

Prokuratura i Prawo

NR 11/listopad 2018



ISSN 1233-2577

Prokuratura Krajowa

RADA NAUKOWA

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

KOLEGIUM REDAKCYJNE

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

REDAKCJA

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

Współpraca: Justyna KRAKOWIAK

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

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

Projekt okładki

Studio Karandasz

Skład i korekta:

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

Druk i dystrybucja:

Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4
tel. 15 649 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*

Marta Currit, adwokat w Warszawie, doktorantka INP PAN

- Polityka karna sądów w odniesieniu do wybranych przestępstw przeciwko wierzycielom w świetle danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości** 5
Penal policy of courts with regard to select offences against creditors in the light of statistical data from the Ministry of Justice 34

dr Marek Bielski, adwokat, adiunkt Uniwersytetu Jagiellońskiego

- Zakres zastosowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej z art. 85 § 3 i 3a k.k.** 36
Applicability of negative premise for aggregate sentence under Article 85, §§ 3 and 3a of the Penal Code 70

Kamil Siwek, doktorant UAM w Poznaniu

- W sprawie skutkowego charakteru przestępstwa znęcania się** 72
Effects of mistreatment 86

Michał Kierski, Prokurator Okręgowy w Gdańsku

- Jednokrotne przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. – zasada czy wyjątek?** 87
One-time hearing of a victim under Article 185a of the Code of Criminal Procedure: rule or exception? 93

Materiały szkoleniowe/*Training materials*

dr Józef Gurgul, prokurator w stanie spoczynku

- Jeszcze o dowodzie z zeznań i wyjaśnień nietrzeźwego** 94
Some remarks on evidence and explanations of inebriated persons .. 122

dr Bolesław Kurzępa, adiunkt Politechniki Rzeszowskiej

- Karnoprawne aspekty ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom** 123
Criminal-law aspects of the Act on effects of delegating work to foreigners 139

Glosy/Commentaries

do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. III KK 137/17 (dot. wykładni art. 291 k.k.) – oprac. dr Małgorzata Gałązka 141
to the Supreme Court judgment of 28 June 2017, file ref. no: III KK 137/17 (concerns interpretation of Article 291 of the Penal Code) – by Małgorzata Gałązka, Ph.D. 151

Marta Currit

Polityka karna sądów w odniesieniu do wybranych przestępstw przeciwko wierzycielom w świetle danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości

Streszczenie

Przedmiotem niniejszej publikacji jest analiza polityki karnej sądów w odniesieniu do sprawców przestępstw opisanych w art. 300 § 1–3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k. w świetle danych statystycznych udostępnionych przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Wybrane przestępstwa należą w szerszym zakresie do kategorii przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, a w węższym zakresie do grupy przestępstw przeciwko wierzycielom. Najogólniej rzecz ujmując, polegają one na transferze składników majątku dłużnika wpływającym na możliwość zaspokojenia wierzycieli. Wybrane przestępstwa łączy ich materialno-prawny charakter. Udostępnione dane obejmują dane o wyrokach skazujących wydanych w sprawach o ww. przestępstwa na przestrzeni lat 1999–2016 oraz dane o karach wymierzanych sprawcom tych przestępstw w latach 2008–2016. Analiza danych odprowadziła do następujących konkluzji: (a) w latach 1999–2004 (w przypadku niektórych przestępstw był to 2005 rok) miał miejsce stopniowy wzrost liczby skazań za wyżej opisane przestępstwa, natomiast po 2006 roku poziom skazań za omawiane przestępstwa zaczął spadać, co musiało łączyć się z mniejszą liczbą prowadzonych postępowań przygotowawczych oraz wniesionych aktów oskarżenia; (b) w statystykach dominowały wyroki skazujące za czyn z art. 300 § 2 k.k. (polegający na wyzbyciu się składników majątku w celu udaremnienia wykonania orzeczenia organu państwowego); (c) sprawcom najczęściej wymierzano karę pozbawienia wolności w wymiarze poniżej jednego roku z jednoczesnym zawieszeniem jej wykonania na okres próby. W ocenie autorki, należy przemyśleć strukturę wybranych przestępstw przeciwko wierzycielom, albowiem trudność w ustaleniu znamion większości z nich może stać na przeszkodzie ich ściganiu. Sformułowano postulat szerszego sięgania przez sądy po kary nieizolacyjne będące sankcjami adekwatniejszymi dla przestępstw o charakterze ekonomicznym.

W niniejszym artykule podjęto próbę przyjrzenia się polityce karnej sądów w odniesieniu do przestępstw opisanych w art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny¹ (dalej „k.k.”) na przestrzeni lat 1999–2016 na podstawie danych statystycznych Ministerstwa Sprawiedliwości². W szerszym zakresie wskazane wyżej przestępstwa należą do kategorii przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu (Rozdział XXXVI k.k.). Uznaje się więc, że uderzają one w bezpieczeństwo obrotu gospodarczego. W węższym znaczeniu zaliczane są do grupy popularnie określanej mianem przestępstw przeciwko wierzycielom, zawartych w art. 300–302 k.k. Artykuły 300–302 k.k. zawierają łącznie osiem podstawowych typów przestępstw przeciwko wierzycielom. Należą do nich: przestępstwa określane mianem przestępstw niezaspokojenia wierzyciela (art. 300 § 1–3, 301 § 1 i 302 § 1 k.k.), przestępstwa bankructwa (art. 301 § 2 i § 3 k.k.) oraz przestępstwa korupcji na szkodę wierzyciela (art. 302 § 2 i § 3 k.k.). Niniejsza publikacja odnosi się jedynie do czynów opisanych w art. 300 § 1–3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k.

Najogólniej, przestępstwo z art. 300 § 1 k.k. polega na wyzbywaniu się majątku, wpływającym na możliwość zaspokojenia wierzyciela, w warunkach grożącej niewypłacalności lub upadłości. Czyn z art. 300 § 3 k.k. jest typem kwalifikowanym czynu opisanego w art. 300 § 1 k.k. i polega na wyrządzeniu szkody wielu wierzycielom. Z kolei sprawca przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. wyzbywa się majątku służącego zaspokojeniu wierzycieli, nie tyle w warunkach grożącej niewypłacalności lub upadłości, co w celu udaremnienia wykonania orzeczenia sądu lub innego organu państwowego. Przestępstwo opisane w art. 301 § 1 k.k. jedynie pozornie różni się od przestępstw określonych w art. 300 k.k. W rzeczywistości zakłada ono specyficzny rodzaj wyzbycia się składników majątku służących zaspokojeniu wierzycieli, mianowicie poprzez tworzenie nowej jednostki gospodarczej i przeniesienie na nią tych składników majątku, co w zależności od okoliczności mogłoby zostać określone pojęciem „usuwa”, „ukrywa” lub „zbywa”³.

¹ Tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2204 (ze zm.).

² Należy poczynić zastrzeżenie, że omawiane dane są niepełne. Brak jest danych o wyrokach skazujących za przestępstwa z art. 300 § 1–3 oraz 301 § 1 k.k. w 1998 r. Autorce udostępniono również dane o wymiarze kary za przestępstwa z art. 300 § 1–3 k.k. w ograniczonym czasowo zakresie, mianowicie jedynie w odniesieniu do lat 2008–2016.

³ J. Majewski, Przestępstwa na szkodę wierzycieli (uwagi na tle ustawy z dnia 12 października 1994 r.), PUG 1995, nr 6, s. 2–8. Pogląd ten został wyrażony w odniesieniu do art. 7 § 1 ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego (Dz. U. z 1994 r., Nr 126, poz. 615).

Wybrane przestępstwa z art. 300 § 1–3 oraz 301 § 1 k.k. łączy ich materialno-prawny charakter. Warunkiem przypisania odpowiedzialności karnej za przestępstwo jest wystąpienie skutku czynu zabronionego. W art. 300 § 1 oraz § 2 k.k. skutek czynu zabronionego wyznacza określenie „udaremnia lub uszczupla zaspokojenie swojego wierzyciela”. W art. 300 § 3 k.k. mowa jest o „wyrządzeniu szkody wielu wierzycielom”, natomiast w art. 301 § 1 k.k. sprawca, poprzez czynność sprawczą tam opisaną, „udaremnia lub ogranicza zaspokojenie należności kilku wierzycieli”. W doktrynie dominuje stanowisko, które nakazuje pojęcie skutku określone w ww. przepisach rozumieć jednolicie jako wyrządzenie szkody wierzycielowi (wierzycielom) w postaci doprowadzenia majątku dłużnika do takiego stanu, w którym zaspokojenie uprawnionych roszczeń wierzyciela lub wierzycieli jest niemożliwe lub utrudnione (zmniejszone)⁴. Wskazuje się przy tym, że „udaremnienie” oznacza całkowite uniemożliwienie zaspokojenia roszczenia, natomiast „uszczuplenie” („ograniczenie”) to uniemożliwienie zaspokojenia w jakiegokolwiek części (ale nie w całości)⁵. W tym znaczeniu udaremnienie lub uszczuplenie (ograniczenie) zaspokojenia jest zawsze tożsamy z wyrządzeniem szkody wierzycielowi⁶. Z kolei, opis czynu zawarty w art. 300 § 3 k.k. należy interpretować w ten sposób,

Z uwagi na fakt, że przepis ten ma tożsamą treść z art. 301 § 1 k.k., należy pogląd ten w całości odnieść do tego ostatniego przepisu. Autor określa czynność sprawczą polegającą na oszukańczym transferze majątku jako kwalifikowaną formę udaremnienia lub uszczuplenia zaspokojenia wierzycieli. Podobnie: J. Skorupka, *Karnoprawna ochrona wierzycieli*, Toruń 2001, s. 339.

⁴ A. Marek wskazuje, że „ogranicza” to inaczej „uszczupla”, A. Marek, (w:) *Kodeks karny, Komentarz do art. 301 k.k.*, wyd. V, Lex 2010.

⁵ J. Majewski, (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, s. 736, nb. 79; wyrok Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dn. 13 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 40/13; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 31 maja 2012 r., sygn. II AKa 148/12.

⁶ J. Majewski, (w:) (...) A. Zoll (red.), *Kodeks karny*, s. 736, nb. 80 oraz s. 759, nb. 47; R. Zawłocki, (w:) *System Prawa Karnego*, s. 660, nb. 80 – autor ten wskazuje, że stylistyczna rozbieżność pojęciowa „jest wynikiem przyjętej przez ustawodawcę techniki legislacyjnej. Podobnie: J. Skorupka, *Wybrane problemy wykładni przepisu art. 300 § 2 k.k.*, *Prawo Spółek* 2001, nr 11, poz. 47–52. W wyroku z dnia 3 stycznia 2017 r. (XVII Ka 7945/16, LEX) Sąd Okręgowy w Poznaniu wskazał, że znamienia „wyrządził szkodę wielu wierzycielom” w kontekście art. 300 § 1 k.k., do którego odsyła art. 300 § 3 k.k., nie można bowiem wyklądać inaczej, aniżeli „udaremnił lub uszczuplił zaspokojenie wielu wierzycieli”. Innymi słowy, szkoda wyrządzona wierzycielom, o której mowa w art. 300 § 3 k.k., to zawsze udaremnienie lub uszczuplenie zaspokojenia ich roszczeń w rozumieniu przepisu art. 300 § 1 k.k.

że sprawca – aby ponieść odpowiedzialność karną – musi udaremnić lub uszczuplić zaspokojenie wielu wierzycieli⁷.

Fakt pokrzywdzenia przez przestępstwo powoduje, że po stronie wierzycieli nierzadko pojawia się pokusa, aby traktować karnoprawną ścieżkę ścigania przestępstw jako alternatywę dla przysługujących im instrumentów cywilnoprawnych⁸. Omówione dane obrazują, z jaką częstotliwością wymienione przestępstwa pojawiają się w statystykach sądowych, a zatem pokazują, w jakim zakresie są one przedmiotem ścigania i czy faktycznie oczekiwania pokrzywdzonych wierzycieli są uzasadnione. Analiza danych pozwala również odpowiedzieć na pytanie, z jakimi sankcjami przestępstwa te zwykle się spotykają. Gospodarcza natura tych przestępstw i ich materialny charakter sugerują sięgnięcie po sankcje ekonomiczne, zwłaszcza takie, które umożliwiałyby naprawienie szkody wyrządzonej wierzycielom. Powstaje pytanie, czy tak istotnie jest w praktyce⁹.

Analiza tych kwestii wymaga omówienia w pierwszej kolejności danych przedstawiających prawomocne wyroki skazujące za przestępstwa przeciwko wierzycielom określone w artykułach 300 § 1–3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k. w latach 1999–2016. W dalszej kolejności przedstawione zostaną rodzaje kar (i ich wymiar) orzeczonych w stosunku do skazanych za wyżej wymienione przestępstwa w latach 2008–2016. Wskazane ramy czasowe wynikają z faktu, iż za taki właśnie okres dane dotyczące wymiaru kary i środków karnych zostały autorce udostępnione. W części końcowej podjęta zostanie próba wyjaśnienia odnotowanych zjawisk.

Prawomocne skazania za przestępstwa z art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k.

W tabelach numer 1A i 1B przedstawiono dane dotyczące prawomocnych wyroków skazujących za przestępstwa z art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k. w latach 1999–2016. Udostępnione dane nie obejmowały

⁷ J. Lachowski, (w:) R. Zawłocki (red.), *Prawo karne gospodarcze*, Wydawnictwo CH Beck 2012, s. 486, nb. 109.

⁸ Takie sugestie pojawiają się również w literaturze, między innymi: P. Cichulski, *Przepisy karne materialne pomocne w postępowaniu windykacyjnym*, *Monitor Prawniczy* 2000, nr 5, s. 278. Takie uprzedmiotowienie prawa karnego budzi zastrzeżenia z punktu widzenia funkcji prawa karnego i rządzącej nim zasady subsydiarności. Dyskusja z ww. poglądem wykracza poza zakres niniejszej publikacji.

⁹ Należy w tym miejscu poczynić zastrzeżenie, że wszelkie odniesienia w dalszej części tekstu do „skazań” lub „wyroków skazujących” oznaczają prawomocne wyroki skazujące.

1998 roku, choć nie można wykluczyć, że w tym roku wyroki takie zostały wydane. K.k. wszedł w życie w dniu 1 września 1998 roku i zastąpił obowiązującą wcześniej ustawę z dnia 12 października 1994 roku o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego¹⁰ (dalej „UOOG”), w której analizowane przestępstwa określone były w podobny sposób w art. 6 § 1–3 oraz art. 7 § 1 UOOG. A zatem, do przestępstw popełnionych w czasie obowiązywania UOOG, co do których wszczęto już postępowanie, na mocy art. 4 k.k. należało stosować przepisy k.k., jeżeli były one względniejsze dla sprawcy (w tym art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k.).

Tabela 1A. Prawomocne skazania za przestępstwa z art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k. w latach 1999–2007

Czyn z k.k.	Lata / prawomocne skazania																	
	1999		2000		2001		2002		2003		2004		2005		2006		2007	
	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%
Art. 300 § 1	56	100%	75	134%	74	132%	85	152%	135	241%	165	295%	147	263%	125	223%	86	154%
Art. 300 § 2	661	100%	768	116%	713	108%	741	112%	847	128%	1 072	162%	1 035	157%	806	122%	722	109%
Art. 300 § 3	6	100%	10	167%	6	100%	20	333%	17	283%	35	583%	53	883%	45	750%	39	650%
Art. 301 § 1	3	100%	9	300%	1	33%	3	100%	12	400%	13	433%	18	600%	6	200%	6	200%

Tabela 1B. Prawomocne skazania za przestępstwa z art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k. w latach 2008–2016

Czyn z k.k.	Lata / prawomocne skazania																	
	2008		2009		2010		2011		2012		2013		2014		2015		2016	
	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%	ogółem	%
Art. 300 § 1	79	141%	54	96%	59	105%	42	75%	40	71%	49	88%	40	71%	45	80%	74	132%
Art. 300 § 2	630	95%	498	75%	486	74%	465	70%	505	76%	496	75%	506	77%	482	73%	501	76%
Art. 300 § 3	42	700%	32	533%	27	450%	32	533%	25	417%	33	550%	39	650%	25	417%	39	650%
Art. 301 § 1	10	333%	6	200%	7	233%	4	133%	5	167%	1	33%	2	67%	7	233%	3	100%

Dane w każdym z analizowanych lat przedstawiono w dwóch kolumnach. Pierwsza kolumna określa liczbę prawomocnych skazań za dany

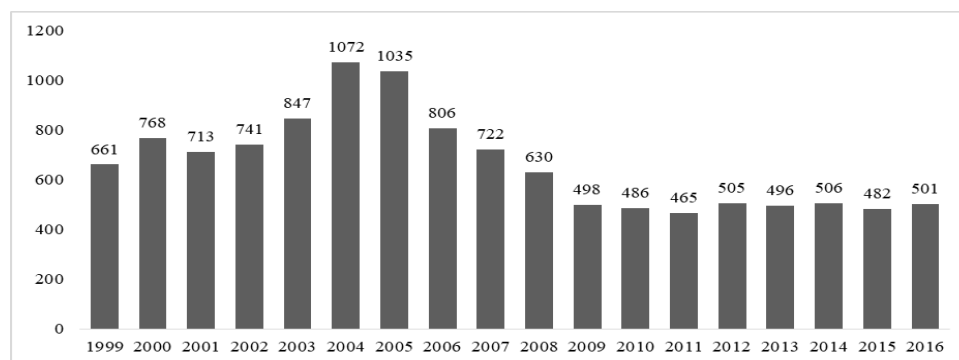
¹⁰ Dz. U. z 1994 r., Nr 126 poz. 615.

czyn w danym roku w ujęciu ilościowym. Druga kolumna określa stosunek procentowy liczby prawomocnych skazań za dany czyn w danym roku do odpowiadającym im danych za rok 1999, który został przyjęty za punkt odniesienia.

Najwięcej wyroków skazujących w latach 1999–2016 wydano w stosunku do sprawców oskarżonych o czyn z art. 300 § 2 k.k. (tj. wyzbywanie się składników majątku w celu udaremnienia egzekucji). Poziom prawomocnych skazań rósł stopniowo od 1999 roku, osiągając najwyższy pułap w 2004 roku (1072 wyroki skazujące, wzrost o 62% w stosunku do 1999 roku przyjętego jako punkt odniesienia). W kolejnych latach poziom ten zaczął spadać. Od 2008 roku liczba zarejestrowanych prawomocnych wyroków skazujących za przestępstwo z art. 300 § 2 k.k. była niższa od poziomu w 1999 roku (i jedynie w trzech z dziewięciu kolejnych lat poziom ten przekroczył 500 skazań rocznie).

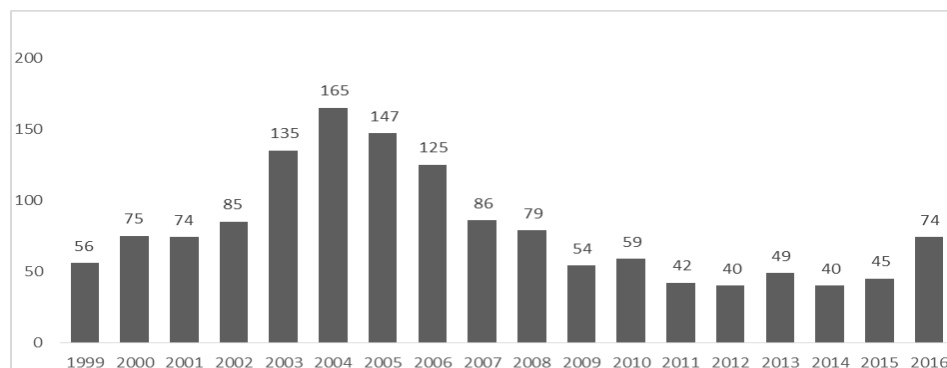
Opisane wyżej tendencje, tj. początkowy wzrost a następnie stopniowy spadek, najlepiej obrazuje poniższy wykres 1.

