest możliwe lub jest utrudnione. Planowanie czynności procesowych oraz ich zwartość czasowo-

³¹ K. Banasik, Przesłuchanie świadka przez sąd w postępowaniu przygotowawczym (art. 316 § 3 k.p.k.) w teorii i praktyce, (w:) Czynności dochodzeniowo-śledcze i działania operacyjne policji a rola sądu w postępowaniu przygotowawczym. Materiały pokonferencyjne, pod red. S. Leleñtala, J. Kudrelka, I. Nowickiej, Szczytno 2008, s. 146.

³² R. Olszewski, Role prokuratora w postępowaniu karnym, Prok. i Pr. 2014, nr 1, s. 49; por. K. Witkowska, Pozycja prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, Prok. i Pr. 2013, nr 6, s. 104.

³³ R. Olszewski, Kumulacja procesowych ról uczestników polskiego postępowania karnego, Łódź 2013, s. 213.

przestrzenna nabiera szczególnego znaczenia właśnie w przypadku czynności przeprowadzanych w trybie art. 308 k.p.k. Brak możliwości powtórzenia takich czynności w dalszych etapach postępowania karnego nakłada na organ procesowy obowiązek uwzględnienia w podejmowanych działaniach wszystkich okoliczności wymagających sprawdzenia, jak również rozstrzygnięcia o udziale w nich stron procesowych.

Podjęcie czynności niecierpiących zwłoki uruchamia (wszczyna) postępowanie przygotowawcze. Korzystanie z tej instytucji uzasadniają względy natury pragmatycznej zmierzające do zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu śledztwa (dochodzenia). Niekiedy brak jest czasu na jego wydanie, zaś zwłoka mogłaby doprowadzić do utraty, zniszczenia lub zniekształcenia śladów i dowodów przestępstwa³⁴. Na wstępie należy zaznaczyć, że przepis art. 308 k.p.k. ma charakter szczególny i nie podlega interpretacji rozszerzającej, niezbędne jest zatem przy jego stosowaniu ściśle przestrzeganie wskazanych w nim wymagań i ograniczeń³⁵. Ustawa nowelizująca z dnia 10 stycznia 2003 r.³⁶ zniósł obowiązek powiadomienia prokuratora przez Policję o podjęciu czynności w trybie art. 308 § 1 k.p.k.

Warunkiem dokonania czynności niecierpiących zwłoki jest istnienie podstaw do wszczęcia postępowania przygotowawczego, a tym samym istnienie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa, co z kolei rodzi konieczność zabezpieczenia dowodów. Wypadek niecierpiący zwłoki zachodzi, gdy każde podjęcie czynności z opóźnieniem grozi realną utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem śladów lub dowodów. Niedopuszczalne jest podjęcie czynności w trybie art. 308 k.p.k., gdy jest oczywiste, że przestępstwa nie popełniono lub podejrzenie jego popełnienia nie jest dostatecznie uzasadnione albo zachodzi okoliczność wyłączająca ściganie. Wątpliwości pojawiają się w przypadku czynności w sprawach o przestępstwa ścigane na wniosek przed uzyskaniem wnio-

³⁴ R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, t. II, Warszawa 1998, s. 54.

³⁵ Wyrok SN z dnia 5 listopada 1999 r. (sygn. V KKN 440/99), OSNKW 1999 r., nr 11–12, poz. 76; por. M. Kowalski, Czynności w niezbędnym zakresie w postępowaniu karnym, Prok. i Pr. 2003, nr 1, s. 33 i n.

³⁶ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155).

sku. Zdaniem R.A. Stefańskiego³⁷ czynności te mogą być podejmowane mimo braku wniosku jedynie wówczas, gdy organ ścigania nie ma możliwości uzyskania od osoby uprawnionej do złożenia wniosku oświadczenia, że taki wniosek składa lub odmawia jego złożenia, a jednocześnie występuje konieczność zabezpieczenia śladów i dowodów przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem w sytuacji niecierpiącej zwłoki.

Czynności niecierpiące zwłoki przeprowadza się w granicach koniecznych dla zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem. Obawa ta musi być realna. Nie jest wystarczające potencjalne niebezpieczeństwo utraty, zniekształcenia lub zniszczenia śladów, czy też dowodów. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Łodzi przyjąć należy, że obawa zatarcia śladów lub dowodów przestępstwa może wynikać z oceny spodziewanego zachowania się osoby podejrzanej³⁸.

Okoliczność, czy w konkretnej sytuacji zachodzi „wypadek niecierpiący zwłoki” (art. 308 § 1 k.p.k.) jest sprawą ocenną, przy czym ocena ta należy do organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy organy ścigania muszą brać pod uwagę m.in. możliwość wcześniejszego porozumienia się osoby, która będzie przesłuchana ze świadkami lub innymi osobami uczestniczącymi w przestępstwie, co może grozić porozumieniem się tych osób i utrudnieniem w ten sposób dotarcia do prawdy³⁹.