Rys. 1. Ilościowe zestawienie skazań za czyn z art. 300 § 2 k.k. w latach 1999–2016



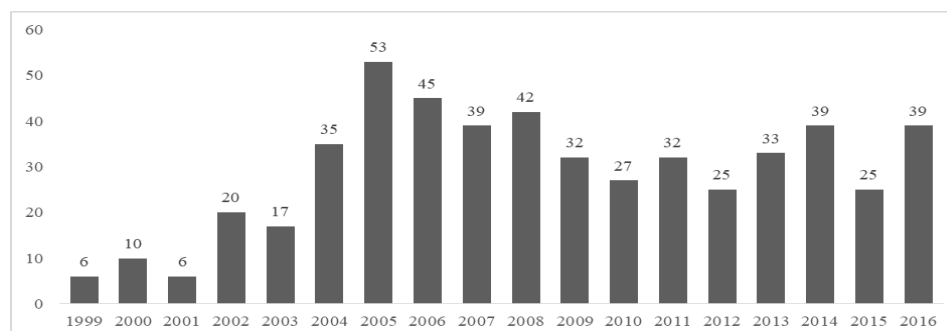
Dane dotyczące liczby prawomocnych wyroków skazujących wydanych w stosunku do sprawców pozostałych z analizowanych przestępstw przeciwko wierzycielom są nieporównywalnie niższe. Roczny poziom skazań za przestępstwo z art. 300 § 1 k.k. (tj. wyzbywanie się majątku w warunkach grożącej niewypłacalności lub upadłości) oscyluje wokół 10–15% poziomu skazań za czyn z art. 300 § 2 k.k. Znakomicie obrazuje to wykres 2.

Rys. 2. Ilościowe zestawienie skazań za czyn z art. 300 § 1 k.k. w latach 1999–2016

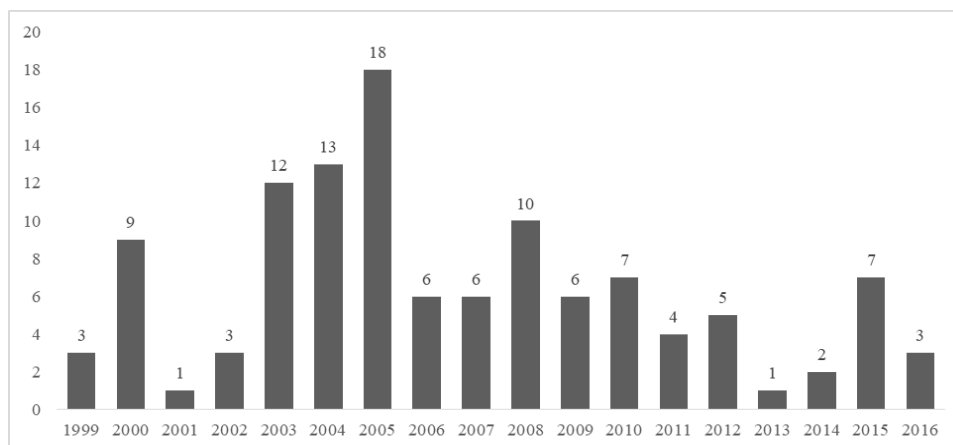


W przypadku przestępstw z art. 300 § 3 k.k. (tj. wyzbywanie się majątku w warunkach grożącej niewypłacalności lub upadłości wyządzającej szkodę wielu wierzycielom) oraz 301 § 1 k.k. (tj. transfer majątku na nowo utworzoną jednostkę gospodarczą) dysproporcje są jeszcze znaczniejsze. Na przestrzeni lat 1999–2016 liczba wyroków skazujących wydanych w stosunku do sprawców pierwszego z przestępstw oscylowała z reguły wokół 30–40 rocznie, a liczba skazań za drugie z wymienionych przestępstw wahała się od kilku do kilkunastu rocznie. Dane te obrazują wykresy 3 i 4. To może oznaczać, że przestępstwa te należą do rzadkości albo iż przestępstwa te rzadziej podlegają ściganiu.

Rys. 3. Ilościowe zestawienie skazań za czyn z art. 300 § 3 k.k. w latach 1999–2016



Rys. 4. Ilościowe zestawienie skazań za czyn z art. 301 § 1 k.k. w latach 1999–2016



W odniesieniu do przestępstw z art. 300 § 1 i § 3 oraz art. 301 § 1 k.k. można również zauważyć stopniowy wzrost liczby skazań od 1999 roku osiągający swój najwyższy punkt w latach 2004–2005. W 2004 roku zarejestrowano 165 prawomocnych wyroków skazujących za przestępstwo z art. 300 § 1 k.k., co oznacza wzrost o 195% w stosunku do roku 1999. Największa liczba zarejestrowanych wyroków skazujących za przestępstwa z art. 300 § 3 i 301 § 1 k.k. przypada na rok 2005 (53 skazania za czyn z art. 300 § 3 k.k., wzrost o 783%, 18 skazań za czyn z art. 301 § 1 k.k., wzrost o 500% w stosunku do roku 1999).

Od 2007 roku poziom skazań za czyn z art. 300 § 1 k.k. był niższy (w żadnym z kolejnych lat poziom ten nie przekroczył 100 prawomocnych skazań rocznie). Trudno o podobne konkluzje w odniesieniu do przestępstw z art. 300 § 3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k., być może dlatego, że dane dotyczące tych przestępstw nie są znaczne.

Wymiar kary za przestępstwa z art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k.

Co się tyczy wymiaru kary za przestępstwa opisane w art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k., są one – co do zasady – zagrożone karą pozbawienia wolności w wymiarze: (i) do lat 3 (czyn z art. 300 § 1 k.k.), (ii) od 3 miesięcy do 5 lat (czyn z art. 300 § 2 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k.), albo (iii) od 6 miesięcy do 8 lat (czyn z art. 300 § 2 k.k.). Wymiar kary za opi-

sane powyżej przestępstwa nie ogranicza się jednak do kary pozbawienia wolności. Do dnia 1 lipca 2015 roku art. 58 § 3 k.k. pozwalał w określonych sytuacjach zamiast kary pozbawienia wolności orzec karę ograniczenia wolności albo karę grzywny¹¹. Po nowelizacji¹² przepis ten został zastąpiony regulacją z art. 37a k.k.¹³ rozszerzającą możliwość orzeczenia kar nieizolacyjnych również w stosunku do sprawców przestępstw zagrożonych karą do 8 lat pozbawienia wolności (czyli nowelizacja pozwoliła dodatkowo orzekać kary nieizolacyjne w stosunku do sprawców przestępstw z art. 300 § 3 k.k.). Po dniu 1 lipca 2015 roku pojawiła się możliwość łącznia kary ograniczenia wolności z karą pozbawienia wolności (tzw. kara mieszana)¹⁴.

Rodzaj kar wymierzanych sprawcom opisywanych przestępstw przeciwko wierzycielom ukazuje tabela nr 2. Jak sygnalizowano powyżej, udostępnione dane obejmują wyłącznie lata 2008–2016. Kolejne kolumny w tabeli pokazują: liczbę przypadków skazań za dany czyn z k.k., liczbę przypadków, w których za dany czyn orzeczono samoistną karę grzywny („k.g.”), karę ograniczenia wolności („k.o.w.”), karę pozbawienia wolności („k.p.w.”) oraz udział procentowy przypadków wymierzenia danej kary w ogólnej liczbie skazań. Tabela uwzględnia karę mieszaną („k.m.”), która pojawiła się w statystykach w 2015 roku. W zestawieniu nie ujęto kary grzywny orzekanej obok kary pozbawienia wolności, albowiem kara ta zostanie omówiona w dalszej kolejności. Odrębnie podjęty zostanie również temat wymiaru środków karnych. Wartości procentowe ujęte w tabeli zostały automatycznie zaokrąglone do pełnej cyfry, poza przypadkami, gdy zabieg ten prowadził do nieprawidłowości (dotyczy to w szczególności przypadków orzeczenia kary mieszanej w latach 2015–2016).

¹¹ Art. 58 § 3 k.k. w brzmieniu obowiązującym do dnia 1 lipca 2015 r. pozwalał w stosunku do sprawców przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat orzec karę grzywny albo karę ograniczenia wolności.

¹² Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396).

¹³ Zgodnie z art. 37a k.k., w stosunku do sprawców przestępstw zagrożonych 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, 2 lub 4 k.k.

¹⁴ Możliwość orzeczenia takiej kary przewiduje art. 37b k.k., dodany ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396), zmieniony ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 437).

Tabela 2. Kary orzekane w latach 2008–2016 za przestępstwa z art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k.

Czyn z k.k.	Kary orzekane w latach 2008–2016								
	skazania	k.g.	%	k.o.w.	%	k.p.w.	%	k.m.	%
Rok	2008								
Art. 300 § 1	79 ¹⁵	3	4%	1	1%	74	94%	–	–
Art. 300 § 2	630	59	9%	6	1%	565	90%	–	–
Art. 300 § 3	42	0	0%	0	0%	42	100%	–	–
Art. 301 § 1	10	3	30%	0	0%	7	70%	–	–
Rok	2009								
Art. 300 § 1	54	0	0%	0	0%	54	100%	–	–
Art. 300 § 2	498	35	7%	13	3%	450	90%	–	–
Art. 300 § 3	32	0	0%	0	0%	32	100%	–	–
Art. 301 § 1	6	0	0%	0	0%	6	100%	–	–
Rok	2010								
Art. 300 § 1	59	3	5%	0	0%	56	95%	–	–
Art. 300 § 2	486	40	8%	10	2%	436	90%	–	–
Art. 300 § 3	27	0	0%	0	0%	27	100%	–	–
Art. 301 § 1	7	0	0%	0	0%	7	100%	–	–
Rok	2011								
Art. 300 § 1	42	2	5%	0	0%	40	95%	–	–
Art. 300 § 2	465	38	8%	13	3%	414	89%	–	–
Art. 300 § 3	32	0	0%	0	0%	32	100%	–	–
Art. 301 § 1	4	0	0%	0	0%	4	100%	–	–

¹⁵ Pierwszy wiersz tabeli (rok 2008, dane dot. przestępstwa z art. 300 § 1 k.k.) nie uwzględnia pojedynczego przypadku orzeczenia środka karnego mającego charakter samoistny. Dlatego też liczba przypadków wszystkich kar orzeczonych w tym roku równa się 78 i nie jest tożsama z liczbą przypadków skazań.

Czyn z k.k.	Kary orzekane w latach 2008–2016								
	skazania	k.g.	%	k.o.w.	%	k.p.w.	%	k.m.	%
Rok	2012								
Art. 300 § 1	40	2	5%	1	2,5%	37	92,5%	–	–
Art. 300 § 2	505	43	9%	11	2%	451	89%	–	–
Art. 300 § 3	25	1	4%	0	0%	24	96%	–	–
Art. 301 § 1	5	0	0%	0	0%	5	100%	–	–
Rok	2013								
Art. 300 § 1	49	0	0%	1	2%	48	98%	–	–
Art. 300 § 2	496	44	9%	17	3%	435	88%	–	–
Art. 300 § 3	33	0	0%	0	0%	33	100%	–	–
Art. 301 § 1	1	0	0%	0	0%	1	100%	–	–
Rok	2014								
Art. 300 § 1	40	1	2,5%	0	0%	39	97,5%	–	–
Art. 300 § 2	506	47	9%	15	3%	444	88%	–	–
Art. 300 § 3	39	0	0%	0	0%	39	100%	–	–
Art. 301 § 1	2	0	0%	0	0%	2	100%	–	–
Rok	2015								
Art. 300 § 1	45	1	2%	1	2%	43	96%	0	0%
Art. 300 § 2	482	46	9,5%	8	1,7%	427	88,6%	1	0,2%
Art. 300 § 3	25	0	0%	0	0%	25	100%	0	0%
Art. 301 § 1	7	1	14%	0	0%	6	86%	0	0%
Rok	2016								
Art. 300 § 1	74	15	20%	9	12%	50	68%	0	0%
Art. 300 § 2	501	125	24,9%	60	12,0%	314	62,7%	2	0,4%
Art. 300 § 3	39	4	10%	0	0%	35	90%	0	0%
Art. 301 § 1	3	0	0%	1	33%	2	67%	0	0%

Z powyższego zestawienia wyraźnie wynika, że w wyrokach skazujących dominowała kara pozbawienia wolności. Dotyczy to w szczególności przestępstwa wyzbywania się majątku wyrządzającego szkodę wielu

wierzycielom z art. 300 § 3 k.k., stanowiącego kwalifikowaną formę przestępstwa z art. 300 § 1 k.k. (co powoduje – między innymi – że czyn z art. 300 § 3 k.k. jest zagrożony surowszą karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8). W latach 2008–2015 skazanym za to przestępstwo wymierzono wyłącznie karę pozbawienia wolności, albowiem możliwość zastąpienia tej kary sankcją nieizolacyjną pojawiła się dopiero po nowelizacji w 2015 roku. W 2016 roku karę tę wymierzono w 90% przypadków (w pozostałym zakresie orzeczono karę grzywny). W przypadku pozostałych przestępstw procentowy udział kary pozbawienia wolności w ogólnej liczbie skazań nie był niższy niż 80%.

Drugą pod względem częstotliwości stosowania była samoistna kara grzywny, przy czym częściej orzekano ją w stosunku do skazanych za czyn z art. 300 § 2 k.k., tj. wyzbywania się majątku w celu udaremnienia egzekucji (rocznie w 7–9% przypadków, poza rokiem 2016, o czym będzie mowa poniżej).

Najrzadziej orzekano karę ograniczenia wolności oraz karę mieszaną (karę mieszaną orzeczono w poniżej 1% przypadków, wyłącznie w sprawach o czyn z art. 300 § 2 k.k.). Nie można jednak zapomnieć, że ostatnia z wymienionych kar obecna jest w strukturze kar od niedawna i trudno wyciągnąć definitywne wnioski w oparciu o dwuletnie dane. Co się tyczy kary ograniczenia wolności, w latach 2008–2015 nie występowała ona w ogóle w wyrokach skazujących za czyn z art. 301 § 1 k.k. oraz – ze względów opisanych powyżej – z art. 300 § 3 k.k., z rzadka pojawiając się jedynie w sprawach o czyn z art. 300 § 1 i § 2 k.k.

Jak już zasygnalizowano powyżej, nieco odmienny od poprzednich wydaje się być rok 2016. W odniesieniu do wszystkich omawianych przestępstw rzadziej niż dotychczas orzeczono karę pozbawienia wolności i w większej liczbie przypadków orzeczono karę grzywny (w przypadku czynów z art. 300 § 1 i § 2 k.k. udział kary pozbawienia wolności wynosił odpowiednio 68% oraz 62,7%, a udział kary grzywny odpowiednio, 20% oraz 24,9%). Wzrosła również liczba przypadków orzeczenia kary ograniczenia wolności, mianowicie w 2016 roku orzeczono ją w 70 przypadkach (a warto zauważyć, że w latach 2008–2015, a więc na przestrzeni 8 lat, orzeczono ją łącznie 97 razy), przy czym w 60 przypadkach dotyczyło to sprawców czynu z art. 300 § 2 k.k., w 9 przypadkach – sprawców czynu z art. 300 § 1 k.k., a w pojedynczym przypadku – sprawcy czynu z art. 301 § 1 k.k.

Mogłoby się wydawać, że dominacja kary pozbawienia wolności w wyrokach skazujących za przestępstwa gospodarcze godzące w interesy wierzycieli stanowi surową sankcję. Bliższe przyjrzenie się statystykom

dotyczącym stosowania tej kary, ujętym poniżej w tabeli nr 3 i 4 wskazuje jednak, że: (i) w zdecydowanej większości przypadków orzekano karę pozbawienia wolności z zawieszeniem jej wykonania, (ii) dominowała kara pozbawienia wolności w wymiarze do 1 roku.

W tabeli nr 3 przedstawiono liczbę przypadków orzeczenia kary pozbawienia wolności w poszczególnych latach, przy czym w kolumnie za-tytułowanej „ogółem” ujęto wszystkie przypadki jej orzeczenia, w kolum-nie oznaczonej „z zawiesz.” przedstawiono przypadki kary orzeczonej z zawieszeniem jej wykonania, a w ostatniej kolumnie dla danego roku wskazano procentowy stosunek kary pozbawienia wolności z zawiesz-e-niem jej wykonania w odniesieniu do wszystkich przypadków orzeczenia tej kary.

*Tabela 3. Kara pozbawienia wolności orzeczona w latach 2008–2016 ogó-
łem i z zawieszeniem jej wykonania*

Czyn z k.k.	Kara pozbawienia wolności w latach 2008–2016								
	2008			2009			2010		
	ogółem	z za-wiesz.	%	ogółem	z za-wiesz.	%	ogółem	z za-wiesz.	%
Art. 300 § 1	74	73	99%	54	54	100%	56	55	98%
Art. 300 § 2	565	543	96%	450	436	97%	436	421	97%
Art. 300 § 3	42	38	90%	32	28	88%	27	27	100%
Art. 301 § 1	7	6	86%	6	6	100%	7	7	100%
	2011			2012			2013		
	ogółem	z za-wiesz.	%	ogółem	z za-wiesz.	%	ogółem	z za-wiesz.	%
Art. 300 § 1	40	40	100%	37	36	97%	48	47	98%
Art. 300 § 2	414	405	98%	451	443	98%	435	422	97%
Art. 300 § 3	32	32	100%	24	22	92%	33	32	97%
Art. 301 § 1	4	4	100%	5	4	80%	1	1	100%

Czyn z k.k.	Kara pozbawienia wolności w latach 2008–2016								
	2014			2015			2016		
	ogółem	z zawiesz.	%	ogółem	z zawiesz.	%	ogółem	z zawiesz.	%
Art. 300 § 1	39	38	97%	43	41	95%	50	49	98%
Art. 300 § 2	444	434	98%	427	414	97%	314	295	94%
Art. 300 § 3	39	38	97%	25	25	100%	35	33	94%
Art. 301 § 1	2	2	100%	6	6	100%	2	1	50%

Z tabeli nr 3 wynika, że kara pozbawienia wolności orzekana za omawiane przestępstwa przeciwko wierzycielom w większości przypadków podlegała zawieszeniu jej wykonania. Dla wszystkich omawianych przestępstw liczba przypadków wymierzenia kary bezwzględnej nie przekraczała 10%. Wyjątek stanowi tutaj rok 2009, w którym za przestępstwo z art. 300 § 3 k.k. bezwzględną karę pozbawienia wolności wymierzono w 12% przypadków.

W latach 2008–2016 wykonanie kary pozbawienia wolności wymierzonej za przestępstwo z art. 300 § 1 k.k. i 300 § 2 k.k. zawieszono w ponad 95% przypadków (nieznaczna różnica dotyczy sprawców przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. skazanych prawomocnie w 2016 roku, ale z kolei w tym roku rzadziej wymierzono karę pozbawienia wolności – zob. tabela nr 2). Mogłoby się wydawać, że stosunkowo częściej orzekano bezwzględną karę pozbawienia wolności w stosunku do sprawców przestępstw z art. 300 § 3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k. (przykładowo, 50% przypadków w 2016 roku). Większe różnice w wartościach procentowych w przypadku tych przestępstw wynikają raczej z faktu, że rzadziej dochodziło do wydania wyroku skazującego za te przestępstwa, a w konsekwencji rzadziej orzekano karę pozbawienia wolności. Trudno zatem na ich podstawie formułować miarodajne wnioski.

Tabela nr 4 ukazuje natomiast wymiar kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016. Mimo że opisywane tu przestępstwa zagrożone są karą pozbawienia wolności (i) do 3 lat (czyn z art. 300 § 1 k.k.), (ii) od 3 miesięcy do lat 5 (czyn z art. 300 § 2 oraz 301 § 1 k.k.) lub (iii) od 6 miesięcy do lat 8 (czyn z art. 300 § 3 k.k.) wymierzone kary niezwykle rzadko (lub w ogóle) zbliżają się do górnej granicy ustawowego zagrożenia. Jak wynika z danych przedstawionych w tabeli nr 4 w latach 2008–2016 jedynie w 3 przypadkach, w których orzeczono karę pozbawienia wolności, wymiar tej kary przekroczył 2 lata i tylko w jednym z tych przypadków kara ta miała charakter bezwzględny (karę tę orzeczono w 2016 roku w odniesieniu do sprawcy przestępstwa z art. 300 § 3 k.k.).

Sprawcom przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. zdecydowanie częściej wymierzono karę pozbawienia wolności poniżej 1 roku (tak było w co najmniej 2/3 przypadków, w których wymierzono karę pozbawienia wolności, a często poziom ten sięgał 3/4), przy czym najbardziej popularna wydawała się być kara do 6 miesięcy pozbawienia wolności (ok. 50% przypadków). Również sprawcom przestępstwa z art. 300 § 1 k.k. wymierzano raczej karę pozbawienia wolności poniżej 1 roku (poza rokiem 2009, kiedy liczba przypadków, w których wymiar kary wynosił poniżej 1 roku, był tożsamy z liczbą przypadków, w których orzeczono karę w przedziale od 1 roku do 2 lat). Kara pozbawienia wolności w wymiarze od 1 roku do 2 lat pojawiła się częściej w wyrokach skazujących za czyn z art. 300 § 3 k.k. Mowa corocznie o co najmniej 50% przypadków, a w niektórych latach poziom ten przekraczał 75%. Nie można jednak zapominać, że w zdecydowanej większości przypadków nie miała ona charakteru bezwzględnie. Trudno natomiast wyciągnąć jednoznaczny wniosek w odniesieniu do wymiaru kary pozbawienia wolności orzekanej za czyn z art. 301 § 1 k.k. z uwagi na znikomą ilość danych.

Tabela 4. Wymiar kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016

Czyn z k.k.	Wymiary kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016							
	do 6 m-cy		7–11 m-cy		1–2 l.		ponad 2 l.	
	razem	z zawiesz.	razem	z zawiesz.	razem	z zawiesz.	razem	z zawiesz.
Rok	2008							
Art. 300 § 1	27	27	24	24	23	22	0	0
Art. 300 § 2	265	254	148	144	152	145	0	0
Art. 300 § 3	4	4	5	5	33	29	0	0
Art. 301 § 1	1	1	2	2	4	3	0	0
Rok	2009							
Art. 300 § 1	13	13	14	14	27	27	0	0
Art. 300 § 2	201	191	119	116	130	129	0	0
Art. 300 § 3	5	5	3	3	24	20	0	0
Art. 301 § 1	0	0	2	2	4	4	0	0

Czyn z k.k.	Wymiary kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016							
	do 6 m-cy		7–11 m-cy		1–2 l.		ponad 2 l.	
	razem	z za-wiesz.	razem	z za-wiesz.	razem	z zawiesz.	razem	z za-wiesz.
Rok	2010							
Art. 300 § 1	14	14	19	19	23	22	0	0
Art. 300 § 2	188	180	115	112	133	129	0	0
Art. 300 § 3	2	2	10	10	15	15	0	0
Art. 301 § 1	2	2	1	1	4	4	0	0
Rok	2011							
Art. 300 § 1	12	12	9	9	19	19	0	0
Art. 300 § 2	214	208	108	105	92	92	0	0
Art. 300 § 3	3	3	10	10	19	19	0	0
Art. 301 § 1	1	1	0	0	3	3	0	0
Rok	2012							
Art. 300 § 1	18	18	9	9	10	9	0	0
Art. 300 § 2	206	200	116	115	129	128	0	0
Art. 300 § 3	2	2	2	2	19	18	1	0
Art. 301 § 1	1	1	0	0	4	3	0	0
Rok	2013							
Art. 300 § 1	18	18	12	12	18	17	0	0
Art. 300 § 2	223	216	102	100	110	106	0	0
Art. 300 § 3	1	1	1	1	31	30	0	0
Art. 301 § 1	1	1	0	0	0	0	0	0

Czyn z k.k.	Wymiary kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016							
	do 6 m-cy		7–11 m-cy		1–2 l.		ponad 2 l.	
	razem	z zawiesz.	razem	z zawiesz.	razem	z zawiesz.	razem	z zawiesz.
Rok	2014							
Art. 300 § 1	18	18	10	10	11	10	0	0
Art. 300 § 2	219	213	112	110	113	111	0	0
Art. 300 § 3	4	4	7	7	28	27	0	0
Art. 301 § 1	1	1	1	1	0	0	0	0
Rok	2015							
Art. 300 § 1	18	18	14	13	11	10	0	0
Art. 300 § 2	228	222	105	101	94	91	0	0
Art. 300 § 3	0	0	9	9	16	16	0	0
Art. 301 § 1	0	0	2	2	4	4	0	0
Rok	2016							
Art. 300 § 1	23	23	11	10	16	16	0	0
Art. 300 § 2	152	141	81	78	81	76	0	0
Art. 300 § 3	3	3	6	6	25	23	1	1
Art. 301 § 1	0	0	0	0	1	1	1	0

Drugą z najczęściej stosowanych kar za omawiane przestępstwa przeciwko wierzycielom była kara grzywny. Tabela nr 5 przedstawia wymiar kary grzywny orzeczonej w latach 2008–2016. Tabela obrazuje liczbę przypadków, w których orzeczono karę grzywny do 1500 zł, pomiędzy 1501 zł a 5000 zł oraz powyżej 5000 zł w każdym ze wskazanych lat. Posługiwanie się karą grzywny określoną kwotowo zostało wprowadzone w statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości najpewniej w celach porządkowych i dla jasności przekazu. Zgodnie z art. 33 § 1 k.k., grzywnę wymierza się w stawkach dziennych, określając liczbę stawek oraz wysokość jednej stawki. Karę grzywny w wymiarze kwotowym uzyskano najpewniej w wyniku mnożenia liczby stawek i wartości pojedynczej

stawki orzeczonej w danym wyroku. Dla ułatwienia, taki schemat zastosowano również w niniejszej publikacji.

Analizę poniższej tabeli nr 5 warto rozpocząć od analizy grzywny wymierzonej za czyn z art. 300 § 2 k.k. (z uwagi na najznaczniejszą ilość danych). W latach 2008–2016 orzekano w zdecydowanej większości kary grzywny w wymiarze do 1500 zł oraz w przedziale od 1501 zł do 5000 zł. Grzywnę w łącznej wysokości ponad 5000 zł za czyn z art. 300 § 2 k.k. orzeczono jedynie 14 razy w analizowanym przedziale czasowym, przy czym 8 przypadków orzeczenia tej kary (a więc ponad 50%) przypada na lata 2014–2016. W latach 2008–2012 dominowała kara grzywny w wysokości do 1500 zł (grzywna w tej wysokości została orzeczona w co najmniej 70% przypadków orzeczenia kary grzywny za czyn z art. 300 § 2 k.k.).

Tabela 5. Wymiar kary grzywny samoistnej w latach 2008–2016

Czyn z k.k.	Wymiar kary grzywny samoistnej w latach 2008–2016					
	2008			2009		
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł
Art. 300 § 1	1	2	0	0	0	0
Art. 300 § 2	44	15	0	27	8	0
Art. 300 § 3	0	0	0	0	0	0
Art. 301 § 1	3	0	0	0	0	0
	2010			2011		
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł
Art. 300 § 1	3	0	0	0	1	1
Art. 300 § 2	28	11	1	29	5	4
Art. 300 § 3	0	0	0	0	0	0
Art. 301 § 1	0	0	0	0	0	0
	2012			2013		
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł
Art. 300 § 1	2	0	0	0	0	0
Art. 300 § 2	33	9	1	25	19	0
Art. 300 § 3	0	1	0	0	0	0
Art. 301 § 1	0	0	0	0	0	0

Czyn z k.k.	Wymiar kary grzywny samoistnej w latach 2008–2016					
	2014			2015		
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł
Art. 300 § 1	0	1	0	0	1	0
Art. 300 § 2	31	14	2	18	26	2
Art. 300 § 3	0	0	0	0	0	0
Art. 301 § 1	0	0	0	1	0	0
	2016					
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł			
Art. 300 § 1	5	9	1			
Art. 300 § 2	63	58	4			
Art. 300 § 3	1	2	1			
Art. 301 § 1	0	0	0			

Od 2013 roku liczba przypadków orzeczenia kary grzywny w przedziale od 1501 zł do 5000 zł zaczęła rosnąć (choć w 2014 roku była ponownie niższa). W 2015 roku za czyn z art. 300 § 2 k.k. częściej orzekano karę grzywny w tym przedziale, a w 2016 roku liczba przypadków, w których orzekono karę grzywny do 1500 zł i w przedziale 1501–2000 zł była zbliżona. To mogłoby wskazywać na wzrost łącznej wartości grzywny, co mogło być wynikiem orzekania większej liczby stawek dziennych lub ustalania stawki dziennej w wyższej wysokości. Nie można zapominać, że ustalając stawkę dzienną, zgodnie z art. 33 § 3 k.k., sąd ma obowiązek wziąć pod uwagę m.in. dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe i możliwości zarobkowe. Można się zastanowić, czy to stopniowe przesuwanie się kar grzywny do przedziału kar o wyższej wysokości nie miało związku ze zmianami w wysokości płacy minimalnej. Zmianę wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę obrazuje tabela nr 6.

Tabela 6. Zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w latach 2008–2016

Rok	Płaca minimalna
2008	1126 zł
2009	1276 zł
2010	1317 zł
2011	1386 zł
2012	1500 zł
2013	1600 zł
2014	1680 zł
2015	1750 zł
2016	1850 zł

Od 2013 roku minimalne wynagrodzenie za pracę przekraczało 1500 zł, wynosząc 1600 zł. Naturalnie, nie oznacza to, iż każdy sprawca przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. świadczył pracę na podstawie umowy o pracę i wskaźnik dotyczący zmiany wynagrodzenia minimalnego bezpośrednio go dotyczył. Zmiany w wysokości płacy minimalnej mogą co najwyżej wskazywać na ogólny poziom zamożności społeczeństwa, w tym sprawców. Gdyby związek pomiędzy wysokością kar a minimalnym wynagrodzeniem za pracę był rzeczywiście uzasadniony, można by zaryzykować tezę, że sprawcami przestępstw z art. 300 § 2 k.k. byli w analizowanych latach często ludzie o niewielkich możliwościach zarobkowych (choć tezę tę należy traktować z ostrożnością).

W stosunku do sprawców czynu z art. 300 § 1 k.k. w latach 2008–2016 częściej orzekano karę grzywny mieszczącą się w przedziale 1500–5000 zł (14 przypadków) niż karę w wysokości do 1500 zł (karę tę orzeczono w 11 przypadkach). Karę wyższą, tj. powyżej 5000 zł orzeczono w jednym przypadku. W połowie przypadków orzeczenia kary grzywny w stosunku do sprawców przestępstwa z art. 300 § 3 k.k. kara ta mieściła się w przedziale 1501–5000 zł (choć nie można zapomnieć, że mowa

o 3 z 6 przypadków). Natomiast we wszystkich sytuacjach orzeczenia kary grzywny w stosunku do sprawców przestępstwa z art. 301 § 1 k.k. nie przekraczała ona 1500 zł (4 przypadki).

Zgodnie z art. 33 § 2 k.k. sąd może wymierzyć grzywnę także obok kary pozbawienia wolności, jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub korzyść taką osiągnął. Sądy korzystały z tej możliwości również w stosunku do sprawców przestępstw z art. 300 § 1–3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k., co obrazuje tabela nr 7. Poniższe dane pokazują liczbę przypadków wymierzenia kary pozbawienia wolności, liczbę przypadków nałożenia grzywny obok kary pozbawienia wolności oraz stosunek procentowy tych wartości.

Już pobieżna analiza danych prowadzi do wniosku, że grzywna obok kary pozbawienia wolności występuje częściej niż kara grzywny samoistnej. Najlepiej obrazuje to następujące porównanie: najwięcej przypadków wymierzenia kary grzywny samoistnej odnotowano w 2016 roku w odniesieniu do sprawców przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. (przy czym mowa o liczbie niespotykanej w latach poprzedzających); tymczasem, liczba przypadków wymierzenia kary grzywny obok kary pozbawienia wolności w stosunku do sprawców czynu z art. 300 § 2 k.k. była niejednokrotnie niemal dwa razy wyższa (lata 2008–2009).

W przypadku sprawców przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. na przestrzeni lat 2008–2013 w co najmniej 50% przypadków kara pozbawienia wolności łączyła się z karą grzywny. W kolejnych latach poziom był niższy (choć nie mniejszy niż 40%). Poziom orzekania tej kary w stosunku do sprawców czynu z art. 300 § 1 k.k. wahał się pomiędzy 43% a 61%. Ze względów opisanych już wcześniej znacznie trudniej o jednoznaczne wnioski w oparciu o dane dotyczące wymiaru kary grzywny za czyny z art. 300 § 3 k.k. i art. 301 § 1 k.k.

Tabela 7. Kara grzywny obok kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016

Czyn z k.k.	Kary grzywny obok kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016					
	2008			2009		
	k.p.w.	k.g.	%	k.p.w.	k.g.	%
Art. 300 § 1	74	36	49%	54	25	46%
Art. 300 § 2	565	304	54%	450	248	55%
Art. 300 § 3	42	13	31%	32	24	75%
Art. 301 § 1	7	3	43%	6	4	67%
	2010			2011		
	k.p.w.	k.g.	%	k.p.w.	k.g.	%
Art. 300 § 1	56	34	61%	40	17	43%
Art. 300 § 2	436	234	54%	414	239	58%
Art. 300 § 3	27	20	74%	32	13	41%
Art. 301 § 1	7	4	57%	4	4	100%
	2012			2013		
	k.p.w.	k.g.	%	k.p.w.	k.g.	%
Art. 300 § 1	37	20	54%	48	28	58%
Art. 300 § 2	451	226	50%	435	225	52%
Art. 300 § 3	24	10	42%	33	21	64%
Art. 301 § 1	5	3	60%	1	0	0%
	2014			2015		
	k.p.w.	k.g.	%	k.p.w.	k.g.	%
Art. 300 § 1	39	18	46%	43	24	56%
Art. 300 § 2	444	197	44%	427	199	47%
Art. 300 § 3	39	17	44%	25	15	60%
Art. 301 § 1	2	2	100%	6	6	100%

Czyn z k.k.	Kary grzywny obok kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016					
	2016					
	k.p.w.	k.g.	%			
Art. 300 § 1	50	24	48%			
Art. 300 § 2	314	128	41%			
Art. 300 § 3	35	25	71%			
Art. 301 § 1	2	1	50%			

Tabela nr 8 obrazuje wymiar kary grzywny orzekanej obok kary pozbawienia wolności. Sposób ujęcia tych kar w tabeli jest identyczny z tym, jaki przyjęto dla grzywny samoistnej (mowa o ujęciu kwotowym). Podobnie jak w przypadku grzywny samoistnej, w latach 2008–2016 dominowały kary najniższe, o łącznej wysokości do 1500 zł. Widać to w szczególności na przykładzie kar grzywny orzekanych za przestępstwa z art. 300 § 2 k.k.

Tabela 8. Wymiar kary grzywny obok kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016

Czyn z k.k.	Wymiar kary grzywny obok kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016					
	2008			2009		
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł
Art. 300 § 1	26	10	0	14	10	1
Art. 300 § 2	263	37	4	210	37	1
Art. 300 § 3	1	10	2	7	10	7
Art. 301 § 1	1	1	1	4	0	0
	2010			2011		
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł
Art. 300 § 1	20	10	4	9	8	0
Art. 300 § 2	192	36	6	201	37	1
Art. 300 § 3	6	9	5	5	3	5
Art. 301 § 1	2	0	2	1	2	1

Czyn z k.k.	Wymiar kary grzywny obok kary pozbawienia wolności w latach 2008–2016					
	2012			2013		
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł
Art. 300 § 1	13	6	1	18	10	0
Art. 300 § 2	186	34	6	176	45	4
Art. 300 § 3	1	7	2	6	9	6
Art. 301 § 1	3	0	0	0	0	0
	2014			2015		
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł
Art. 300 § 1	12	5	1	13	10	1
Art. 300 § 2	157	35	5	155	43	1
Art. 300 § 3	7	3	7	7	5	3
Art. 301 § 1	2	0	0	2	3	1
	2016					
	do 1500 zł	1501–5000 zł	ponad 5000 zł			
Art. 300 § 1	15	7	2			
Art. 300 § 2	85	41	2			
Art. 300 § 3	11	9	5			
Art. 301 § 1	0	1	0			

Jak już sygnalizowano, do 2016 roku karę ograniczenia wolności w stosunku do sprawców opisywanych przestępstw przeciwko wierzytelności stosowano rzadko (zob. tabela nr 2). Wymiar tej kary oraz sposób jej wykonywania podlegały wielu modyfikacjom w analizowanych latach i szczegółowy opis tych zmian przekracza zakres niniejszej publikacji. W skrócie można stwierdzić, że dominowały kary do 12 miesięcy pozbawienia wolności. W praktyce kara ograniczenia wolności niemal w 100% przypadków przybrała formę nieodpłatnej pracy na cele społeczne. Jedynie w pojedynczym przypadku w 2016 roku orzeczono karę ograniczenia wolności poprzez potrącenie kwoty wynagrodzenia.

Jak już sygnalizowano, w 2015 roku pojawiła się możliwość orzeczenia kary mieszanej, czyli kary pozbawienia wolności łączonej z karą

ograniczenia wolności. Karę tę wymierzono do 2016 roku w 3 przypadkach wyłącznie w stosunku do sprawców czynu z art. 300 § 2 k.k. W 2015 roku karę pozbawienia wolności w wymiarze do 3 miesięcy połączono z karą ograniczenia wolności w wymiarze do 6 miesięcy, a kolejnym roku z karą ograniczenia wolności w wymiarze powyżej 6 miesięcy do 1 roku.

Charakter kary samoistnej mogą również w określonych przypadkach mieć środki karne lub środki kompensacyjne¹⁶. Możliwość taką przewiduje art. 59 § 1 k.k. oraz art. 60 § 7 k.k. Z punktu widzenia specyfiki omawianych tutaj przestępstw najistotniejsze znaczenie mają środki o charakterze ekonomicznym. Z danych Ministerstwa Sprawiedliwości wynika, że na przestrzeni lat 2008–2016 w pojedynczym przypadku (w 2008 roku) w stosunku do sprawcy przestępstwa z art. 300 § 1 k.k. orzeczono środek w postaci świadczenia pieniężnego mający charakter kary samoistnej. Co więcej, z danych Ministerstwa Sprawiedliwości nie wynika, aby w stosunku do sprawców czynów art. 300 § 1–3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k. orzeczono jakikolwiek inny środek karny (dotyczy to również środków o charakterze niemajątkowym) lub środek kompensacyjny mający charakter kary samoistnej. Brak jest niestety danych dotyczących orzekania środków karnych lub środków kompensacyjnych obok kary głównej.