Czynności niecierpiące zwłoki powinny być przeprowadzane w terminie maksymalnie 5 dni licząc od daty dokonania pierwszej czynności. Czas trwania śledztwa (dochodzenia) liczony jest od daty podjęcia pierwszej czynności. Termin 5-dniowy jest terminem instrukcyjnym, nie może być przedłużony. Jego naruszenie nie powoduje jednak bezskuteczności czynności. Można po upływie tego terminu wydać postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Błędne jest twierdzenie, że termin ten ma charakter zawity⁴⁰. Tym bardziej nie do zaakceptowania jest pogląd, że jego naru-

³⁷ R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, t. II, Warszawa 1998, s. 55.

³⁸ Wyrok SA w Łodzi z dnia 22 października 1998 r. (sygn. II AKa 125/98), Biuletyn PA w Łodzi 1999, nr 7, s. 11.

³⁹ Postanowienie SN z dnia 11 kwietnia 2012 r. (sygn. II KK 313/11), OSNKW 2012, nr 9, poz. 96, Prok. i Pr. 2012, dodatek „Orzecznictwo”, nr 12, poz. 13; por. wyrok SN z dnia 3 maja 1983 r. (sygn. I KR 74/83), OSNKW 1984, nr 3–4, poz. 35.

⁴⁰ R. A. Stefański, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, t. II, Warszawa 1998, s. 60; por. A. Kaftal, Na marginesie noweli do k.p.k. z dnia 18 czerw-

szenie powoduje z mocy samego prawa odmowę wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Po przekroczeniu terminu 5-dniowego nie można przesłuchać po raz drugi osoby w charakterze podejrzanego bez wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów⁴¹. Postanowienie o umorzeniu postępowania jest postanowieniem stwierdzającym nie tylko legalność działania organu procesowego, ale i zawierającym merytoryczną ocenę zasadności postawienia określonej osoby w stan podejrzenia.

Przeprowadzenie czynności niecierpiących zwłoki możliwe jest w każdej sprawie niezależnie od rodzaju przestępstwa. Dokonuje ich prokurator albo Policja, a w granicach wskazanych ustawą również inne organy (art. 312 k.p.k.). Zgodnie z § 123 regulaminu prokuratorskiego⁴², jeżeli zachodzi potrzeba dokonania czynności procesowych, o których mowa w art. 308 § 1 i 2 k.p.k., prokurator, jeżeli jest obecny na miejscu zdarzenia, dokonuje tych czynności osobiście lub kieruje ich przebiegiem. Przyjęta regulacja konstytuuje uprawnienie prokuratora do bezpośredniego wzięcia udziału w czynnościach z jednoczesnym nadzorem nad ich wykonaniem. Prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, przekazując jednocześnie funkcjonariuszowi Policji albo innego uprawnionego organu dokonującego czynności lub uczestniczącemu w ich dokonaniu, ustne polecenia i wytyczne.

Różnica pomiędzy czynnościami sprawdzającymi, a czynnościami niecierpiącymi zwłoki sprowadza się do istnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa w przypadku tych ostatnich. Późniejsze wydanie postanowienia o wszczęciu śledztwa (dochodzenia) nie jest aktem wszczynającym postępowanie przygotowawcze.

W toku czynności w niezbędnym zakresie dopuszczalne są wszystkie niezbędne czynności dowodowe, które przykładowo wskazano w § 1 art. 308 k.p.k. używając określenia „a zwłaszcza”. Są nimi:

- 1) oględziny, w razie potrzeby z udziałem biegłego (w wypadkach niecierpiących zwłoki powołanie biegłego może nastąpić w innej formie niż pisemne postanowienie, także np. w rozmowie telefonicznej, choć musi ono być w dalszym toku postępowania potwierdzone we właściwej formie. Opinia biegłego, zamieszczona w protokole, czy też poza

ca 1959 r., NP 1959, nr 9, s. 1032; B. Szyprowski, Postępowanie sprawdzające w procesie karnym, Prok. i Pr. 2007, nr 7–8, s. 145.

⁴¹ E. Skrętowicz, Odmowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów (z problematyki art. 276 § 2 k.p.k.), PiP 1980, nr 11, s. 11 i 27.

⁴² Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, Dz. U. z 2017 r., poz. 1206.