Konkluzje

Z powyższych danych płyną następujące wnioski. Po pierwsze od 1999 roku można zaobserwować znaczny wzrost liczby wydawanych wyroków w odniesieniu do analizowanych przestępstw (dotyczy to zwłaszcza przestępstw z art. 300 § 2 k.k. oraz art. 300 § 1 k.k.). Wzrost ten był do 2004–2005 roku stosunkowo stabilny. Z kolei od 2006 roku poziom skazań za omawiane przestępstwa zaczął rokrocznie spadać. Zakładając, że system sądownictwa działał z taką samą wydajnością, spadek liczby wydanych wyroków musiał łączyć się z mniejszą liczbą aktów oskarżenia wniesionych do sądu, jak również mniejszą liczbą postępowań przygotowawczych prowadzonych w odniesieniu do analizowanych czynów. Trudno doszukać się uzasadnienia dla takiego zjawiska. Nic nie wskazuje, aby po 2006 roku miało zmienić się nastawienie

¹⁶ Struktura środków karnych i kompensacyjnych uległa zmianie w ostatnich latach, szczegółowe omawianie niniejszych zmian również wykracza poza zakres niniejszej publikacji.

organów postępowania karnego (policji i sądów) do ścigania omawianych tu przestępstw. Naturalnie, sytuacja ta mogła wynikać ze spadku ogólnego poziomu przestępczości przeciwko wierzycielom. Paradoksalnie wydawałoby się jednak, że światowy kryzys gospodarczy, który rozpoczął się w 2008 roku, oraz spowolnienie polskiej gospodarki w kolejnych latach mogły dotknąć polskich przedsiębiorców i sprzyjać próbom uciekania z majątkiem w sposób opisany w art. 300 § 1–3 k.k. i art. 301 § 1 k.k.

Drugą cechą charakterystyczną statystyk sądowych jest zdecydowana przewaga wyroków skazujących za czyn z art. 300 § 2 k.k., co musiało łączyć się ze znacznie większą liczbą wniesionych do sądu aktów oskarżenia i postępowań przygotowawczych prowadzonych w stosunku do sprawców tego przestępstwa. Pozostałe z opisywanych tu przestępstw pojawiły się w znaczeniu rzadziej w statystykach. Dane dotyczące wyroków skazujących za czyn z art. 300 § 1 k.k. (drugiego statystycznie najpowszechniejszego przestępstwa przeciwko wierzycielom) były nieporównywalnie niższe, a znaczenie art. 300 § 3 i art. 301 § 1 k.k. jako podstawy skazania było jeszcze mniejsze. Przyczyna tej sytuacji może leżeć w skomplikowanej już na pierwszy rzut oka konstrukcji znamion opisanych przestępstw, która może przekładać się na trudność w interpretacji obowiązującego przepisu karnego, ustalenia znaczenia normy prawnej i przyporządkowania stanów faktycznych do sformułowanej w wyniku wykładni normy prawnej.

Jedną z najbardziej kłopotliwych kwestii jest przedmiotowy i podmiotowy zakres stosowania art. 300 § 1–3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k. Problem ze zdefiniowaniem zakresu stosowania (i w konsekwencji również zakresu penalizacji) wynika z wątpliwości odnośnie przedmiotu (dobra prawnego chronionego przez dany przepis) i podmiotu (a więc osoby sprawcy) prezentowanych przestępstw. Analizowane przestępstwa mają charakter przestępstw indywidualnych właściwych, tzn. mogą być popełnione wyłącznie przez dłużnika (z zastrzeżeniem treści art. 308 k.k., który rozciąga odpowiedzialność na zarządców dłużnika). Najwięcej kontrowersji w doktrynie i orzecznictwie budzi odpowiedź na pytanie, czy dłużnik musi posiadać dodatkową cechę przedsiębiorcy, ewentualnie, czy musi pozostawać w relacji z wierzycielem przedsiębiorcą (w tym wypadku za cechę indywidualizującą można spróbować uznać fakt posiadania wierzyciela – przedsiębiorcy) i jaka wiarygodność w tym układzie podlega ochronie analizowanych przepisów k.k. W doktrynie i orzecznictwie prezentuje się pięć różnych stanowisk w tym zakresie, przy czym przestępstwo z art. 300 § 2 k.k. traktowane jest odmiennie

od pozostałych. Problem ten ma charakter złożony i ramy niniejszej publikacji nie pozwalają na jego szczegółowe omówienie. W skrócie można powiedzieć, że o ile w przypadku przestępstw z art. 300 § 1 i § 3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k. najczęściej dla ich zastosowania wymaga się powiązania okoliczności stanu faktycznego z działalnością gospodarczą, czy to dłużnika, czy to pokrzywdzonego wierzyciela, o tyle wymogu tego z reguły nie stosuje się do przestępstw z art. 300 § 2 k.k. To z kolei oznacza, że w praktyce więcej stanów faktycznych można zakwalifikować jako czyn z art. 300 § 2 k.k.

Opis czynu z art. 301 § 1 k.k., określając osobę sprawcy, zawiera dodatkowe nieostre pojęcie. Mianowicie, przestępstwo z art. 301 § 1 k.k. może popełnić „dłużnik kilku wierzycieli”. Różne są poglądy na to, jak pojęcie „kilku wierzycieli” z art. 301 § 1 k.k. odnieść do pojęcia „wielu wierzycieli” z art. 300 § 3 k.k.

Nie mniej wątpliwości budzi pojęcie „grożącej niewypłacalności lub upadłości” występujące w opisie czynu z art. 300 § 1 k.k. (i w konsekwencji również czynu z art. 300 § 3 k.k., który stanowi kwalifikowaną postać czynu z art. 300 § 1 k.k.). Samo pojęcie „niewypłacalności” i „upadłości” jest trudne do sprecyzowania i wymaga odniesienia do innej gałęzi prawa (tj. prawa upadłościowego), w którym pełni odmienne funkcje. Definicje zawarte w prawie upadłościowym pełne są niuansów, a domniemania dotyczące stanu niewypłacalności budziły i budzą wiele zastrzeżeń. W tym kontekście pojęcie „grożącej niewypłacalności lub upadłości” ma charakter dalece nieostry. Praktyka nie daje jasnej odpowiedzi na pytanie, jak przesłanka ta miałaby być ustalana w toku postępowania przygotowawczego i sądowego.

Na tle nieprecyzyjnych i nierzadko trudnych do ustalenia przesłanek przestępstw z art. 300 § 1 i § 3 k.k. oraz art. 301 § 1 k.k. opis czynu z art. 300 § 2 k.k. wydaje się być bardziej przystępny i pozwalający zakwalifikować dane zachowanie jako przestępstwo. Przepis ten nakazuje ściganie sprawcy, który wyzbywa się majątku w celu udaremnienia egzekucji orzeczenia. Najczęściej dotyczy to sytuacji, w których w toku procesu sądowego lub niedługo po jego zakończeniu (z pozytywnym dla wierzyciela wynikiem) pozwany dłużnik lub jego reprezentant rozporządzają składnikami majątku dłużnika, uniemożliwiając wierzycielowi prowadzenie z nich egzekucji¹⁷. Decydujące znaczenie ma tutaj istnienie lub per-

¹⁷ Mowa tu o najczęstszym stanie faktycznym. Jak już zaznaczono, znacznie więcej typów zachowań bywa kwalifikowanych jako czyn z art. 300 § 2 k.k., przykładowo: zaniechanie przedstawienia zajętego pojazdu na licytację komorniczą w trakcie egzekucji lub

spektywa wydania orzeczenia organu państwowego, w obawie przed którym działa dłużnik. Wydaje się, że jest to okoliczność, której wystąpienie łatwiej stwierdzić niż warunki grożącej dłużnikowi niewypłacalności lub upadłości. Dodatkowo, dla przypisania odpowiedzialności za czyn z art. 300 § 3 k.k., niezbędne jest, aby zachowanie sprawcy wyrządziło szkodę wielu wierzycielom, co (niezależnie od braku precyzji tego pojęcia) wymaga z reguły podjęcia czynności mających na celu identyfikację „wielu” wierzycieli danego dłużnika przez organy ścigania. Podobny problem występuje w przypadku kwalifikacji zachowania sprawcy jako czyn z art. 301 § 1 k.k., którego opis odnosi się do „kilku wierzycieli”.

Powyższe względy oraz brak wymogu powiązania czynu z art. 300 § 2 k.k. z obrotem gospodarczym są najprawdopodobniej przyczynami, dla których znacznie więcej zachowań bywa kwalifikowanych jako przestępstwo z art. 300 § 2 k.k., co przekłada się na powszechniejsze występowanie wyroków skazujących za to przestępstwo w statystykach sądowych.

Trudno natomiast wytłumaczyć kolejny charakterystyczny element przedstawionych statystyk, a mianowicie rodzaj reakcji karnej, z którą opisywane tu przestępstwa się spotykają. Mimo ekonomicznej natury tych przestępstw, wymierzane kary nie mają charakteru sankcji ekonomicznej. Niemal zasadą jest, że sprawcom przestępstw z art. 300 § 1–3 oraz art. 301 § 1 k.k. wymierza się karę pozbawienia wolności, której w części przypadków towarzyszy grzywna. Kara pozbawienia wolności w dominującej liczbie przypadków nie przekracza 1 roku i w ponad 90% przypadków orzekana jest z zawieszeniem jej wykonania. Grzywna wymierzana obok kary pozbawienia wolności z reguły nie przekracza łącznej kwoty 1500 zł. Grzywna mająca charakter kary samoistnej wymierzana jest rzadko. Analiza danych za 2016 rok pokazuje, że sytuacja może nieznacznie ulec zmianie na rzecz szerszego stosowania kar nieizolacyjnych. Nie zmienia to jednak faktu, że kara pozbawienia wolności pozostanie najbardziej typową sankcją wymierzaną sprawcom analizowanych przestępstw.

Nie można zapominać, że istotą tych przestępstw jest wyrządzenie szkody wierzycielowi, polegającej na braku możliwości zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności (w całości lub w części). Wierzyciel nie rzadko oczekuje naprawienia szkody. Celowi temu służą środki kompensacyjne, w szczególności obowiązek naprawienia szkody i nawiązka. Dostępne dane nie wskazują, aby w latach 2008–2016 któryś z ww.

sprzedaż przedmiotu zajętego na podstawie postanowienia prokuratora o zabezpieczeniu w toku postępowania karnego dotyczącego innego czynu.

środków orzeczono w stosunku do sprawcy przestępstwa przeciwko wierzycielom¹⁸ w ramach kary samoistnej. Brak jest natomiast danych o orzeczeniu ww. środków obok kary głównej. Można jednak domniemywać, że przypadki te nie należą do częstych. Spośród grupy analizowanych przestępstw, najczęściej popełnianym lub najczęściej ściganym jest czyn z art. 300 § 2 k.k., a paradoksalnie wypełnienie znamion tego przestępstwa i przypisanie sprawcy odpowiedzialności może w najbardziej popularnych scenariuszach uniemożliwić obciążenie sprawcy środkiem kompensacyjnym. Jak wskazano powyżej, opis czynu z art. 300 § 2 k.k. zakłada istnienie lub perspektywę wydania orzeczenia, które podlegałoby egzekucji i którego przedmiotem w zdecydowanej większości przypadków jest obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej. Pokrzywdzony wierzyciel z reguły w toku postępowania przygotowawczego dysponuje już tytułem wykonawczym przeciwko dłużnikowi-sprawcy. Okoliczność ta powoduje, że na przeszkodzie obciążenia sprawcy przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. obowiązkiem naprawienia szkody lub nawiązką stanie treść art. 415 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1904) („k.p.k.”). W myśl tego przepisu, nawiązki na rzecz pokrzywdzonego, obowiązku naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę nie orzeka się, jeżeli roszczenie wynikające z popełnienia przestępstwa jest przedmiotem innego postępowania albo o roszczeniu tym prawomocnie orzeczono. Naturalnie, nie powinno się utożsamiać orzeczenia zobowiązującego do zapłaty wierzytelności wydanego w postępowaniu cywilnym poprzedzającym postępowanie karne z orzeczeniem o obowiązku odszkodowawczym związanym z brakiem możliwości zaspokojenia tej wierzytelności wydanym w postępowaniu karnym. Niemniej jednak można się spodziewać, że sąd wydający wyrok karny odbierze wniosek o orzeczenie środka kompensacyjnego jako próbę wykreowania dodatkowego tytułu wykonawczego przeciwko sprawcy będącego jednocześnie dłużnikiem i odmówi jego uwzględnienia. Powyższy problem nie występuje, gdy brak jest tożsamości pomiędzy osobą dłużnika i osobą sprawcy, tj. wówczas, gdy przymiot dłużnika przysługuje osobie prawnej, a sprawcą przestępstwa przeciwko wierzycielom ponoszącym odpowiedzialność „jak dłużnik” jest jej reprezentant na zasadzie art. 308 k.k.

¹⁸ Jak wskazano powyżej, odnotowano pojedynczy przypadek zobowiązania sprawcy do świadczenia pieniężnego, jednakże celem tego środka nie jest naprawienie szkody wyrządzonej wierzycielowi. Jego beneficjentem jest podmiot, który pełni określone cele społeczne.

Sytuacja, w której ściganiu podlega przede wszystkim jedno z czterech analizowanych przestępstw, tj. czyn z art. 300 § 2 k.k., oraz rodzaj sankcji, z którą przestępstwo to się spotyka (głównie kara pozbawienia wolności wymierzana na okres kilku miesięcy, niemająca charakteru bezwzględnego), z całą pewnością nie jest optymalna. Polityka organów ścigania i sądów wobec sprawców nie zapobiega kolejnym przestępstwom i nie pozwala na kompensację szkody pokrzywdzonych. Wręcz przeciwnie, sprawcy mogą czuć się bezkarni. Znaczna część ich czynów nie podlega ściganiu, a w przypadku skazania wymierza się im karę, która w żaden sposób nie dotyka korzyści finansowych uzyskanych w wyniku przestępstwa. Odpowiedzialnością za ten stan rzeczy nie można w całości obciążyć organów procesowych. Problem ze ściganiem przedstawionych przestępstw bierze się przede wszystkim z ich skomplikowanej i pełnej niuansów struktury i to do zadań ustawodawcy należy dokonanie jej zmiany, a być może nawet ograniczenie ścigania do przestępstwa z art. 300 § 2 k.k. Wyraźnie widać potrzebę odmiennego podejścia przez sądy do sposobu karania przestępstw przeciwko wierzycielom. U źródeł działania dłużników/sprawców leży najczęściej chęć ucieczki przed obowiązkiem zaspokojenia wierzytelności wierzyciela. Sprawca/dłużnik czerpie korzyść z takiego zachowania, albowiem unika pomniejszenia swojego majątku. To pozwala sformułować postulat, aby przenieść ciężar wymierzanych sankcji na kary o charakterze nieizolacyjnym i finansowym.

Penal policy of courts with regard to select offences against creditors in the light of statistical data from the Ministry of Justice

Abstract

This publication examines the penal policy adopted by courts towards perpetrators of offences described in Article 300, §§ 1–3 and Article 301, § 1 of the Penal Code, in the light of data made available by the Ministry of Justice. The select offences belong to the broadly defined category of offences against business transactions and to the narrowly defined group of offences against creditors. In most general terms, the offences consist in transferring a debtor's assets in such a way as to affect the debtor's ability to satisfy creditors. All of the select offences are legally substantive

in their nature. The available data include those concerning judgements of conviction issued between 1999 and 2016 in cases involving the aforesaid offences, and those concerning sentences imposed on perpetrators of the aforesaid offences between 2008 and 2016. The analysis of the data leads to the following conclusions: (a) between 1999 and 2004 (or 2005 for some of the offences), a number of convictions for the aforesaid offences was continuously increasing, while it started to fall after 2006, which must have been linked to the lower number of preparatory proceedings and indictments; (b) statistics show that convictions for the offence under Article 300, § 2 of the Penal Code (disposal of assets in order to prevent the execution of a ruling of a public authority) were predominant; (c) most often, the penalty of deprivation of liberty for up to one year was imposed, with the execution of the penalty being suspended for a probation period. This publication calls for rethinking the structure of the select offences against creditors, as difficulties with ascertaining criteria for most of those offences cannot hinder their prosecution. It also demands that courts switch to non-isolation punishments as these are more adequate for economic offences.

Marek Bielski

Zakres zastosowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej z art. 85 § 3 i 3a k.k.

Streszczenie

Artykuł został poświęcony analizie kontrowersji wykładniczych związanych z określeniem zakresu zastosowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci zakazu łączenia kar, które ujawniły się doktrynie i orzecznictwie sądowym na tle znowelizowanego brzmienia art. 85 § 3 i 3a k.k. W tekście przedstawiono argumenty przemawiające za przyjęciem na gruncie wskazanych przepisów tzw. niesynonimicznego modelu wykładni terminów „kara wykonywana” i „kara odbywana”, co uzasadnione jest na płaszczyźnie wykładni językowej względami gwarancyjnymi. Ponadto przedstawiono konsekwencje przyjęcia takiej wykładni, prowadzące do nieuzasadnionego ze względów kryminalnopolitycznych zawężenia zakresu zastosowania zakazu łączenia kar w porównaniu z pierwotnym ujęciem tej negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej. Jednocześnie wyrażono postulat pilnej nowelizacji art. 85 § 3 i 3a k.k. poprzez takie określenie relacji pomiędzy karami podlegającymi zakazowi łączenia, aby nie budziło wątpliwości, że taki zakaz aktualizuje się w każdym przypadku łączenia kary wymierzonej za nowe przestępstwo z karą wymierzoną za wcześniej popełnione przestępstwo, o ile nowe przestępstwo zostało popełnione zanim została wykonana w całości kara za wcześniej popełnione przestępstwo.

Obowiązujące od 1 lipca 2015 r. zmiany w zakresie regulacji rozdz. IX k.k. istotnie zmodyfikowały tradycyjne przyjmowane w polskim systemie prawa karnego założenia instytucji kary łącznej, wprowadzając nowy model tzw. kary łącznej „kroczącej”¹. W świetle deklarowanych

¹ Odnośnie do założeń nowego modelu kary łącznej zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015, s. 451 i n.; P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53–116, Warszawa 2016, s. 398 i n.; M. Bielski, Przesłanki wymiaru kary łącznej orzekanej w trybach wyroku skazującego i wyroku łącznego na tle nowego modelu kary łącznej, *Palestra* 2015, nr 7–8, s. 86 i n.

założeń legislacyjnych nowelizacja przepisów dotyczących kary łącznej miała na celu zracjonalizowanie i uproszczenie zasad stosowania tej instytucji². Jak pokazuje praktyka wymiaru sprawiedliwości przedmiotowe zmiany normatywne nie doprowadziły do realizacji zakładanych przez ustawodawcę celów, zastępując wcześniej występujące problemy wykładnicze nowymi skomplikowanymi zagadnieniami interpretacyjnymi³. Jedną z najbardziej kontrowersyjnych kwestii dotyczących nowej regulacji kary łącznej dotyczy zakresu zastosowania negatywnej przesłanki jej wymiaru w postaci zakazu łączenia kar, która najpierw została uregulowana w art. 85 § 3 k.k. w brzmieniu pierwotnym, a obecnie w art. 85 § 3 i 3a k.k. Zastąpienie relewantnego na gruncie stanu prawnego, obowiązującego przed 1 lipca 2015 r., warunku nieprzedzielenia przestępstw pierwszym, chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich przez negatywną przesłankę wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym⁴ w postaci zakazu łączenia kar skutkuje w praktyce orzeczniczej równie istotnymi, a zarazem daleko idącymi rozbieżnościami w stosowaniu znowelizowanych przepisów. Źródłem kontrowersji wykładniczych są w szczególności zmiany normatywne, jakie nastąpiły w wyniku zastąpienia pierwotnego brzmienia art. 85 § 3 k.k. dwoma jednostkami redakcyjnymi tekstu prawnego z art. 85 § 3 i § 3a k.k. W doktrynie prawa karnego pod adresem art. 85 § 3 k.k. w brzmieniu pierwotnym⁵ podniesiono szereg wątpliwości interpretacyjnych związanych z wadliwym ujęciem tego przepisu na płaszczyźnie techniczno-legislacyjnej⁶. Podjęta w tym zakresie interwencja ustawodaw-

² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Sejm VII kadencji; druk 2393), pkt II.6.