- protokołem, stanowi dokument w rozumieniu art. 271 § 1 k.k., a biegły jest osobą uprawnioną do jego wystawienia⁴³);
- 2) przeprowadzenie przeszukania, które może objąć pomieszczenia i inne miejsca, co do których istnieją uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że wymienione rzeczy lub osoba podejrzana tam się znajdują (art. 219 § 1 k.p.k.), a także osobę, jej odzież i podręczne przedmioty (art. 219 § 2 k.p.k.). Czynność tę przeprowadza Policja bez postanowienia prokuratora o przeszukaniu, a wyłącznie na podstawie nakazu kierownika jednostki Policji lub legitymacji służbowej (art. 217 § 3 k.p.k.). Wykluczyć należy możliwość dokonania tej czynności na podstawie postanowienia prokuratora. Uzyskanie tego dokumentu wskazuje, iż nie zachodził wypadek niecierpiący zwłoki;
 - 3) czynności przewidziane w art. 74 § 2 pkt 1 k.p.k. w stosunku do osoby podejrzanej. Pobieranie od podejrzanego w szczególności odcisków palców, dłoni, stóp, czerwieni wargowej itp., sfotografowanie oraz okazanie w celach rozpoznawczych innym osobom, pobranie próby głosu, badania antropologiczne, jako badanie nie połączone z naruszeniem integralności ciała, odbywa się w trybie przewidzianym w art. 74 § 2 pkt 1 k.p.k., w tym także w ramach czynności wskazanych w art. 308 § 1 k.p.k. i poddanie się temu badaniu jest obowiązkiem podejrzanego. Jak trafnie wskazano, o ile sama czynność zabezpieczenia śladu zapachowego może nastąpić nawet w trybie art. 308 k.p.k., o tyle badanie osmologiczne powinno być przeprowadzone w formie ekspertyzy i zakończone wydaniem opinii przez biegłego⁴⁴. Niecierpiący zwłoki charakter czynności, wyklucza korzystanie z art. 192a k.p.k., który wolno stosować dopiero w toku dalszego dochodzenia (śledztwa). Jako dyskusyjne należy uznać stanowisko M. Lipczyńskiej jakoby w ramach czynności w trybie art. 308 k.p.k. możliwe było przeprowadzenie badań psychologicznych i psychiatrycznych⁴⁵;
 - 4) inne niezbędne czynności w stosunku do osoby podejrzanej, w tym pobranie próby krwi i wydzielin organizmu, dotyczy to również przymusowego pobrania krwi od osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa związanego z użyciem alkoholu, jeżeli odmawia ona dobrowolnego poddania się temu zabiegowi.

⁴³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2009 r. (sygn. V KK 379/08), LEX nr 507949.

⁴⁴ Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2000 r. (sygn. IV KKN 269/99), LEX nr 51139, Prok. i Pr. 2000, dodatek „Orzecznictwo”, nr 5, poz. 7.

⁴⁵ M. Lipczyńska, Rola i zadania MO w kodeksie postępowania karnego z roku 1969, Sł. MO 1970, nr 6, s. 772–773.

Czynnościami niewymienionymi w art. 308 k.p.k., które mogą być przeprowadzane są: 1) zatrzymanie osoby podejrzanej, przesłuchanie świadka, gdy natychmiastowe nieprzesłuchanie go może grozić utratą tego dowodu⁴⁶; 2) pobranie próby pisma ręcznego lub maszynowego; 3) użycie elektronicznego urządzenia do badania zawartości alkoholu; 4) tymczasowe zajęcie mienia ruchomego osoby podejrzanej, jeżeli zachodzi obawa jego usunięcia (art. 295 § 1 k.p.k.).

Jak słusznie wskazuje T. Grzegorzczak⁴⁷, nie są dopuszczalne czynności, które wymagają decyzji prokuratora. Czynności niecierpiące zwłoki prowadzi Policja i wolno jej jedynie dokonywać czynności natury faktycznej. Nie jest tu zatem możliwe np. założenie podsłuchu, czy wyjęcie zwłok z grobu. Czynności podejmowane w trybie art. 308 k.p.k. powinny być utrwalone w formie protokolarnej. Nie jest możliwe wyliczenie wszystkich czynności.

Dopuszczalne jest również przesłuchanie osoby podejrzanej o popełnienie przestępstwa w charakterze podejrzanego przed wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jeżeli zachodzą warunki do sporządzenia takiego postanowienia, a więc istnieje „uzasadnione dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba” (art. 313 § 1 k.p.k.), a zwłoka w dokonaniu tej czynności mogłaby spowodować zatarcie śladów i dowodów przestępstwa. Dotyczy to sytuacji, w której wstrzymanie się od przesłuchania osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego może mieć wpływ na zeznania świadka lub wyjaśnienia podejrzanego przez zmianę ich treści lub niemożność weryfikacji ich prawdziwości. Na gruncie d. k.p.k. z 1969 r. orzecznictwo wskazywało, że status podejrzanego nabywa osoba podejrzana z chwilą skierowania wobec niej każdej czynności zmierzającej do jej ścigania⁴⁸. Pogląd ten jest trudny do zaakceptowania, z uwagi na brzmienie art. 71 i 313 k.p.k. Nadto, wstępne informacje posiadane przez organy ścigania w stosunku do osoby podejrzanej mogą się okazać chybione⁴⁹. Przeciwna interpretacja obligowałaby do formalnego wydania postanowienia i ogłoszenia go osobie, wobec której brak jest dowodu na jej udział w przestępstwie.

Osoba podejrzana zyskuje status strony procesowej, bowiem za podejrzanego uważa się osobę, co do której wydano postanowienie

⁴⁶ S. Wyciszczak, *Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako integralna część postępowania przygotowawczego*, PiP 1970, nr 12, s. 959.

⁴⁷ T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego oraz ustawa o świadku koronnym. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 656.

⁴⁸ Wyrok SN z dnia 24 marca 1970 r. (sygn. VKRN 52/70), OSNKW 1970, nr 7–8, poz. 77.