³ Zob. krytyczne oceny nowego modelu formułowane w orzecznictwie m.in. w uchwale 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17, OSNKW 2018, nr 4, poz. 28.

⁴ Negatywna przesłanka wymiaru kary łącznej z art. 85 § 3 i § 3a k.k. odnosi się, podobnie zresztą jak negatywne przesłanki z art. 85 § 2 k.k. i § 4 k.k., wyłącznie do przypadków wymiaru kary łącznej w trybie wyroku łącznego. Zob. P. Kardaś, (w:) W. Wróbel, A. Zołł (red.), *Kodeks...*, s. 476; M. Bielski, *Przesłanki...*, s. 90–91.

⁵ Przepis art. 85 § 3 k.k. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2015 r., poz. 396), obowiązujący od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r., przewidywał, że: „Podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu z karą wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa, lub karą łączną, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu”.

⁶ Zob. J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 300 i n.; J. Giezek, *Kilka uwag o modyfikacji podstawy wymiaru kary łącznej*, (w:) P. Wiłński (red.), *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r.* Przewodnik

cza⁷ z jednej strony usunęła wcześniej sygnalizowane niedoskonałości legislacyjne pierwotnej regulacji, ale z drugiej strony znowelizowane przepisy art. 85 § 3 i § 3a k.k. wzbudziły jeszcze dalej idące i znacznie istotniejsze rozbieżności interpretacyjne niż pierwotne ujęcie art. 85 § 3 k.k.⁸ Zasadnicze wątpliwości wykładnicze wzbudziło odstępianie od konsekwentnego posługiwania się w art. 85 § 3 k.k. *in fine* terminem „kara wykonywana” dla zdefiniowania relacji czasowej zachodzącej pomiędzy przestępstwami w odniesieniu do których aktualizuje się zakaz łączenia kar. Używany pierwotnie w tym przepisie zwrot „kara wykonywana w chwili popełnienia przestępstwa” został *de lege lata* zastąpiony sformułowaniem „kara odbywana w czasie popełnienia przestępstwa”. Tym samym, o ile w pierwotnym ujęciu tego przepisu zakaz łączenia kar dotyczył kary wykonywanej w czasie popełnienia nowego przestępstwa z karą za to przestępstwo orzeczoną, o tyle po nowelizacji zakaz łączenia kar dotyczy kary odbywanej w czasie popełnienia nowego przestępstwa z karą za to przestępstwo orzeczoną.

W związku ze wskazaną zmianą normatywną przedstawiono dwie konkurencyjne koncepcje wykładni art. 85 § 3 k.k. *in fine*⁹. Część komentatorów, opierając się w tym zakresie na deklarowanych przez ustawodawcę motywach legislacyjnych zajęła stanowisko, że przedmiotowa zmiana nie ma charakteru merytorycznego, a jedynie redakcyjny. W konsekwencji pomimo użycia terminu „kara odbywana” dla scharakteryzowania jednej z kar podlegających zakazowi łączenia zwolennicy tzw. synonimicznego modelu wykładni uznali, że zakres zastosowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej jest niezmienny w porównaniu do

po zmianach, Warszawa 2015, s. 399 i n.; P. Kardas, (w:) W. Wróbel (red.), Nowelizacja..., s. 500 i n.; P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 476 i n.; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 marca 2016 r., sygn. II AKa 69/16, LEX nr 2039680.

⁷ Motywy, jakimi kierował się ustawodawca wprowadzając przedmiotową zmianę zostały jasno wyartykułowane w uzasadnieniu projektu nowelizacji, gdzie wskazano, że „proponycja ukształtowania na nowo treści dotychczasowego art. 85 § 3 wynika z uzasadnionych wątpliwości co do językowej poprawności obecnej redakcji. Wobec powyższego proponuje się, aby przepis ten został rozdzielony na dwie jednostki redakcyjne”. Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 11 marca 2016 r. (Sejmu RP VIII kadencji; druk nr 207).

⁸ Zob. w szczególności: postanowienie SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 12/16, OSNKW 2017, nr 2, poz. 8; postanowienie SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17, OSNKW 2017, nr 11, poz. 62; uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17, OSNKW 2018, nr 4, poz. 28.

⁹ Zob. postanowienie SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17, OSNKW 2017, nr 11, poz. 62.

stanu prawnego przed nowelizacją art. 85 § 3 k.k.¹⁰ W piśmiennictwie zaprezentowano również pogląd przeciwny, wskazujący że posłużenie się na gruncie znowelizowanego art. 85 § 3 k.k. terminami „kara wykonywana” i „kara odbywana” ma istotne znaczenie merytoryczne dla określenia zakresu zastosowania wynikającego z tego przepisu zakazu łączenia kar. Bazujący na wynikach wykładni językowej tzw. niesynonimiczny model wykładni został oparty na przyjęciu, że termin „wykonywanie kary” jest pojęciem o szerszym zakresie znaczeniowym niż termin „odbywanie kary”, w związku z czym posłużenie się w znowelizowanym art. 85 § 3 k.k. tym drugim terminem skutkowało zawężeniem zakresu zastosowania wynikającej z tego przepisu negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w porównaniu do pierwotnie obowiązującej regulacji¹¹. Oparcie wykładni art. 85 § 3 i 3a k.k. na założeniach jednego z dwóch prezentowanych alternatywnych modeli interpretacyjnych ma istotne znaczenie praktyczne dla rozstrzygnięcia, czy zakaz łączenia kar aktualizuje się, gdy nowe przestępstwo, za które zostaje wymierzona kara podlegająca łączeniu, zostało popełnione przez sprawcę w czasie stosowania wobec niego instytucji związanych z wykonywaniem kary, które prowadzą do wstrzymania lub zawieszenia faktycznego i efektywnego egzekwowania dolegliwości związanej z karą orzeczoną za wcześniej popełnione przestępstwo.

Rozstrzygnięcie sygnalizowanych fundamentalnych wątpliwości interpretacyjnych wymaga pogłębionej analizy jurystycznej, mającej na celu określenie zarówno charakteru prawnego, jak i normatywnej istoty negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym w postaci zakazu łączenia kar. Zasadnicze znaczenie ma w tym kontekście zdefiniowanie używanych dla wyznaczenia zakresu zastosowania zakazu łączenia kar terminów „kara wykonywana” oraz „kara odbywana” poprzez określenie zakresu znaczeniowego wskazanych terminów języka prawnego oraz ustalenie, czy terminy te mają na gruncie art. 85 § 3 i § 3a k.k. znaczenie synonimiczne, czy też niesynonimiczne. Zaznaczyć należy, że rozstrzygnięcie wskazanych wątpliwości interpretacyjnych jest zadaniem jurystycznie skomplikowanym z uwagi na szereg kontrowersji wykładniczych związanych z przesłankami wymiaru kary łącznej w wyroku łącz-

¹⁰ Zob. M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, nb 7 do art. 85; P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 475 i n.; S. Żółtek, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116, Warszawa 2017, nb 26 i n. do art. 85.

¹¹ Zob. D. Kała, M. Klubińska, Kara łączna i wyrok łączny, Kraków 2017, s. 75 i n.

nym, jakie ujawniły się w nauce prawa karnego i w orzecznictwie sądowym na tle założeń modelu tzw. kary łącznej kroczącej. Tym samym w zależności od przyjmowanych założeń odpowiedź na rodzące się na gruncie art. 85 § 3 i § 3a k.k. wątpliwości interpretacyjne może skutkować istotnie różniącymi się wynikami wykładni.

Dla wyznaczenia zakresu zastosowania zakazu łączenia kar istotne znaczenie ma określenie charakteru prawnego oraz normatywnej istoty tej negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym. Niewątpliwie art. 85 § 3 k.k. został pomyślany jako regulacja przewidująca mechanizm skutkujący zakazem łączenia kar w układach procesowych, w których sprawca skazany już wcześniej za przestępstwo lub przestępstwa na karę jednostkową lub na karę łączną popełnienia w czasie przypadającym po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonania tej kary nowe przestępstwo lub przestępstwa, za które została mu wymierzona kara lub kara łączna podlegająca łączeniu¹². Zakaz łączenia kar w wyroku łącznym aktualizuje się w przypadkach wystąpienia szczególnej relacji temporalnej pomiędzy czasem popełnienia nowego przestępstwa do czasu egzekwowania wobec sprawcy konsekwencji wynikających ze skazania za wcześniej popełnione przestępstwo¹³.

W kontekście założeń tkwiących u podstaw analizowanej regulacji szczególne znaczenie ma określenie rzeczywistej funkcji, jaką w nowym modelu tzw. kary łącznej kroczącej pełni zakaz łączenia kar. Odnosząc się do tego zagadnienia w pierwszej kolejności należy wskazać, że deklarowanym przez ustawodawcę celem wprowadzenia art. 85 § 3 k.k. było zapobieżenie faktycznej bezkarności sprawcy kolejnego przestępstwa popełnianego w trakcie wykonywania wcześniej orzeczonej kary. Zakaz łączenia kar miał zapobiegać negatywnym konsekwencjom orzekania kary łącznej w wyroku łącznym w stosunku do sprawców najcięższych przestępstw w wypadkach, w których z uwagi na surowość kar lub kar łącznych podlegających łączeniu, a jednocześnie z uwagi na ograniczenia ustawowe wynikające z ukształtowania górnej granicy rodzajowej wymiaru kary łącznej zaistniałaby konieczność wymierzenia kary łącznej, bądź to na zasadzie absorpcji, bądź na zasadzie asperacji zbliżającej się do absorpcji, co skutkowałoby trudną do zaakceptowania na płaszczyźnie kryminalnopolitycznej zbyt daleką idącą redukcją odpowiedzialności sprawcy na płaszczyźnie wymiaru kary łącznej¹⁴. Przedstawiona przez

¹² Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 475 i n.

¹³ Zob. D. Kala, M. Klubińska, Kara łączna..., s. 75.

¹⁴ W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej z dnia 20 lutego 2015 r. wskazano, że „jedynym instrumentem wyłączającym w pewnym zakresie łączenie kar jednorodzajo-

ustawodawcę racjonalizacja wprowadzenia zakazu łączenia kar w wyroku łącznym nie może zostać uznana za przekonującą, jeśli tylko uwzględni się okoliczność, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości opisane w uzasadnieniu nowelizacji wypadki niepożądanych sytuacji zdarzają się rzadko, a jednocześnie związane z nimi negatywne następstwa mogą zostać wyeliminowane lub zminimalizowane w związku z możliwością stosowania przez sądy innych regulacji dotyczących wymiaru kary łącznej¹⁵. Abstrahując od przedstawionej w motywach legislacyjnych racjonalizacji wprowadzenia analizowanej negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym trudno nie zauważyć, że faktyczny zakres stosowania tej regulacji skutkuje tym, że zakaz łączenia kar dotyczy znacznie szerszego kręgu przypadków niż tylko stosunkowo rzadko występujące w praktyce sytuacje wskazane w uzasadnieniu nowelizacji¹⁶. Jeśli potraktować uzasadnienie przedmiotowej zmiany jako oddające rzeczywiste intencje ustawodawcy, to osiągnięcie zakładanych celów zostało zrealizowane wyjątkowo nieudolnie na płaszczyźnie legislacyjnej. Jeśli bowiem przyjąć, że celem tej regulacji było wyeliminowanie faktycz-

wych lub innych podlegających łączeniu jest proponowany art. 85 § 3 k.k., wedle którego podstawą orzeczenia jednej kary łącznej nie może być kara wymierzona za przestępstwo popełnione przed zakończeniem wykonywania innej kary podlegającej łączeniu oraz ta kara lub kara łączna, w skład której wchodzi. Ma on zapobiegać sytuacjom, w których skazany na surową karę pozbawienia wolności (jednostkową lub łączną), zbliżającą się do górnej granicy zagrożenia, przed zakończeniem odbywania aktualnej kary mógłby popełnić nawet przestępstwa o znacznej szkodliwości społecznej, a kary za nie wymierzone w ogóle lub jedynie w minimalnym stopniu wpływałyby (z uwagi na niemożność przekroczenia górnej granicy rodzajowej kary) na rozmiar kary pozostającej mu jeszcze do odbycia. Innym refleksem tej swoistej bezkarności byłby niewątpliwie fakt, że skazanym zależałoby w opisanej sytuacji na prawnym, bądź nawet bezprawnym odwołaniu w czasie zakończenia odbywania kary pozbawienia wolności. Po jej zakończeniu musieliby bowiem odbyć nową karę w całości. Zgodnie z propozycją art. 85 § 3 k.k. karą łączną nie będzie można objąć kary wymierzonej za przestępstwo popełnione przed zakończeniem wykonywania innej kary (łącznej), która podlegałaby według zasad ogólnych łączeniu. W tym wypadku projektodawca przewiduje zasadę wykonywania po sobie orzeczonych kar (kar łącznych)" (zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw; Sejm VII kadencji, druk 2393).

¹⁵ Eliminuje lub minimalizuje wskazane negatywne konsekwencje stosowanie regulacji art. 86 § 1 k.k., w zakresie w jakim górna granica wymiaru kary łącznej w wypadku łączenia tzw. terminowych kar pozbawienia wolności może zostać orzeczona do 20 lat, oraz regulacji art. 86 § 1a k.k., w zakresie w jakim przepis ten umożliwia wymierzenie, jako kary łącznej, kary 25 lat pozbawienia wolności w wypadku, gdy suma orzeczonych tzw. terminowych kar pozbawienia wolności wynosi 25 lat albo więcej, a chociażby jedna z podlegających łączeniu kar wynosi nie mniej niż 10 lat.

¹⁶ Wskazuje na to J. Majewski, *Kodeks...*, s. 303 i n.

nej bezkarności sprawców najcięższych przestępstw popełniających kolejne przestępstwa w okresie wykonywania wobec nich wcześniej orzeczonej kary, to efekt ten mógł zostać osiągnięty przez odpowiednio restryktywne ukształtowanie przepisów o maksymalnej granicy wymiaru kary łącznej, a nie przez wprowadzenie znacznie szerszej ujętej niż deklarowane motywy legislacyjne negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej z art. 85 § 3 k.k.

Dlatego znacznie istotniejsze dla scharakteryzowania normatywnej istoty zakazu łączenia kar ma określenie rzeczywistej funkcji, jaką ta regulacja pełni w nowym modelu tzw. kary łącznej kroczącej. W tym kontekście nie budzi wątpliwości, że zarówno art. 85 § 3 k.k. w pierwotnym brzmieniu, jak i obecnie obowiązujące art. 85 § 3 i § 3a k.k. zostały po-myślane jako przepisy wprowadzające zakaz łączenia ze sobą kar lub kar łącznych w wyroku łącznym w takich układach procesowych, w których ponoszący konsekwencje skazania za wcześniej popełnione przestępstwo sprawca popełnia nowe przestępstwo w okresie przypadającym po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonania orzeczonej wobec niego wcześniej kary. W istocie rzeczy wyodrębnienie tak ujętego zakazu łączenia kar opiera się na założeniu niedopuszczalności skorzystania z dobrodziejstwa wymiaru kary łącznej przez sprawcę, który popełnia nowe przestępstwo w czasie, w którym jest rozliczany z dotychczasowej działalności przestępczej za wcześniej popełnione przestępstwo lub przestępstwa. Wydaje się, że rzeczywistego kryminalnopolitycznego uzasadnienia wprowadzenia analizowanej negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej należy doszukiwać się w przekonaniu, że brak podstaw do łączenia kar w sytuacjach, w których sprawca popełnił nowe przestępstwo w czasie, w którym nie poniósł jeszcze wszystkich wynikających z faktu uprzedniego skazania dolegliwości na płaszczyźnie wymiaru kary. Tym samym zakaz łączenia kar opiera się na pierwotnej kryminalnopolitycznej intuicji, że ponownie popełniający przestępstwo niepoprawny sprawca nie zasługuje chociażby potencjalnie na dobrodziejstwo częściowej redukcji kary w wyroku łącznym, co jest konsekwencją tego, że nie wyciągnął wniosków z faktu poprzedniego skazania, skoro popełnił nowe przestępstwo w okresie, w którym wykonywana była wcześniej orzeczonej wobec niego kara. Taką racjonalizację zakazu łączenia kar dostrzega się w orzecznictwie wskazując, że popełnienie przez sprawcę kolejnego przestępstwa w okresie zanim dojdzie do wykonania wszystkich konsekwencji wynikających z poprzedniego skazania świadczy

o niepoprawności sprawcy i sprzeciwia się łączeniu kar¹⁷, jak również świadczy o drastycznym nadużyciu ze strony sprawcy zaufania, co uzasadnia aktualizację zakazu łączenia kar¹⁸. Na tym tle trafna wydaje się konstatacja, że analizowana negatywna przesłanka pełni w modelu tzw. kary łącznej kroczącą podobną funkcję, jaką w stanie prawnym obowiązującym do 30 czerwca 2015 r., pełniła przesłanka nieprzedzielenia przestępstw pierwszym chociażby nieprawomocnym wyrokiem co do któregośkolwiek z nich¹⁹. Przypomnieć w tym kontekście należy, że uzasadnienia dla istnienia tzw. dyrektywy pierwszego wyroku doszukiwano się w konieczności wyznaczenia granicy czasowej pozwalającej na racjonalne podsumowanie poszczególnych etapów działalności przestępczej sprawcy. Pierwszy chociażby nieprawomocny wyrok miał stanowić dla sprawcy swoiste ostrzeżenie przed konsekwencjami kontynuowania działalności przestępczej. Przyjmowano, że popełnienie kolejnego przestępstwa lub przestępstw po wydaniu pierwszego chociażby nieprawomocnego wyroku co do któregośkolwiek z nich uzasadniało potrzebę kumulowania dolegliwości wynikających z kar wymierzonych za przestępstwa popełnione przed i po ziszczeniu się tej negatywnej przesłanki łączenia kar²⁰. Pomimo odmienności konstrukcyjnych zachodzących pomiędzy negatywny-

¹⁷ Tak uzasadnienie postanowienia SA w Katowicach z dnia 3 listopada 2016 r., sygn. II AKz 558/16, LEX nr 2242141 oraz wyroku SA we Wrocławiu z dnia 22 maja 2017 r., sygn. II AKz 124/17, LEX nr 2346781.

¹⁸ Tak uzasadnienie uchwały 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17 OSNKW 2018, nr 4, poz. 28, w którym wyrażono jednoznaczne stanowisko, że istnieje kryminalnopolityczna potrzeba objęcia zakazem łączenia kar sytuacji, w której skazany korzystający z dobrodziejstwa warunkowego przedterminowego zwolnienia popełnia nowe przestępstwo w okresie próby: „Od strony aksjologicznej trzeba zatem stwierdzić, że skazany, który drastycznie nadużywa udzielonego zaufania i w okresie próby popełnia kolejne przestępstwo czy przestępstwa, tym bardziej w takich skrajnych sytuacjach jak opisane w zacytowanym uzasadnieniu projektu, nie powinien korzystać z możliwości orzekania kary łącznej obejmującej karę pozbawienia wolności nie do końca wykonaną – wobec udzielenia warunkowego zwolnienia z odbycia ich reszty – oraz karę (kary) wymierzoną za przestępstwo popełnione w okresie próby”.

¹⁹ Zob. P. Kardas, (w:) T. Kaczmarek (red.), System prawa karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary. Tom 5, Warszawa 2017, s. 567.