⁴⁹ B. Szyprowski, *Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako faktyczne wszczęcie postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 2006, nr 11, s. 159.

o przedstawieniu zarzutów, bądź której bez wydania postanowienia postawiono zarzut w związku z przystąpieniem do przesłuchania w charakterze podejrzanego (art. 71 § 1 k.p.k.). Przesłuchanie rozpoczyna się od informacji o treści zarzutu, którą należy umieścić w protokole przesłuchania. Stanowi to przekształcenie postępowania z fazy *in rem* w fazę *ad personam*. Przed przesłuchaniem, stosownie do wymogów art. 300 k.p.k., należy stronę pouczyć m.in. o prawie do składania wniosków o dokonanie czynności postępowania przygotowawczego i końcowego zaznajomienia z materiałami postępowania. Przesłuchiwany powinien być również poinformowany o prawie żądania podania mu ustnie podstaw zarzutów lub sporządzenia uzasadnienia na piśmie (art. 313 § 3 zd. 1 k.p.k.). Protokół takiego przesłuchania podlega odczytaniu przed sądem tak, jak każdy protokół przesłuchania podejrzanego, a więc jedynie w wypadkach określonych w art. 389 i 391 § 2 k.p.k.⁵⁰. W ciągu 5 dni od przesłuchania należy wydać postanowienie o przedstawieniu zarzutów albo postanowienie o umorzeniu postępowania wobec danej osoby. Postanowienie takie wydaje się także wówczas, gdy wprawdzie w momencie przesłuchania istniały podstawy do postawienia zarzutów, lecz później ustały. W śledztwie decyzję wydaje prokurator. Jeżeli w sprawie prowadzonej w formie dochodzenia ustalono, że zarzut postawiony w trybie art. 308 § 2 k.p.k. jest niezasadny wobec danej osoby, to także powinno tu dojść do umorzenia dochodzenia *ad personam* (art. 325a k.p.k.). W doktrynie sporną jest kwestia, czy po wydaniu postanowienia o przedstawieniu zarzutów konieczne jest przesłuchanie podejrzanego. Jedni wskazują, że przesłuchanie takie jest zbędne⁵¹. Z tym poglądem należy się zgodzić. Ogłoszenie niezasadnego postanowienia o przedstawieniu zarzutów nie wydaje się celowe, zwłaszcza że w tej części i tak należy wydać postanowienie o umorzeniu postępowania przeciwko danej osobie. Inni podnoszą konieczność dokonania tej czynności⁵².

Pokrzywdzony będąc stroną postępowania przygotowawczego na podstawie art. 299 § 1 k.p.k., jest jednocześnie stroną dochodzenia w niezbędnym zakresie. Stąd może brać udział w czynnościach tego postępowania, inicjować je poprzez składanie wniosków dowodowych, zaskarżać decyzje procesowe zapadłe w jego toku, a także zgodnie z art.

⁵⁰ Zob. też wyrok SN z dnia 11 października 1979 r. (sygn. II KR 276/79), OSNKW 1980, nr 2, poz. 20.

⁵¹ J. Bafia, M. Bednarzak, M. Fleming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 1976, s. 327.

⁵² F. Prusak, Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym, Warszawa 1973, s. 95.

302 § 2 k.p.k. zaskarżać czynności inne niż postanowienia i zarządzenia, naruszające jego prawa⁵³.

Przeprowadzenie czynności niecierpiących zwłoki przez okres 5 dni w sytuacji, gdy docelową formą postępowania przygotowawczego ma być dochodzenie – umożliwia umorzenie dochodzenia i wpisanie sprawy do rejestru przestępstw. Podstawą rozstrzygnięcia jest uznanie, że dane zebrane w toku postępowania nie dają podstaw do wykrycia sprawcy przestępstwa (art. 325f § 1 k.p.k.).

Czynności wskazane w art. 143 § 1 pkt 2, 3, 5 i 6 k.p.k., tj.: przesłuchanie oskarżonego (podejrzanego, świadka⁵⁴, biegłego, kuratora), dokonanie oględzin, przeprowadzenie eksperymentu, konfrontacji, okazania⁵⁵, a także przeszukanie⁵⁶ osoby, miejsca, rzeczy i systemu informa-

⁵³ K. D u d k a, Udział pokrzywdzonego w postępowaniu sprawdzającym oraz w dochodzeniu w niezbędnym zakresie (art. 307 i 308 k.p.k.) w świetle badań empirycznych, CPKiNP 2005, nr 2, s. 255.

⁵⁴ Wyrok SN z dnia 24 października 2001 r. (sygn. III KKN 545/99), LEX nr 51943: Przesłuchanie świadka (utrwalenie dowodu z zeznań świadka) wymaga zawsze spisania protokołu, tzn. inna forma dokonania tej czynności nie jest dopuszczalna. W szczególności nie jest dopuszczalne sporządzenie z przesłuchania świadka notatki urzędowej. Odstąpienie od obowiązku nałożonego przez kodeks i sporządzenie z przesłuchania świadka notatki urzędowej (służbowej) nie otwiera możliwości wykorzystania notatki jako dowodu. Wręcz przeciwnie – Kodeks postępowania karnego w art. 174 *expressis verbis* zakazuje wszelkiego substytuowania dowodów z zeznań świadka innymi środkami dowodowymi (pismami, zapiskami, notatkami urzędowymi). Zakaz ten ma co najmniej dwie funkcje procesowe. Art. 174 k.p.k. jest po pierwsze refleksem konieczności zapewnienia przestrzegania w postępowaniu karnym zasady bezpośredniości. Po drugie, przepis art. 174 k.p.k. podkreśla ustawowy nakaz odbierania wyjaśnień oskarżonego lub zeznań świadka tylko w formie protokołarnej.