²⁰ Odnośnie poglądów dot. racjonalizacji tej przesłanki zob. M. Sławiński, Dyrektywa pierwszego wyroku z art. 85 k.k. i jej konstytucyjne uwarunkowania – rozważania w perspektywie zasady równości, (w:) W. Górski, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk, s. 576–577 i cyt. tam literatura przedmiotu. Zob. też m.in. postanowienie SN z dnia 18 marca 1981 r., sygn. VI KZP 5/81, OSNPG 1981, nr 5, poz. 43; wyrok z dnia 8 listopada 1994 r., sygn. III KRN 162/94, OSP 1995, nr 4, poz. 78; postanowienie SN z dnia 14 lutego 2006 r., sygn. IV KK 391/05, OSNwSK 2006, poz. 343.

mi przesłankami wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym, jaką na gruncie poprzednio obowiązującego modelu kary łącznej stwarzała tzw. dyrektywa pierwszego wyroku, a jaką na gruncie modelu tzw. kary łącznej kroczącej przewiduje zakaz łączenia kar z art. 85 § 3 k.k.²¹, należy stwierdzić, że każda z tych regulacji została pomyślana jako przewidująca swoistą cenzurę wyznaczającą ramy czasowe, w których dopuszczalne jest podsumowywanie określonych etapów działalności przestępczej sprawcy za pomocą instytucji kary łącznej. Przedstawione uwagi prowadzą do wniosku, że w istocie rzeczy zakaz łączenia kar pełni w modelu tzw. kary łącznej kroczącej funkcję uzasadnionej przyczynami kryminalnopolitycznymi normatywnej przeszkody do łączenia kar w tych wypadkach, w których nowe przestępstwo zostało popełnione w okresie egzekwowania wobec sprawcy konsekwencji wynikających z poprzedniego skazania.

Szerokie zdekodowanie rzeczywistej normatywnej funkcji zakazu łączenia kar samo w sobie nie przesądza, że analizowana negatywna przesłanka wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym została konsekwentnie uregulowana według przedstawionych założeń zarówno na gruncie art. 85 § 3 k.k. w brzmieniu pierwotnym, jak i na gruncie obowiązującej *de lege lata* regulacji art. 85 § 3 i 3a k.k. Niewątpliwie jednak uwzględnienie założeń dotyczących pożądanego zakresu zastosowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej ma istotne znaczenie dla oceny regulacji obowiązującej od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r. oraz regulacji obowiązującej od 15 kwietnia 2016 r.

W stanie prawnym obowiązującym od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r. fundamentalne znaczenie dla określenia warunków aktualizacji zakazu łączenia kar miało zdefiniowanie zakresu znaczeniowego poję-

²¹ Warto zaznaczyć, że o ile na gruncie stanu prawnego obowiązującego przed 1 lipca 2015 r. tzw. dyrektywa pierwszego wyroku wykluczała możliwość łączenia w wyroku łącznym kar orzeczonych za przestępstwa popełnione przed tym wyrokiem z karami za przestępstwa popełnione po tym wyroku, to art. 85 § 3 k.k. przewiduje wyłącznie zakaz łączenia kar, z których jedna będzie karą orzeczoną za nowe przestępstwo popełnione po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary za wcześniej popełnione przestępstwo, a druga będzie karą za wcześniej popełnione przestępstwo, która w czasie popełnienia nowego przestępstwa była karą wykonywaną/odbywaną. Niezależnie od normatywnego ujęcia art. 85 § 3 k.k. nie wyklucza możliwości połączenia węzłem kary łącznej kary orzeczonej za nowe przestępstwo, jeśli zostało ono popełnione w czasookresie, w którym kara orzeczonej za wcześniej popełnione przestępstwo nie była wykonywana/odbywana, chociażby była to kara prawomocnie orzeczona. Tym samym art. 85 § 3 k.k. nie prowadzi do tak restryktywnych konsekwencji w zakresie zakazu łączenia kar, jaką wcześniej przewidywała tzw. dyrektywa pierwszego wyroku.

cia „kara wykonywana” („wykonywanie kary”). Na gruncie pierwotnego brzmienia art. 85 § 3 k.k. ustawodawca posługiwał się konsekwentnie tym terminem dla określenia relacji temporalnej pomiędzy czasem popełnienia przez sprawcę nowego przestępstwa a czasem egzekwowania wobec tego sprawcy konsekwencji wynikających z uprzedniego skazania za wcześniej popełnione przestępstwo. Z jednej strony, zakaz łączenia kar obejmował karę orzeczoną za nowe przestępstwo popełnione przez sprawcę w czasie wykonywania kary za wcześniej popełnione przestępstwo. W tym kontekście termin „kara wykonywana” został użyty w zwrocie „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania innej kary” dla wyznaczenia czasookresu, w którym miało dojść do popełnienia przez sprawcę nowego przestępstwa. Z drugiej strony, zakaz łączenia kar obejmował karę wymierzoną za wcześniej popełnione przez sprawcę przestępstwo, jeśli była to kara wykonywana w chwili popełnienia nowego przestępstwa. W tym kontekście termin ten został użyty w pierwotnym brzmieniu art. 85 § 3 k.k. w zwrotach „kara wykonywana w chwili popełnienia przestępstwa” i „kara łączna, w skład której wchodzi kara, która była wykonywana w chwili popełnienia czynu”.

Dla określenia warunków aktualizacji zakazu łączenia kar w wyroku łącznym kluczowe, a zarazem problematyczne stało się zdefiniowanie, w jakim znaczeniu posłużono się na gruncie art. 85 § 2 i § 3 k.k. pojęciem wykonalności kary. Kontrowersje dogmatyczne i orzecznicze dotyczące rozumienia wskazanego pojęcia skoncentrowały się na tym, w jakim znaczeniu ten termin został użyty w art. 85 § 2 k.k. w sformułowaniu „kary lub kary łączne podlegające wykonaniu w całości lub w części”. Według jednego stanowiska pojęcie wykonalności kary należy rozumieć w znaczeniu nadawanym temu terminowi na gruncie przepisów prawa karnego wykonawczego²². Pogląd ten opiera się na przyjęciu, że „karami podlegającymi wykonaniu” są wyłącznie kary, które są wykonywane w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego wykonawczego. W tym ujęciu podlegają wykonaniu kary faktycznie wprowadzone do wykonania, a nadto wykonywane w dacie wydania wyroku łącznego. Istota tego stanowi-

²² Zob. J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, t. 5–7 do art. 85. Jak się wydaje takie stanowisko zajmują też D. Kała i M. Klubińska, wskazując że „Zwrot kara podlegająca wykonaniu należy przy tym rozumieć jako takie, które na dzień orzekania o karze łącznej mogą być wykonane w całości lub w części w sposób określony dla danej kary w Kodeksie karnym wykonawczym”, z czym skorelowane jest twierdzenie, że nie mają przymiotu kary nadającej się do wykonania m.in. kara, której nie można wykonać z uwagi na fakt, że „kara nie podlega wykonaniu na skutek zastosowania przez sąd instytucji pozbawiających ją przymiotu wykonalności” (tak D. Kała, M. Klubińska, Kara łączna..., s. 59).

ska sprowadzała się do przyjęcia, że za karę podlegającą wykonaniu może zostać uznana wyłącznie kara, która w dacie wydania wyroku łącznego była wykonywana w związku z faktycznym i efektywnym egzekwowaniem wobec sprawcy konsekwencji wynikających ze skazania na danego rodzaju karę. Za karę podlegającą wykonaniu nie jest uznawana kara, która faktycznie nie jest wykonywana w związku ze stosowaniem wobec skazanego różnego rodzaju instytucji wykonawczych, skutkujących wstrzymaniem lub zawieszeniem procesu wykonywania kary. Przyjęcie założeń takiego modelu wykładni prowadzi do braku możliwości uznania za karę podlegającą wykonaniu między innymi: kary pozbawienia wolności, której wykonanie zostało odroczone; kary pozbawienia wolności w odniesieniu do której sprawca korzysta z przerwy w jej wykonaniu albo kary pozbawienia wolności, w zakresie której sprawca korzysta z warunkowego przedterminowego zwolnienia²³. Konsekwencją takiej wykładni jest pozostawanie poza węzłem kary łącznej wszystkich kar, które w dacie wydania wyroku łącznego nie były karami efektywnie i faktycznie wykonywanymi²⁴. Z uwagi na wyraźny wyjątek przewidziany w art. 85 § 2 k.k., łączeniu podlegałyby tylko kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem ich wykonania, pomimo braku możliwości uznania ich za kary podlegające wykonaniu²⁵. Przy przyjęciu tego modelu wykładni pojęcia wykonalności kary ograniczenie możliwości łączenia w wyroku łącznym kar odroczonych, przerwanych lub objętych warunkowym przedterminowym zwolnieniem wynikałoby z aktualizacji negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym z art. 85 § 2 k.k., nie zaś z art. 85 § 3 k.k.

Według stanowiska alternatywnego, uwzględnienie kontekstu normatywnego oraz funkcji w jakiej w przepisach art. 85 § 2 i § 3 k.k. wykorzystano pojęcie wykonalności kary pozwala przyjąć, że terminem tym posłużono się w znaczeniu autonomicznym do przepisów prawa karnego wykonawczego. W tym ujęciu interpretacyjnym²⁶ przepis art. 85 § 2 k.k.

²³ Tak J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, t. 5–7 do art. 85.

²⁴ Zob. omówienie konsekwencji wynikających z tego modelu wykładniczego przedstawione w postanowieniu SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17, OSNKW 2017, nr 11, poz. 62.

²⁵ Zob. J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks..., t. 5 do art. 85.

²⁶ Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel (red.), Nowelizacja..., s. 488 i n.; P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 462 i n.; P. Hofmański, L. K. Paprzycki, A. Sakowicz, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 643; P. Kozłowska-Kalisz, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz aktualizowany, Lex/el 2017, t. 4 do art. 85; S. Żółtek, (w:) M. Królikowski,

przewiduje warunek, że karami podlegającymi łączeniu mogą być wyłącznie kary, które w dacie wydania wyroku łącznego nie zostały w całości wykonane lub w odniesieniu do których nie wystąpiła przeszkoda prawna trwale uniemożliwiająca ich wykonanie w przyszłości²⁷. Przedmiotowy pogląd definiuje pojęcie wykonalności kary przez odwołanie się do kryterium nieuchronności wykonania kary²⁸, w związku z niewyegzekwowaniem w dacie wydania wyroku łącznego wszystkich konsekwencji wynikających ze skazania, a zarazem niewystąpienia *in concreto* zdarzeń uniemożliwiających wyegzekwowanie tych konsekwencji w przyszłości. Przedstawiony model wykładni art. 85 § 2 k.k. w zakresie, w jakim wynika z niego wymóg, że łączeniu w wyroku łącznym podlegają wyłącznie kary lub kary łączne podlegające wykonaniu²⁹ zakłada uniezależnienie spełnienia przedmiotowej przesłanki wymiaru kary łącznej od tego, czy poszczególne podlegające łączeniu kary będą w dacie wydania wyroku łącznego karami, w odniesieniu do których wymierzona kara będzie faktycznie i efektywnie wykonywana w postępowaniu wykonawczym. W tym modelu wykładni nie ma znaczenia, czy w dacie wydania wyroku łącznego podlegająca łączeniu kara została już wprowadzona do wykonania zgodnie z relewantnymi przepisami wykonawczymi, jak również nie ma znaczenia, czy w dacie wydania wyroku łącznego podlegającą łączeniu kara była wykonywana według stosownych przepisów wykonaw-

R. Zawłocki (red.), Kodeks..., nb 14 i n. do art. 85. Zbliżony pogląd prezentuje J. Majewski, Kodeks..., s. 297–299. Por. niejednoznaczne stanowisko M. Gałązki, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2018, nb 4–6 do art. 85. Pogląd ten dominuje w orzecnictwie: zob. m.in. wyrok SA w Szczecinie z dnia 24 marca 2016 r., sygn. II AKa 27/16, LEX nr 2080917; wyrok SA w Katowicach z dnia 27 października 2016 r., sygn. II AKa 403/16, LEX nr 2171143; wyrok SA w Szczecinie z dnia 21 grudnia 2016 r., sygn. II AKa 185/16, LEX nr 2295175; wyrok SN z dnia 21 marca 2017 r., sygn. III KK 72/17, LEX nr 2271448.

²⁷ Jako przykłady zdarzeń prawnych, które trwale uniemożliwiają wykonanie kary w przyszłości wskazuje się m.in. przedawnienie wykonania kary (art. 103 k.k.), darowanie kary w drodze aktu łaski (art. 139 Konstytucji), zwolnienie z reszty kary ograniczenia wolności (art. 83 k.k.), upływ terminu do odwołania warunkowego przedterminowego zwolnienia (art. 82 § 1 k.k.), upływ terminu do zarządzenia ponownego umieszczenia skazanego w zakładzie karnym (art. 202b § 3 k.k.w.). Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 470 i n. Takie skutki wywołuje również upływ terminu do zarządzenia wykonania zawieszony kary pozbawienia wolności (art. 75 § 4 k.k.). Zob. także wyrok SN z dnia 21 marca 2017 r., sygn. III KK 72/17, LEX nr 2271448.

²⁸ Zob. uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17, OSNKW 2018, nr 4, poz. 28.

²⁹ Odnosnie do sposobu rozumienia w tym modelu wykładni użytego w art. 85 § 2 k.k. zwrotu „z zastrzeżeniem art. 89” zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 454–455 i 467–469.

czych. W perspektywie tak ujętej negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej z art. 85 § 2 k.k. istotne znaczenie ma natomiast wyłącznie ustalenie, że w dacie wydania wyroku łącznego, mająca podlegać łączeniu kara nie została już w całości wykonana lub nie wystąpi przeszkoda trwale uniemożliwiająca jej wykonanie w przyszłości. W tym ujęciu interpretacyjnym normatywna istota przesłanki z art. 85 § 2 k.k. sprowadza się do jej aspektu negatywnego³⁰, polegającego do pozostawieniu poza zakresem kar podlegających łączeniu wszystkich tych kar jednostkowych lub kar łącznych, które w dacie wydania wyroku łącznego zostały już w całości wykonane lub których wykonanie – pomimo nie wykonania kary w całości – nie jest możliwe z uwagi na zdarzenia trwale uniemożliwiające dalsze wykonywanie kary. Użyty w art. 85 § 2 k.k. zwrot „kary podlegające wykonaniu” służy więc jedynie do określenia końcowego punktu czasowego, w którym kara może podlegać łączeniu w wyroku łącznym ze względu na możliwość uznania tej kary za karę zdatną do wykonania³¹. Z art. 85 § 2 k.k. nie wynika natomiast wymóg, aby kary podlegające łączeniu były w dacie wydania wyroku łącznego karami wykonywanymi w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego wykonawczego. Przedstawiona wykładnia art. 85 § 2 k.k. w pełni koresponduje z funkcją tej negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej, polegającą na pozostawieniu poza zakresem kary łącznej wszystkich kar jednostkowych lub kar łącznych, które w dacie wydania wyroku łącznego zostały już w całości wykonane³².

Autonomiczny (szeroki) model wykładni pojęcia wykonalności kary zakłada, że odrywające się od przepisów wykonawczych rozumienie tego terminu jest relewantne nie tylko dla zdefiniowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej z art. 85 § 2 k.k. w zakresie, w jakim przepis ten przewiduje, że podstawą orzeczenia kary łącznej są podlegające wykonaniu w całości lub w części kary lub kary łączne za przestępstwa, o których mowa w § 1, ale również, że tożsame rozumienie terminu wykonalności kary jest właściwe dla zdefiniowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej z art. 85 § 3 k.k. w postaci zakazu łączenia kar. Ten model wykładni zakłada spójnie systemowo rozumienie wykonalności kary na gruncie art. 85 k.k., z uwzględnieniem nieco odmiennych kontekstów w jakich termin ten został użyty w § 2 i § 3, a po nowelizacji również § 3a

³⁰ Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 467 i n.

³¹ Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 471 i n.

³² Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 469 i n.

tego przepisu³³. Taka wykładnia uzasadnia szeroką interpretację konsekwentnie używanego przez ustawodawcę w art. 85 § 3 k.k. (zarówno w pierwotnym jak i obecnie obowiązującym brzmieniu) zwrotu „po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania kary” poprzez przyjęcie, że z perspektywy aktualizacji negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci zakazu łączenia kar znaczenie ma tylko to, czy mające stanowić podstawę wymiaru kary lub kary łącznej nowe przestępstwo zostanie popełnione przez sprawcę pomiędzy dwoma punktami czasowymi: punktem początkowym, to jest po rozpoczęciu wykonania kary lub kary łącznej za wcześniej popełnione przestępstwo, a punktem końcowym, to jest do wykonania tej kary w całości albo do wystąpienia zdarzenia trwale uniemożliwiającego jej wykonanie. Przy przyjęciu szerokiego modelu wykładni pojęcia wykonalności kary zwrot „po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania kary” nie może być natomiast rozumiany jako uzależniający aktualizację negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej od wymogu, aby popełnienie nowego przestępstwa nastąpiło w czasie faktycznego i efektywnego egzekwowania wobec skazanego dolegliwości wynikającej z wymierzonej mu kary w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego wykonawczego³⁴. Równie szeroko zdefiniowano użyty w pierwotnym brzmieniu art. 85 § 3 k.k. termin „kara wykonywana”, jako odnoszący się do kary zdatnej do wykonania w czasie popełnienia przestępstwa, a więc kary która w dacie wydania wyroku łącznego została wprowadzona do wykonania, ale nie została jeszcze w całości wykonana. Przy czym należy zaznaczyć, że dla określenia zakresu znaczeniowego sformułowań „po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania kary” oraz „kara wykonywana” znaczenie ma nie tylko wyznaczenie końcowego punktu czasowego, w którym kara podlegająca łączeniu może zostać uznana za karę wykonywaną, ale również przesądzenie, że rozpoczęto jej wykonywanie³⁵. Tym samym, dla zdefiniowania tych zwrotów znaczenie ma czasookres rozciągający się pomiędzy dwoma punktami określającymi początek i koniec wykonywania wcześniej wymierzonej sprawcy kary, stanowiącej tło do popełnienia przez niego nowego przestępstwa. Rozpoczęcie wykonania kary następuje wraz z wprowadzeniem kary do

³³ Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 475 i n.; S. Żółtek, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks..., nb 28 do art. 85.

³⁴ Zob. M. Bielski, Glosa do uchwały 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17, OSP 2018, nr 9.

³⁵ Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 478 i n.

wykonania w postępowaniu wykonawczym³⁶. Zakończenie wykonania kary wiąże się z wykonaniem kary w całości lub z wystąpieniem zdarzenia trwale uniemożliwiającego dalsze jej wykonywanie. Natomiast w świetle założeń prezentowanego modelu wykładni nie ma znaczenia dla aktualizacji zakazu łączenia kar okoliczność, czy pomiędzy dwoma wskazanymi punktami czasowymi dochodziło do faktycznego i efektywnego egzekwowania w postępowaniu wykonawczym konsekwencji wynikających z orzeczonej wcześniej kary. Wobec powyższego na gruncie stanu prawnego obowiązującego od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r. należało uznać, że wynikający z art. 85 § 3 k.k. zakaz łączenia kar aktualizował się we wszelkich układach procesowych, w których sprawca popełnił nowe przestępstwo po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonania kary wymierzonej za wcześniej popełnione przestępstwo, niezależnie od tego, czy w czasie popełnienia nowego przestępstwa wcześniej orzeczona kara była faktycznie i efektywnie wykonywana w rozumieniu przepisów Kodeksu karnego wykonawczego.