⁵⁵ Postanowienie SA w Katowicach z dnia 22 kwietnia 2010 r. (sygn. II AKa 84/10), KZS 2010, nr 9, poz. 51: Zgodnie z art. 143 § 1 pkt 5 k.p.k. i art. 148 § 1 i 2 k.p.k. czynność okazania winna zostać udokumentowana w formie szczególnej, a protokół z tej czynności, sporządzony z możliwą dokładnością ma odzwierciedlać jej prawidłowość oraz rzeczywisty przebieg, co za tym idzie w sytuacji, w której żadna ze stron nie podważa zasadności sporządzenia protokołu przed złożeniem podpisów, dokument ten stanowi wiarygodne źródło informacji o przeprowadzonej czynności. Za niedopuszczalne zatem z gwarancyjnego punktu widzenia uznać należy obejście tych przepisów, wyrażające się w przeprowadzeniu dowodu z zeznań w charakterze świadka funkcjonariuszy policji wykonujących czynność okazania celem stwierdzenia stopnia pewności identyfikacji przedmiotu okazania, w tym też osoby, przez świadka, któremu przedmiot ten okazywano, jeśli nie wynika to wprost z zapisów protokołu.

⁵⁶ Postanowienie SN z dnia 11 października 2006 r. (sygn. V KK 22/06), LEX nr 198091: „Zgodnie z art. 143 § 1 pkt 6 k.p.k. sporządzenie protokołu przeszukania jest obligatoryjne, a na podstawie art. 148 § 2 k.p.k. osoby biorące udział w tej czynności mają prawo złożyć wyjaśnienia, zeznania, oświadczenia, które zamieszcza się w protokole z możliwą dokładnością. Skoro w tym stadium postępowania A. G. nie był ani świadkiem, ani podejrzanym, to jego wypowiedź złożona do protokołu stanowi oświadczenie. W myśl art. 393 § 1 k.p.k. protokół przeszukania podlega odczytaniu na rozprawie. Nie ma żadnych podstaw, by twierdzić, że określone części tego dokumentu nie mogą być w tym trybie ujawnione, chyba że ograniczenie takie wynikałoby z ustawowego zakazu dowodowego. W sytuacji procesowej oskar-

tycznego oraz zatrzymanie rzeczy i danych informatycznych wymagają spisania protokołu. Protokół jest tu podstawowym dokumentem procesowym przeprowadzenia czynności. Nierzetelne dokumentowanie czynności w niezbędnym zakresie może być równoznaczne z utratą dowodów i śladów przestępstwa, gdyż ponowne przeprowadzenie czynności nie będzie możliwe. Nowelizacja ze stycznia 2003 r.⁵⁷ usunęła tzw. notatki z czynności dowodowych, które jednak nie podlegały odczytaniu na rozprawie. Aktualnie każdy protokół, również ograniczony (uproszczony) w ustawowo wskazanych sytuacjach podlega odczytaniu na rozprawie.

Zawarte w art. 389 § 1 k.p.k. zezwolenie na odczytywanie wcześniejszych wyjaśnień oskarżonego, o ile zachodzą warunki przewidziane w tym przepisie, pozwala na odczytywanie wyjaśnień złożonych przez oskarżonego (podejzranego) w postępowaniu przygotowawczym w pełnym zakresie. Zezwolenie to dotyczy również tej ich części, która nie odnosi się bezpośrednio do postawionego wcześniej podejrzanemu zarzutu, pod warunkiem, że są to właśnie wyjaśnienia złożone w takim charakterze, tj. takie depozycje, które podał on do protokołu przesłuchania po przedstawieniu mu zarzutów (art. 313 § 1 k.p.k.) lub w sytuacji, o której mowa w art. 308 § 2 k.p.k.⁵⁸ Takimi wyjaśnieniami są zaś te wszystkie spisane w protokole przesłuchania relacje osoby przesłuchiwanej w charakterze podejrzanego, które podane zostały przez nią po przedstawieniu jej zarzutu. Nie oznacza to, że chodzi w tym wypadku jedynie o tę część relacji, która odnosi się wyłącznie do czynu objętego postanowieniem o przedstawieniu zarzutów, o którym mowa w art. 313 § 1 k.p.k. Wyjaśnieniami oskarżonego podlegającymi odczytaniu na podstawie art. 389 § 1 k.p.k. są wszak także te jego depozycje, które złożone zostały w sytuacji, o której mowa w art. 308 § 2 k.p.k., i to bez względu na to, czy spełniono następnie nakaz przewidziany w art. 308 § 3 k.p.k.⁵⁹ Osoba

zonego A. G. zakaz odczytania na rozprawie jego wypowiedzi zamieszczonej w protokole przeszukania aktualizowałby się wtedy tylko, gdyby złożył on ją w charakterze świadka, a więc osoby uprzedzonej o odpowiedzialności karnej za zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy. Na przeszkodzie w ujawnieniu takiej wypowiedzi stałby wówczas przepis art. 389 § 1 k.p.k., wyłączający (*a contrario*) możliwość odczytania zeznań złożonych w charakterze świadka przez osobę, której w dalszym toku postępowania postawiono zarzut popełnienia przestępstwa. W niniejszym wypadku zakaz ten nie miał zastosowania, gdyż ujawnione oświadczenie zostało złożone przez A. G. w charakterze osoby uczestniczącej w przeszkaniu, a nie świadka”.

⁵⁷ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155).

⁵⁸ Wyrok SN z dnia 7 czerwca 2006 r. (sygn. III KK 389/05), OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1193; Prok. i Pr. 2006, dodatek „Orzecznictwo”, nr 12, poz. 11.

⁵⁹ Wyrok SN z dnia 5 lutego 1999 r. (sygn. III KKN 268/97), OSNKW 1999, nr 3–4, poz. 22.

taka uzyskuje status podejrzanego ograniczony czasowo, tj. na okres 5 dni. W tym terminie należy wydać postanowienie o przedstawieniu zarzutów lub umorzyć postępowanie.

Jeżeli zachodzi konieczność kontynuowania postępowania przygotowawczego w formie śledztwa, prokurator po otrzymaniu akt sprawy z Policji albo innego organu uprawnionego do prowadzenia postępowania przygotowawczego niezwłocznie wydaje postanowienie o jego wszczęciu. W przypadku zaistnienia podstaw do umorzenia postępowania przygotowawczego, wydaje się postanowienie o umorzeniu śledztwa (dochodzenia) bez uprzedniego wydania postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia.

Czynności w niezbędnym zakresie stanowią element postępowania przygotowawczego. Z chwilą podjęcia pierwszej czynności rozpoczyna się postępowanie przygotowawcze, czego konsekwencją jest pojawienie się stron procesowych. Ograniczenie udziału stron w czynnościach niecierpiących zwłoki wynika głównie z natury tychże czynności, a tym samym konieczności ich niezwłocznego przeprowadzenia. Nie oznacza to, że strony nie mogą brać w nich udziału. W wypadkach niecierpiących zwłoki można wzywać lub zawiadamiać osoby telefonicznie albo w inny sposób stosownie do okoliczności, pozostawiając w aktach odpis nadanego komunikatu z podpisem osoby nadającej (art. 137 k.p.k.). Wypadek niecierpiący zwłoki zachodzi, jeżeli istnieje konieczność przekazania wezwania lub zawiadomienia w tak krótkim czasie, że nie ma możliwości jego doręczenia w trybie przewidzianym w art. 131–135 k.p.k.⁶⁰ Przepis art. 137 k.p.k. może być zastosowany w celu umożliwienia wzięcia udziału w czynności, gdy ta ma być przeprowadzona za kilka lub kilkanaście godzin. Wypadek niecierpiący zwłoki ma miejsce w sytuacji, na którą organ procesowy dokonujący doręczenia nie miał wpływu⁶¹. Posłużenie się technicznym środkiem komunikowania jest możliwe jednak tylko wtedy, gdy wiadomo, że adresat się nim posługuje. Może to wynikać zarówno z informacji skierowanej do organu, np. podanie numeru telefonu komórkowego w piśmie procesowym, jak i ze źródła informacji ogólnie dostępnego, np. informatora okręgowej izby adwokackiej⁶². Doręczenie w trybie art. 137 k.p.k. może dotyczyć wyłącznie wezwań i zawiadomień. Inne

⁶⁰ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego, t. 1, Warszawa 2007, s. 671.

⁶¹ Z. Gostyński, J. Bratoszewski, (w:) Kodeks postępowania karnego, Komentarz, t. II, J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Warszawa 2004, t. I, s. 696.

⁶² R. A. Stefański, Sposoby wzywania i zawiadamiania osób w wypadkach niecierpiących zwłoki, Prok. i Pr. 2002, nr 6, s. 151.

pisma powinny być doręczane na zasadach ogólnych. Stąd również wezwanie podejrzanego i pokrzywdzonego może odbyć się telefonicznie lub w inny sposób stosownie do okoliczności, np. telegraficznie. Art. 137 k.p.k. wyraźnie określa tylko jeden sposób wezwania lub zawiadomienia osób – mówi, że można tego dokonać telefonicznie. Upoważnia też do skorzystania z innych sposobów „stosownie do okoliczności” (w aktach należy pozostawić odpis nadanego komunikatu), np. fax, telegraf, poczta elektroniczna, droga radiowa, CB radio⁶³.

Również w wypadkach niecierpiących zwłoki wezwanie lub zawiadomienie musi zostać przekazane w taki sposób, aby mogło być odebrane w odpowiednim czasie oraz aby pozostawał jeszcze rozsądny czas na podjęcie pożądanej w danej sytuacji czynności procesowej. W orzecznictwie nie uznano za należyte zawiadomienia za pomocą telegrafu, które nadano w godzinach popołudniowych, o terminie posiedzenia wyznaczonego na następnego dzień rano⁶⁴.

W orzecznictwie wskazuje się również, że gdy obrońca, który udostępnia obok adresu pocztowego także adres telefoniczny (numer swego telefonu), nie odbiera rozmowy telefonicznej w godzinach urzędowania, a włącza urządzenie nagrywające rozmowy, można wtedy uznać, że uniemożliwia zawiadomienie go tą drogą, podjęte w sprawie niecierpiącej

⁶³ Postanowienie SN z dnia 24 lutego 2005 r. (sygn. V KK 293/04), LEX nr 147239.