W stanie prawnym obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r., wyznaczenie zakresu zastosowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci zakazu łączenia kar wymaga zdefiniowania i określenia wzajemnej relacji pomiędzy dwoma używanymi na gruncie art. 85 § 3 i 3a k.k. terminami „kara wykonywana” („wykonanie kary”) oraz „kara odbywana” („odbywanie kary”). *De lege lata* zakaz łączenia kar w wyroku łącznym dotyczy kar, z których jedna została orzeczona za przestępstwo popełnione „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej”, a druga była „karą odbywaną w czasie popełnienia czynu”. Na tle znowelizowanego stanu prawnego niezbędne stało się więc ustosunkowanie do dwóch podstawowych zagadnień interpretacyjnych. Po pierwsze, powstało pytanie, czy nowelizacja art. 85 § 3 k.k.

³⁶ Przepisy karnow wykonawcze dają podstawę do przyjęcia, że rozpoczęcie wykonania danej kary należy łączyć nie tyle z wszczęciem postępowania wykonawczego, ale z faktycznym wprowadzeniem kary do wykonania (zob. J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzesek (red.), Kodeks..., t. 7 do art. 85). Początek wykonywania kary pozbawienia wolności określa art. 80a k.k.w. (zob. również rozdz. 5 Rozporządzenia MS z dnia 23 czerwca 2015 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności Dz. U. z 2015 r., poz. 927); kary wykonywanej w systemie dozoru elektronicznego art. 43k § 6 k.k.w.; kary ograniczenia wolności art. 57a k.k.w. W odniesieniu do kary grzywny na tle art. 44 k.k.w. przyjmuje się, że początkiem wykonania tej kary jest skuteczne doręczenie skazanemu wezwania do zapłaty grzywny (zob. J. Lachowski, (w:) V. Konarska-Wrzesek (red.), Kodeks..., t. 7 do art. 85; J. Dądak, Grzywna samoistna w stawkach dziennych, Warszawa 2011, s. 175 i n.).

in fine, polegająca na zastąpieniu terminu „kara wykonywana” zwrotem „kara odbywana”, powinna prowadzić do zmodyfikowania sposobu rozumienia warunku aktualizacji zakazu łączenia kar, sprowadzającego się do tego, aby jedną z kar objętych zakazem była kara orzeczona za nowe przestępstwo popełnione „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej”. Po drugie, powstało fundamentalne pytanie, czy zmiana normatywna polegająca na określeniu drugiej z objętych zakazem łączenia kar, to jest kary za wcześniej popełnione przestępstwo, jako „kary odbywanej w czasie popełnienia czynu”, wprowadziło dodatkowy, nieznan na gruncie pierwotnego ujęcia art. 85 § 3 k.k. warunek aktualizacji negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci konieczności stwierdzenia, że podlegająca łączeniu kara musi zostać uznana za karę odbywaną przez skazanego w czasie popełnienia nowego przestępstwa. Innymi słowy konieczna stała się odpowiedź na pytanie, czy tak ujęta przesłanka została ujęta bardziej restryktywnie niż na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, w którym zamiast terminu „kara odbywana” użyto zwrotu „kara wykonywana”.

Odnosząc się do pierwszego zagadnienia należy przyjąć, że nie ma podstaw do twierdzenia, że użycie w art. 85 § 3 k.k. *in fine* terminu „kara odbywana” może prowadzić do modyfikacji przyjmowanego dotąd rozumienia zwrotu „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej”, określającego czasookres, w którym miało dojść do popełnienia nowego przestępstwa. W zakresie w jakim zakaz łączenia kar na gruncie znowelizowanego art. 85 § 3 k.k. warunkowany jest wymogiem, aby jedna z podlegających łączeniu kar była karą za nowe przestępstwo popełnione w czasie wykonywania poprzednio wymierzonej kary, w pełni aktualny pozostaje wypracowany na gruncie pierwotnego brzmienia tego przepisu autonomiczny kierunek wykładni pojęcia wykonalności kary. Konsekwentne posługiwanie się na tle pierwotnego, jak i znowelizowanego brzmienia art. 85 § 3 k.k. zwrotem „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary” daje asumpt do stwierdzenia, że niezmiennie warunkiem zaktualizowania zakazu łączenia kar jest ustalenie, że nowe przestępstwo zostało popełnione w czasie, w którym wcześniej orzeczona kara lub kara łączna została wprowadzona do wykonania, ale jeszcze nie została wykonana w całości lub nie wystąpiło zdarzenie trwale uniemożliwiające jej wykonanie. Natomiast wprowadzony nowelizacją art. 85 § 3a k.k. jednoznacznie doprecyzował, że do popełnienia przez sprawcę nowego przestępstwa może dojść zarówno w okresie wykonywania kary jednostkowej orzeczonej za wcześniej po-

pełnione przestępstwo, jak i wykonywania kary łącznej lub kar łącznych w skład których wchodzić będzie kara jednostkowa orzeczona za wcześniej popełnione przestępstwo.

Zasadnicze kontrowersje wykładnicze wywołała zmiana normatywna art. 85 § 3 k.k., w zakresie w jakim aktualizacja zakazu łączenia kar została uzależniona od spełnieniem warunku, aby jedna z objętych zakazem kar była „karą odbywaną w czasie popełnienia przestępstwa”. Przyjmowany na gruncie w pierwotnego brzmienia art. 85 § 3 k.k. autonomiczny model wykładni pojęcia wykonalności kary pozwalał na uznanie, że karą wykonywaną jest każda kara, którą rozpoczęto wykonywać w związku z jej wprowadzeniem do wykonania, ale której jednocześnie nie zakończono wykonywać w związku z tym, że nie została jeszcze w całości wykonana lub nie wystąpiło zdarzenie uniemożliwiające jej wykonanie w przyszłości, niezależnie od tego, czy dolegliwości wynikające z tej kary były w dacie popełnienia nowego przestępstwa faktycznie i efektywnie egzekwowane w rozumieniu przepisów wykonawczych. Przy przyjęciu takiego modelu wykładni w poprzednio obowiązującym stanie prawnym zakres znaczeniowy pojęcia „kara wykonywana” był w pełni skorelowany z zakresem znaczeniowym zwrotu „po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania kary”, co pozwalało na zgodne z założeniami kryminalnopolitycznymi, szerokie określenie zakresu aktualizacji negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci zakazu łączenia kar. W znowelizowanym art. 85 § 3 k.k. dla scharakteryzowania kary wymierzonej za wcześniej popełnione przestępstwo posłużono się terminem „kara odbywana” zamiast „kara wykonywana”, co zrodziło kontrowersję dotyczącą tego, czy przedmiotowe zwroty należy rozumieć synonimicznie, czy też niesynonimicznie. Innymi słowy powstało pytanie, czy użyty w nowym brzmieniu art. 85 § 3 k.k. termin „kara odbywana” może być po nowelizacji rozumiany równie szeroko jak używany przed nowelizacją termin „kara wykonywana”, którego autonomiczna wykładnia zapewniała realizację przyświecających ustawodawcy celów kryminalnopolitycznych uzasadniających szeroki zakres zastosowania tej negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej. Większość przedstawicieli nauki prawa karnego uznało przedmiotową zmianę normatywną wprost³⁷ lub też konkludentnie³⁸ za zmianę nie znajdującą przełożenia na zakres aktualizacji negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci zakazu łączenia kar. Synonimiczny kierunek wykładni nie doczekał się jednak

³⁷ Zob. M. Gałązka, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks..., nb 7 do art. 85.

³⁸ Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 475 i n.

w literaturze przedmiotu oraz w judykaturze pogłębionego uzasadnienia, mającego na celu wyjaśnienie podstaw do utożsamiania ze sobą zakresu znaczeniowego terminów „kara wykonywana” i „kara odbywana”, przez odwołanie się do powszechnie przyjmowanych paradygmatów wykładniczych³⁹. Odmienne stanowisko zajęli zwolennicy niesynonimicznego kierunku wykładni podnosząc merytoryczne argumenty przemawiające za nadaniem kontrowersyjnym terminom odmiennego zakresu znaczeniowego, ze wskazaniem, że termin „kara odbywana” ma węższy zakres znaczeniowy niż termin „kara wykonywana”⁴⁰.

Zajęcie stanowiska wobec kontrowersji związanych z przyjęciem synonimicznego lub niesynonimicznego modelu wykładni terminów „kara wykonywana” i „kara odbywana” w kontekście regulacji art. 85 § 3 i 3a k.k. wymaga uwzględnienia w procesie interpretacji przyjmowanego na potrzeby wykładni przepisów prawnych restryktywnego paradygmatu wykładniczego nabudowanego na mającym charakter gwarancyjny założeniu, że interpretacja przepisów represyjnych powinna opierać się na primacie dyrektyw wykładni językowej. Odwołanie się w procesie wykładni do argumentów systemowych lub funkcjonalnych jest co do zasady dopuszczalne w granicach wyników wykładni językowej, przy czym wykładnia na niekorzyść oskarżonego jest dopuszczalna tylko w granicach wykładni językowej⁴¹. Gdy wyniki wykładni językowej są nie do zaakceptowania, z uwagi na spójność systemu prawnokarnego lub z uwagi na względy celowościowe, za dopuszczalne uznaje się odstępianie od wykładni językowej na rzecz wyników wykładni systemowej lub funkcjonalnej, przy czym wykładnia taka może przybrać w prawie karnym tylko i wyłącznie formę wykładni na korzyść oskarżonego⁴². Innymi słowy wyniki wykładni systemowej i funkcjonalnej nie mogą przesądzać o poszerzeniu zakresu odpowiedzialności karnej lub przyjęciu niekorzystnych dla sprawcy konsekwencji na płaszczyźnie wymiaru ka-

³⁹ W zasadzie jedynym podnoszonym argumentem było odwołanie się do wykładni autentycznej, wynikającej z wyartykułowanej w uzasadnieniu nowelizacji woli ustawodawcy.

⁴⁰ Zob. D. K a l a, M. K l u b i ń s k a, Kara łączna..., s. 75 i n.

⁴¹ Trafnie wskazuje się, że niedopuszczalność stosowania w prawie karnym analogii i wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy znajduje swoje źródło w wynikających z art. 42 ust. 1 Konstytucji oraz w art. 1 § 1 k.k. zasadach *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*, które w procesie wykładni przepisów prawnych stanowią szczególnie dyrektywy systemowe i funkcjonalne o charakterze gwarancyjnym, którym należy dać pierwszeństwo przed innymi dyrektywami tego typu. Tak Ł. P o h l, Prawo karne. Wykład części ogólnej, Warszawa 2013, s. 68–69.

⁴² Zob. S. Ż ó ł t e k, Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego, Warszawa 2017, s. 360 i n.

ry, jeśli taki wynik interpretacyjny nie mieści się w granicach wykładni językowej⁴³. W świetle ogólnie zarysowanych założeń wykładni przepisów prawnokarnych zwrócić należy uwagę na okoliczność, że art. 85 § 3 i 3a k.k. formułują wyjątek od ogólnej zasady łączenia kar w wyroku łącznym w związku z czym przepisy te powinny być wykładane restryktywnie z uwzględnieniem zasad gwarancyjnych⁴⁴. Co prawda w literaturze przedmiotu trafnie wskazuje się, że instytucja kary łącznej, także w zakresie w jakim orzekana jest w trybie wyroku łącznego, co do zasady nie musi prowadzić na płaszczyźnie wymiaru kary do konsekwencji względniejszych dla skazanego niż rozstrzygnięcia wynikające z podlegających łączeniu kar jednostkowych⁴⁵, niemniej jednak nie można ignorować faktu, że możliwość łączenia kar węzłem kary łącznej co do zasady wiąże się z chociażby potencjalną możliwością redukcji kary na poziomie kary łącznej w porównaniu z alternatywną, jaką jest sekwencyjne wykonywanie kar, które miałyby podlegać łączeniu, prowadzące do skumulowania wynikającej z nich dolegliwości. Tym samym zastosowanie instytucji kary łącznej co do zasady prowadzi do rozstrzygnięć korzystniejszych dla sprawcy, a wszelkie regulacje ograniczające lub wykluczające możliwość skorzystania z tej instytucji, a do takich należy niewątpliwie zaliczyć art. 85 § 3 i § 3a k.k., nie mogą być wykładane rozszerzająco z powołaniem się na względy systemowe czy celowościowe.

Określenia zakresu znaczeniowego terminu „kara odbywana” („odbywanie kary”) wymaga przeprowadzenia wieloaspektowych zabiegów wykładniczych w oparciu o semantyczne i systematyczne dyrektywy wykładni językowej⁴⁶. Na płaszczyźnie dyrektyw semantycznych jako punkt wyjścia należy przyjąć założenie, że ustawodawca posługuje się na gruncie regulacji kodeksowych terminem „kara odbywana”, nadając mu znaczenie ściśle prawne (specjalistyczne), a nie używa go w znaczeniu potocznym. Nie powinno budzić wątpliwości, że terminy „odbywanie kary”, podobnie zresztą jak „wykonywanie kary”, to pojęcia języka prawne-

⁴³ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 117 i n.

⁴⁴ Zob. uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17.

⁴⁵ Zob. J. Giezek, (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 558; P. Kardas, (w:) T. Kaczmarek (red.), *System...*, s. 679 i n.

⁴⁶ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2002, s. 304 i n.; M. Gutowski, P. Kardas, *Wykładnia i stosowanie prawa w procesie opartym na Konstytucji*, Warszawa 2017, s. 244 i n.; S. Żółtek, *Znaczenie...*, s. 337 i n.; P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, Warszawa 2013, s. 3 i n.

go, które odnoszą się do różnych aspektów określonych w systemie prawa karnego (zwłaszcza na gruncie Kodeksu karnego wykonawczego) działań, które związane są z egzekwowaniem wobec skazanego dolegliwości wynikających z wymierzonej mu kary. W związku z powyższym konieczne jest ustalenie znaczenia prawnego tego pojęcia, pomimo tego, że brak definicji legalnej kontrowersyjnego terminu na gruncie Kodeksu karnego lub Kodeksu karnego wykonawczego uniemożliwia jednoznaczne określenie jego zakresu znaczeniowego poprzez odwołanie się do dyrektywy języka prawnego. Podobnie trudno przyjąć, że w nauce prawa karnego wypracowano powszechnie przyjmowane znaczenie terminu „odbywanie kary” oraz kryteria pozwalające na wskazanie *differentia specifica* pomiędzy tym pojęciem a „wykonywaniem kary”, co z kolei wyklucza odwołanie się do dyrektywy języka prawniczego. W związku uznaniem obu terminów za zwroty języka prawnego niewiele wnosi odwołanie się tylko do ich znaczenia potocznego, które zresztą trudno uznać za jednoznaczne⁴⁷.

Nie da się jednak zignorować faktu, że termin „kara odbywana” („odbywanie kary”) został wielokrotnie użyty w przepisach składających się na system prawa karnego w kontekstach, które pozwalają na sformułowanie istotnych wskazówek interpretacyjnych dotyczących jego zakresu znaczeniowego. W świetle systematycznych dyrektyw wykładni językowej, podejmując działania interpretacyjne zmierzające do zdefiniowania terminu „kara odbywana” powinno się w pierwszej kolejności uwzględnić najbliższy kontekst znaczeniowy, który tworzy kontekst wewnątrzdzaniowy art. 85 § 3 k.k. W tym aspekcie przeciwko utożsamieniu zakresu znaczeniowego pojęć „kara wykonywana” (w związku z użyciem w tym przepisie zwrotu „po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania kary lub kary łącznej”) oraz „kara odbywana” (w zakresie w jakim w tym przepisie posłużono się zwrotem „kara odbywana w czasie popełnienia czynu”) przemawia przede wszystkim zakaz wykładni synonimicznej, zabraniający interpretatorowi nadawania różnym zwrotom

⁴⁷ W przydatnym dla ewentualnej interpretacji terminów „kara wykonywana” i „kara odbywana” znaczeniu potocznym czasownik „wykonywać” oznacza „czynić”, „działać”, „egzekwować”, „przeprowadzać”, „realizować”, „spełniać”, „urzeczywistniać”, „wcielać w życie”, „wdrażać”, „wypełniać”, „wprowadzać coś w czyn”, „doprowadzać coś do skutku”, natomiast czasownik „odbywać” ma następujące znaczenia: „robić coś lub brać udział w wykonywaniu czegoś”, „uczestniczyć w czymś”, „wziąć udział w jakiejś czynności lub w jakimś procesie trwającym określony czas”. Wydaje się, że na gruncie języka potocznego można znaleźć wsparcie dla tezy, że zakres znaczeniowy czasownika „wykonywać” jest szerszy niż czasownika „odbywać”. Wydaje się, że „odbywanie” może być traktowane jako pewna forma „wykonywania” czegoś.

w obrębie jednego aktu prawnego tego samego znaczenia⁴⁸. Przeciwno nadaniu kontrowersyjnym terminom języka prawnego tożsamego znaczenia przemawia okoliczność, że po nowelizacji pojęciami tymi posłużono się w tej samej jednostce redakcyjnej tekstu prawnego, jaką jest art. 85 § 3 k.k.⁴⁹ Utożsamieniu zakresu znaczeniowego przedmiotowych terminów przeciwstawia się okoliczność, że w znowelizowanym art. 85 § 3 k.k. ustawodawca odstąpił od konsekwentnego posługiwania się równoważnymi zwrotami „wykonywanie kary” i „kara wykonywana”, zastępując ten ostatni terminem „kara odbywana”. Przyjęcie idealizacyjnego założenia o racjonalności ustawodawcy nakazuje stanąć na stanowisku, że przedmiotowej zmianie należy nadać określone znaczenie normatywne uznając, że intencją ustawodawcy było wykorzystanie zwrotu „kara odbywana” w celu użycia go w odmiennym znaczeniu niż wcześniej użyte sformułowanie „kara wykonywana”. W innym razie nie powinno dojść do zmiany normatywnej w tym zakresie. Jednak trudno na płaszczyźnie dyrektyw systematycznych pominąć argumenty językowe, wynikające z nieco szerszego kontekstu znaczeniowego, a przemawiające za synonimicznym kierunkiem wykładni. Ustawodawca był bowiem na gruncie art. 85 § 3 i § 3a k.k. na tyle niekonsekwentny, że charakteryzując objętą zakazem łączenia karę, która została wymierzona za wcześniej popełnione przestępstwo, posłużył się co prawda w znowelizowanym art. 85 § 3 k.k. terminem „kara odbywana”, ale już w ścisłe z tym przepisem powiązanim merytorycznie i funkcjonalnie art. 85 § 3a k.k. użyty został na określenie tej kary termin „kara wykonywana”. Uwzględniając kontekst wokółzdaniowy należy stwierdzić, że jeśli użyty w art. 85 § 3a k.k. termin „kara orzeczona”⁵⁰ odnosi się do kary określonej w § 3 tego przepisu, jako kara orzeczona za nowo popełnione przez sprawcę przestępstwo, to w takim razie należy uznać, że użyty w § 3a termin „kara wykonywana” został wykorzystany jako synonim wskazanej w § 3 „kary odbywanej w czasie popełnienia czynu”. Analiza najbliższego kontekstu znaczeniowego (wewnątrzdzaniowego i wokółzdaniowego) nie daje więc jednoznacznych wyników interpretacyjnych.

Niesynonimiczny kierunek wykładni znajduje wsparcie w argumentach językowych, wynikających z uwzględnienia szerszego kontekstu

⁴⁸ Zob. L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów. Komentarz, Toruń 2002, s. 144.

⁴⁹ Zob. D. Kała, M. Klubińska, Kara łączna..., s. 76.