⁶⁴ Telegram zawiadamiający o terminie posiedzenia do obrońcy nadany został w dniu 7 marca o godzinie 16.15 z G. do Ś., a termin posiedzenia wyznaczono na 8 marca, na godzinę 8.30. Przepis art. 137 k.p.k. przewiduje wprawdzie możliwość, w wypadkach niecierpiących zwłoki, zawiadomienia telefonicznego, albo dokonanie w inny sposób (np. telegraficznie), ale oczywistym jest, że zachowane być muszą rozsądne granice czasowe, umożliwiające obrońcy podjęcie stosownych czynności. Pomijając już to, że w przedmiotowej sprawie sam okres doręczania telegramu przez pocztę trwał bardzo długo, to stwierdzić trzeba, że wysłanie telegramu w powyżej opisanym czasie, do miejscowości odległej o blisko 400 km, naruszało owe granice racjonalnego założenia, że obrońca będzie mógł podjąć jakiegokolwiek czynności procesowe; zob. postanowienie SA w Gdańsku z dnia 11 kwietnia 2001 r. (sygn. II AKz 212/01), OSAG 2001, nr 1, poz. 18; por. postanowienie SA w Krakowie z dnia 20 stycznia 1999 r. (sygn. III AKz 13/99), KZS 1999, nr 2, poz. 27: „Zawiadomienie obrońcy o miejscu i terminie posiedzenia sądu w sprawie dotyczącej tymczasowego aresztowania może być dokonane również telefonicznie i będzie skuteczne, gdy osoba upoważniona przyjmie wiadomość bądź utrwali się ją na odpowiednim urządzeniu nagrywającym, tzw. automatycznej sekretarce. Sprawy o aresztowanie należą do niecierpiących zwłoki (art. 137 k.p.k.), a praktyka dokonywania doręczeń pisemnych i zwracania sądom dowodów dokonania doręczenia świadczy o zawodności tej formy doręczeń, być może i nadużyciach dla osiągnięcia upływu terminów, skutkującego koniecznością uchylenia aresztowania. Organizacja obiegu wiadomości w obrębie biura osoby zawiadamianej o czynnościach procesowych należy do tej osoby, a organy procesowe ani nie powinny, ani nie mogą w to ingerować. Adres dla doręczeń pisemnych, numer telefonu czy adres elektroniczny dla zawiadomień w tych formach są ofertą dla sądu, by korzystał z każdej z tych form przekazywania wiadomości”.

zwłoki⁶⁵. Nie może także zasłaniać się nieotrzymaniem zawiadomienia telefonicznego, gdy zawiadomienia tego nie odczytuje z aparatury rejestrującej nadesłany tekst⁶⁶.

Zgromadzony w toku czynności niecierpiących zwłoki materiał dowodowy może stanowić postawę decyzji merytorycznej podjętej przez oskarżyciela publicznego. Nadto, obligatoryjnym elementem aktu oskarżenia są wnioski dowodowe, polegające na wskazaniu osobowych i rzeczowych źródeł dowodowych. Na liście osób wezwanych mogą być świadkowie, którzy zostali przesłuchani w trybie art. 308 k.p.k.

Możliwe jest również wnioskowanie przez oskarżyciela publicznego o zaniechanie wezwania świadków i odczytanie ich zeznań na rozprawie. Dotyczy to dwóch sytuacji, a mianowicie wtedy, gdy świadkowie przebywają za granicą lub mają stwierdzić okoliczności, którym oskarżony w swych wyjaśnieniach nie zaprzeczał, a nie są tak doniosłe, aby konieczne było ich bezpośrednie przesłuchanie na rozprawie. Wniosek o zaniechanie wezwania świadka na rozprawę nie może dotyczyć osób, które mają prawo do odmowy zeznań na podstawie art. 182 k.p.k. (art. 333 § 2 zdanie drugie k.p.k.). Warunkiem skorzystania z tej regulacji jest po pierwsze, aby pomiędzy tym, co zeznał świadek, a tym, co wyjaśnił oskarżony nie zachodziła sprzeczność (zaprzeczenie ze strony oskarżonego temu, co zeznał świadek), a ponadto aby okoliczności podane w wyżej opisany sposób nie były istotne z punktu widzenia przestrzegania zasady bezpośredniości w postępowaniu sądowym⁶⁷.

W orzecznictwie i doktrynie przyjęto, że pobyt świadka za granicą jest samodzielną podstawą do odczytania protokołu jego zeznań bez względu na ich wagę dla prowadzonego postępowania. Gdyby nie można było tak postąpić, prowadziłoby to do unicestwienia procesu i niemożności osądzenia sprawcy⁶⁸. O „istotności” zeznania decyduje jego stosunek do głównej tezy dowodowej, natomiast o „doniosłości” jego rola w procesie dowodzenia w konkretnym układzie dowodowym⁶⁹. Doniosłą jest przede wszystkim taka istotna dla rozstrzygnięcia okoliczność, która pozostaje w sprzeczności z ustaleniami stanowiącymi podstawę faktyczną aktu oskarżenia. Słusznie uznał Sąd Najwyższy, że: „Niedopuszczalne jest

⁶⁵ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 21 czerwca 2000 r. (sygn. II AKz 123/00), KZS 2000, nr 6, poz. 18.

⁶⁶ Postanowienie SN z dnia 20 października 1998 r. (sygn. III KZ 182/98), OSNKW 1998, nr 11–12, poz. 52.

⁶⁷ Wyrok SN z dnia 5 czerwca 1979 r. (sygn. III KR 129/79), OSNPG 1980, nr 3, poz. 42.

⁶⁸ Wyrok SA w Krakowie z dnia 3 września 2012 r. (sygn. II AKa 43/12), KZS 2013, nr 2, poz. 52.

⁶⁹ Wyrok SN z dnia 5 maja 2005 r. (sygn. V KK 379/04), OSNwSK 2005, nr 1, poz. 927.

odstępstwo od zasady bezpośredniości w sytuacji, gdy dowód ma istotne znaczenie bądź dla ustalenia winy sprawcy, bądź dla wymiaru kary, a przeprowadzenie dowodu z zachowaniem tej zasady procesowej nie napotyka na niedające się usunąć przeszkody⁷⁰. Przepis ten ma przy tym charakter wyjątkowy, jako odstępstwo od bezpośredniości i „nie może być w żadnym wypadku rozszerzająco interpretowany, a zastosowanie go ograniczone jest do sytuacji w nim określonych”⁷¹.

4. Podsumowanie

Rozważając problematykę udziału stron w czynnościach dowodowych przeprowadzanych w trybie art. 308 k.p.k. należy zwrócić uwagę na kilka aspektów. Po pierwsze, zasadnicze znaczenie ma charakter czynności. Warunkiem ich dokonania jest istnienie podstawy do wszczęcia postępowania karnego. Ich zaniechanie powoduje obawę bezpowrotnej utraty, zniekształcenia lub zniszczenia materiału dowodowego. Okoliczności te wymagają od organów ścigania podjęcia niezwłocznych działań, kierując się przede wszystkim tym, aby materiał dowodowy nie został bezpowrotnie utracony, zniekształcony lub zniszczony. Zagwarantowanie stronom dostępności do każdej czynności dowodowej kosztem powyższego mogłoby okazać się zgubne i skutkować paraliżem czynności. Z drugiej strony, konieczność podjęcia nagłych działań przez organy ścigania nie może oznaczać, że podejrzany i pokrzywdzony nie będą mogli w nich uczestniczyć. Należy pamiętać, że udział stron w czynnościach dowodowych na wstępnym etapie postępowania leży również w interesie organów ścigania i pozwala wyjaśnić zaistniałe wątpliwości.

Po drugie, charakter czynności dowodowych powoduje, że nie będzie możliwe ich powtórzenie na rozprawie, a będą one mogły być podstawą zapadłego orzeczenia. Strony będą miały jedynie możliwość ustosunkowania się do wyników czynności. Powyższe dodatkowo skłania do rozważenia kwestii uczestnictwa stron. Zasadnym wydaje się wypracowanie w tym zakresie regulacji, która by obligowała organy ścigania do zawiadomienia o terminie i miejscu czynności. Zawiadomienie mogłoby mieć miejsce za pomocą środków umożliwiających szybką komunikację z zainteresowaną stroną poprzez rozmowę telefoniczną lub wiadomość tekstową typu sms (warunkiem jest, aby strona wskazała dane takiego komunikatora). Do akt byłoby dołączane potwierdzenie transmisji danych,

⁷⁰ Wyrok SN z dnia 6 stycznia 1978 r. (sygn. N 16/77), OSNKW 1978, nr 2–3, poz. 32.

⁷¹ Wyrok SN z dnia 28 marca 1974 r. (sygn. Rw 152/74), OSNKW 1974, nr 7–8, poz. 154.

a gdyby to okazało się niemożliwe, funkcjonariusz sporządziłby stosowne oświadczenie dotyczące nadania danych. Powyższe nie będzie mogło mieć zastosowania w każdej sprawie. Nie oznacza to, że należy zrezygnować z zawiadamiania stron.

Po trzecie, koncentracja czynności procesowych na tym etapie postępowania karnego nie tylko wpływa na krótki czas trwania postępowania przygotowawczego, ale także jej konsekwencją będzie szybkość postępowania sądowego. Specyfika tych czynności, w ramach których organy muszą działać niezwłocznie z uwagi na konieczność zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa, powoduje, że kontrydiktoryjność – nawet w bardzo ograniczonym zakresie – może odgrywać jedynie drugoplanowe znaczenie. Bardzo często brak na tym etapie postępowania podejrzanego, co pozwala na polemikę w zakresie czynności dowodowych jedynie między pokrzywdzonym (jego pełnomocnikiem), a organem procesowym.

Participation of parties in non-repeatable evidence gathering steps of preparatory proceedings

Abstract

This study analyses the participation of a charged person and a victim in the gathering of evidence at the preliminary stage of proceedings, with due consideration given to non-repeatable activities. Non-repeatable evidence gathering activities are divided into those performed by authorities conducting preliminary proceedings and by the court, and those, which are urgent.

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”, udostępniłiśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (glosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy 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.