⁵⁰ W użytym w art. 85 § 3a k.k. zwrocie „Jeśli kara wykonywana lub orzeczona, o której mowa w § 3 (...)”.

znaczeniowego wyznaczanego przez inne przepisy kodeksowe, w których zwrot „odbywanie kary” używany jest w węższym znaczeniu niż przyjęte na gruncie wykładni art. 85 § 3 k.k. autonomiczne rozumienie terminu „wykonywanie kary”. Pojęcie „odbywania kary” wiąże się z faktycznym i efektywnym egzekwowaniem dolegliwości wynikającej z wymierzonej sprawcy kary poprzez poddanie go w postępowaniu wykonawczym oddziaływaniu penitencjarnemu charakterystycznemu dla danego rodzaju kary⁵¹. Pojęcie to odnosi się do ściśle określonych kategorii kar⁵², a oddziaływanie penitencjarne może przybrać różne formy w zależności od rodzaju kary⁵³. Za niesynonimicznym kierunkiem wykładni przemawia dyrektywa konsekwencji terminologicznej, która nakazuje nadawać temu samemu zwrotowi w obrębie jednego aktu prawnego takie samo znaczenie⁵⁴. W odniesieniu do regulacji Kodeksu karnego termin „odbywanie kary” jest wykorzystywany przez ustawodawcę w kontekstach wskazujących na jego wąski zakres znaczeniowy⁵⁵. Ty-

⁵¹ Zob. postanowienie SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17; wyrok SA w Katowicach z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 64/17, LEX nr 2317640.

⁵² W orzecznictwie trafnie zwraca się uwagę, że ustawodawca w żadnej regulacji kodeksowej nie posługuje się pojęciem „odbywania kary” w kontekście kary grzywny. Zob. postanowienie SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17 oraz uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17.

⁵³ W kontekście kary pozbawienia wolności (zarówno tzw. terminowej kary pozbawienia wolności, jak i kary 25 lat pozbawienia wolności, kary dożywotniego pozbawienia wolności, jak również kary aresztu wojskowego) odbywanie kary, polega na przebywaniu skazanego w zakładzie karnym, z zastrzeżeniem tych regulacji wykonawczych, które uprawniają skazanego do czasowego opuszczenia zakładu karnego. Wykładnia art. 91 pkt 7, art. 92 pkt 9, art. 138 § 1 pkt 7 i 8., art. 141a, art. 165 § 2, art. 234 § 2 k.k.w. pozwala uznać, że kara pozbawienia wolności jest karą odbywaną także wówczas, gdy skazany legalnie przebywa czasowo poza zakładem karnym, jednak pobyt ten łączy się z rygorami związanymi z oddziaływaniem penitencjarnym i skutkuje sankcjami w razie naruszenia porządku prawnego (art. 140–141a k.k.w.). Szczególną formę wykonywania kary pozbawienia wolności jest jej odbywanie w systemie dozoru elektronicznego, w ramach którego oddziaływanie penitencjarne polega na kontroli zachowania skazanego przy użyciu środków technicznych. Z kolei oddziaływanie penitencjarne związane z odbywaniem kary ograniczenia wolności wiąże się z egzekwowaniem obowiązku wykonywania nieodpłatnej, kontrolowanej pracy na cele społeczne lub na potrąceniu od 10% do 25% wynagrodzenia za pracę w stosunku miesięcznym na cel społeczny wskazany przez sąd.

⁵⁴ Od strony negatywnej wskazana dyrektywa ujmowana jest również jako zakaz wykładni homonimicznej, zabraniający nadawania tym samym zwrotom w obrębie jednego aktu prawnego różnych znaczeń. Zob. L. M o r a w s k i, Wykładnia..., s. 145.

⁵⁵ W Kodeksie karnym termin „odbywanie kary” został użyty w kontekście odbywania kary pozbawienia wolności w art. 43 § 2a i 2b (dot. wstrzymania biegu zakazów w czasie odbywania kary pozbawienia wolności), art. 62 (dot. możliwości określenia przez sąd w wyroku rodzaju i typu zakładu karnego, w którym będzie odbywana kara pozbawienia

tułem przykładu można wskazać na wykładnię art. 43 § 2a i 2b k.k., która wyklucza uznanie, że kara pozbawienia wolności jest odbywana, gdy skazany pozostaje poza zakładem karnym w związku z udzieleniem mu przerwy lub w związku z ucieczką⁵⁶. Podobnie na gruncie art. 64 k.k. nie budzi wątpliwości, że dla zastosowania recydywy konieczne jest faktyczne uprzednie odbycie przez sprawcę kary pozbawienia wolności⁵⁷. Z kolei na gruncie art. 239 k.k. wskazuje się, że poplecznictwo w formie odbywania kary za skazanego może dotyczyć tylko kar, które są przez skazanego odbywane, to jest kary pozbawienia wolności lub

wolności), art. 64 § 1 i § 2 (dot. odbycia kary pozbawienia wolności jako przesłanki orzeczenia recydywy), art. 77–82 (dot. instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary), art. 93d § 3–5 (dot. wykonania środka zabezpieczającego a odbywania kary pozbawienia wolności), art. 242 § 3 (dot. niepowrócenia do zakładu karnego skazanego korzystającego z przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności); w kontekście odbywania kary ograniczenia wolności w art. 34 § 2 (dot. obowiązków w czasie odbywania kary ograniczenia wolności), art. 83 (dot. możliwości uznania przez sąd za wykonaną kary ograniczenia wolności, którą skazany odbył przynajmniej w połowie) i art. 323 § 2–4 (dot. ograniczeń wobec żołnierzy odbywających karę ograniczenia wolności); w kontekście odbywania kary aresztu wojskowego w art. 322 § 3 (dot. odbywania kary aresztu wojskowego w przeznaczonych do tego zakładach karnych) oraz ogólnie bez dookreślenia rodzaju kary w art. 239 (dot. karalności poplecznictwa w formie odbywania za skazanego kary). Zob. też postanowienie SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17 i wyrok SA w Katowicach z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 64/17.

⁵⁶ Jeszcze na gruncie art. 45 k.k. w z 1969 r. przewidującego zawieszenie biegu kar dodatkowych SN w postanowieniu z dnia 17 maja 1990 r., sygn. V KZP 5/90 (z glosą R. A. Stefańskiego, OSP 1991, nr 9, poz. 16 oraz J. Kuleszy, PS 1992, nr 9, s. 103) postawił tezę, że „Skoro skazany w wypadku udzielenia przerwy lub przerwy w karze czy ucieczki nie przebywa w zakładzie karnym, nie może być mowy o odbywaniu kary, a tylko to stanowi przeszkodę do biegu kar dodatkowych. Skazany w obu wymienionych wypadkach, przebywając na wolności, ma możliwość korzystania z utraczonych praw”. Pogląd ten jest akceptowany w doktrynie w odniesieniu do zawieszenia biegu środków karnych (zob. M. Szewczyk, W. Górski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52, Warszawa 2016, s. 822–823; N. Kłaczyńska, (w:) Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2012, t. do 7 art. 43; M. Kulig, (w:) M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, t. 5 do art. 43; A. Ziółkowska, (w:) V. Konarska-Wrzošek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, t. 2 do art. 43. Przedmiotowe stanowisko jest również w piśmiennictwie kwestionowane zob. W. Zalewski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116, Warszawa 2011, s. 174 i n.; J. Lachowski, Pozbawienia praw publicznych w kodeksie karnym, Prok. i Pr. 2003, nr 10, s. 67–68, na który to pogląd powołują się D. Kala, M. Klubińska, Kara..., s. 82.

⁵⁷ Zob. J. Majewski, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53–116, Warszawa 2016, s. 240 i n. oraz uchwała 7 sędziów SN z dnia 17 września 1991 r., sygn. I KZP 17/91, OSNKW 1992, nr 1–2, poz. 1.

ograniczenia wolności, ale nie kary grzywny⁵⁸. Skłania to do nadania użytemu w znowelizowanym art. 85 § 3 k.k. terminowi „kara odbywana” takiego samego wąskiego znaczenia, jakie nadaje mu się na gruncie innych przepisów Kodeksu karnego. W końcu należy odwołać się również do najszerszego kontekstu znaczeniowego, wyznaczanego przez rozumienie pojęcia „odbywania kary” na gruncie systemu prawa karnego. W tym aspekcie wskazuje się, że w Kodeksie karnym wykonawczym termin ten jest używany w wąskim znaczeniu⁵⁹ jako odnoszący się do faktycznego i efektywnego wykonywania dolegliwości wynikającej z kary.

W pewnych kontekstach argumentów przeciwko utożsamianiu na gruncie wykładni art. 85 § 3 k.k. terminów „kara odbywana” i „kara wykonywana” dostarcza otoczenie normatywne, współtworzone przez przepisy regulujące instytucje związane z wykonywaniem kary, które stanowią tło dla zakazu łączenia kar. Charakterystyka prawna niektórych instytucji związanych z wykonywaniem kary przesądza o tym, że w związku z ich stosowaniem kara nie może zostać uznana za karę odbywaną. Trafnie w orzecznictwie wskazano, że wykluczone jest przyjęcie, że odbywa karę pozbawienia wolności skazany, który pozostaje w okresie próby wyznaczonym postanowieniem o warunkowym zwolnieniu z odbycia reszty kary, gdyż kontekst normatywny wykładni art. 85 § 3 k.k. wyznaczany w tym wypadku przez regulacje art. 77–82 k.k. wyklucza na płaszczyźnie semantycznej przyjęcia, że w takiej sytuacji kara pozbawienia wolności jest odbywana, skoro istotą warunkowego przedterminowego zwolnienia jest zwolnienie skazanego od odbycia reszty kary⁶⁰.

Przeprowadzone zabiegi wykładnicze dają postawę do uznania, że na gruncie art. 85 § 3 i 3a k.k. termin „kara odbywana” jest pojęciem o węższym zakresie znaczeniowym niż termin „kara wykonywana” („wykonywanie kary”)⁶¹. Wyniki wykładni językowej wskazują, że pomiędzy przedmiotowymi pojęciami zachodzi stosunek zawierania w związku z tym, że każde odbywanie kary będzie formą jej wykonywania, ale nie

⁵⁸ Zob. M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, A. Zontek, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212–277d, Warszawa 2017, s. 358.

⁵⁹ Zob. analizę kontekstów znaczeniowych, w jakich ustawodawca posługuje się terminem kara odbywana w Kodeksie karnym wykonawczym w postanowieniu SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17.

⁶⁰ Zob. uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17, z glosą M. Bielskiego, OSP 2018, nr 9.

⁶¹ Zob. D. Kała, M. Klubińska, Kara łączna..., s. 76.

każde wykonywanie kary może być utożsamione z jej odbywaniem⁶². Relacja ta jest o tyle szczególna, że pojęcie „odbywania kary” uznać należy za szczególną formę wykonywania określonych kategorii kar wiążących się z faktycznym i efektywnym egzekwowaniem dolegliwości wynikającej z danej kary. Terminy te mogą zostać uznane w pewnych kontekstach za synonimiczne, ale w znaczeniu wąskim, gdy na gruncie przepisów wykonawczych przez wykonywanie kary rozumie się jej faktyczne i efektywne odbywanie⁶³.

Konsekwencją przyjęcia niesynonimicznego modelu wykładni jest zawężenie zakresu zastosowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym w postaci zakazu łączenia kar. Zawężenie to wiąże się z faktem, że w wyniku nowelizacji doszło do bardziej restryktywnego ujęcia warunków aktualizacji zakazu łączenia kar w zakresie w jakim przepis art. 85 § 3 k.k. przewiduje, że jedną z podlegających zakazowi łączenia kar musi być „kara odbywana w czasie popełnienia przestępstwa”. W świetle niesynonimicznego kierunku wykładni za „karę odbywaną” można uznać wyłącznie karę, która w czasie popełnienia nowego przestępstwa będzie faktycznie i efektywnie wykonywana. Warunek ten został więc ujęty znacznie bardziej restryktywnie niż na gruncie pierwotnego brzmienia art. 85 § 3 k.k., który dla aktualizacji zakazu łączenia kar wymagał, aby jedna z podlegających łączeniu kar była „karą

⁶² W związku z powyższym zwolennicy niesynonimicznego modelu wykładni wskazują, że „Odbywanie kary pozostaje jedną z form wykonywania kar wymienionych w art. 32 k.k., jednak nie wszystkich. Wykonywanie kary jest zatem pojęciem nadrzędnym wobec terminu odbywanie” (tak D. Kała, M. Klubińska, *Kara łączna...*, s. 76).

⁶³ Analiza kontekstów znaczeniowych, w jakich w Kodeksie karnym wykonawczym ustawodawca posługuje się terminem „wykonywanie kary” skłania do przyjęcia, że termin ten jest używany w tym akcie prawnym w dwóch znaczeniach: szerszym i węższym. W szerszym znaczeniu terminem „wykonywanie kary” ustawodawca posługuje się dla określenia czynności lub zespołu czynności konwencjonalnych lub faktycznych, składających się na proces wykonywania kary, polegających na wprowadzeniu kary do wykonania, prowadzeniu postępowania wykonawczego zmierzającego do egzekwowaniem dolegliwości wynikających z orzeczonej kary (z uwzględnieniem zdarzeń skutkujących wstrzymaniem lub zawieszeniem postępowania wykonawczego) oraz zakończeniem tego postępowania. W takim znaczeniu termin „wykonywanie kary” jest wykorzystywany w odniesieniu do wszystkich rodzajów kar, w tym kary grzywny, a także środków karnych, środków kompensacyjnych, przepadek, środków zabezpieczających oraz środków zapobiegawczych. W pewnych kontekstach Kodeks karny wykonawczy posługuje się terminem „wykonywanie kary” również w znaczeniu węższym, ograniczając się do określenia czynności związanych z faktycznym i efektywnym egzekwowaniem dolegliwości wynikających z określonych rodzajów kar. Termin „wykonywanie kary” w węższym znaczeniu jest w Kodeksie karnym wykonawczym używany jako synonim terminu „odbywanie kary”.

wykonywaną w chwili popełnienia przestępstwa”. Zgodnie z wykładnią autonomiczną terminu „kara wykonywana” dla spełnienia tego warunku wystarczające było ustalenie, że kara za wcześniej popełnione przestępstwo została wprowadzona do wykonania, a jednocześnie nie została w całości wykonana lub nie wystąpiły zdarzenia uniemożliwiające jej dalszego wykonywania. Dla spełnienia tego warunku nie miało natomiast znaczenia, czy w czasie popełnienia nowego przestępstwa kara za wcześniej popełnione przestępstwo była faktycznie i efektywnie egzekwowana w rozumieniu przepisów wykonawczych.

Przyjęcie założeń niesynonimicznego kierunku wykładni ma istotne praktyczne znaczenie dla określenia zakresu zastosowania wynikającej z art. 85 § 3 i § 3a k.k. negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym. Niesynonimiczny model interpretacyjny skutkuje koniecznością każdorazowego zweryfikowania dodatkowej, niewystępującej na gruncie pierwotnego ujęcia art. 85 § 3 k.k. przesłanki aktualizacji zakazu łączenia kar, polegającej na ustaleniu, że kara za wcześniej popełnione przestępstwo była w czasie popełnienia nowego przestępstwa karą odbywaną, to jest była faktycznie i efektywnie wykonywana. Konsekwencją przyjęcia wąskiego rozumienia terminu „kara odbywana” jest konieczność przewartościowania przyjmowanej dotąd wykładni przesłanek aktualizacji zakazu łączenia kar w przypadkach stosowania wobec skazanego takich instytucji prawa karnego materialnego lub wykonawczego albo wystąpienia takich zdarzeń faktycznych, które nie łączą się z faktycznym i efektywnym wykonywaniem wymierzonej skazanemu kary. Odstąpienie na gruncie znowelizowanego art. 85 § 3 k.k. od konsekwentnego posługiwania się, mającym szerszy zakres znaczeniowy terminem „wykonywanie kary” oraz zastąpieniem go w odniesieniu do kary za wcześniej popełnione przestępstwo węższym znaczeniowo terminem „kara odbywana”, doprowadziło *de lege lata* do zawężenia zakresu zastosowania zakazu łączenia kar, bądź też, jeśli spojrzeć na tą regulację z drugiej strony do poszerzenia podstaw do łączenia kar w wyroku łącznym w porównaniu do stanu prawnego obowiązującego od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r.⁶⁴

Zawężenie zakresu zastosowania zakazu łączenia kar w pierwszej kolejności wynika z faktu, że nie wszystkie kary mogą być wykonywane w szczególnej formie, jaką jest odbywanie kary. Zasadniczą konsekwencją interpretacji art. 85 § 3 i § 3a k.k. w świetle założeń niesynonimiczne-

⁶⁴ W orzecznictwie trafnie zwrócono uwagę, że art. 85 § 3 k.k. w wersji obowiązującej od 15 kwietnia 2016 r. jest względniejszy dla sprawcy niż pierwotna wersja tego przepisu. Zob. postanowienie SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17.

go modelu wykładni jest ograniczenie zakazu łączenia kar tylko do tych kategorii kar, które mogą być wykonywane w formie odbywania kary. Do kar, których wykonanie polega na ich odbywaniu należy zaliczyć: karę ograniczenia wolności, karę pozbawienia wolności (również karę pozbawienia wolności odbywaną w systemie dozoru elektronicznego), karę 25 lat pozbawienia wolności, karę dożywotniego pozbawienia wolności oraz karę aresztu wojskowego. A *contrario* zakaz łączenia kar nie aktualizuje się w wypadku łączenia w wyroku łącznym kar grzywny⁶⁵. W odniesieniu do tego rodzaju kar ustawodawca konsekwentnie posługuje się w regulacjach kodeksowych terminem „wykonywanie kary”, nigdy zaś terminem „odbywanie kary”. Tym samym w przypadku łączenia kar grzywny nigdy nie może dojść do zaktualizowania się negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej z art. 85 § 3 i § 3a k.k., gdyż w odniesieniu do tej kategorii kar nie jest możliwe spełnienie warunku, aby jedną z objętych zakazem łączenia kar była „kara odbywana w czasie popełnienia czynu”⁶⁶. Z analogicznych przyczyn *de lege lata* nie jest możliwe na podstawie art. 90 § 2 k.k. odpowiednie stosowanie art. 85 § 3 i 3a k.k. do środków karnych, które podlegają łączeniu⁶⁷. Podobnie jak ma to miejsce w wypadku kary grzywny również w odniesieniu do środków karnych Kodeks karny i Kodeks karny wykonawczy konsekwentnie posługują się pojęciem wykonywania (a nie odbywania) tych środków.

Zawężenie zakresu zastosowania przewidzianej w art. 85 § 3 i § 3a k.k. negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym wynika także z faktu, że przyjęcie niesynonimicznego modelu wykładni, opartego na uznaniu, że termin „odbywanie kary” ma węższy zakres znaczeniowy od pojęcia „wykonywanie kary”, prowadzi do konieczności zweryfikowania, czy z uwagi na skutki prawne stosowania wobec skazanego określonych instytucji związanych z wykonaniem kary albo też z uwagi na wystąpienie pewnych zdarzeń faktycznych, kara orzeczona za wcześniej popełnione przestępstwo będzie mogła zostać uznana za karę od-

⁶⁵ Zob. D. Kała, M. Klubińska, Kara łączna..., s. 76; postanowienie SN z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17 i uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17.

⁶⁶ Po nowelizacji pogląd, że zakaz łączenia kar odnosi się również do kary grzywny jest podtrzymywany przez zwolenników synonimicznego modelu wykładni. Zob. P. Kardas, (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks..., s. 479; S. Żółtek, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks..., nb 28 do art. 85.

⁶⁷ Przed nowelizacją art. 90 § 2 k.k. w zw. z art. 85 § 3 k.k. dawały podstawę do wyrowadzenia zakazu łączenia środków karnych w odniesieniu do tych środków, które podlegają łączeniu. Zob. M. Bielski, (w:) W. Wróbel (red.), Nowelizacja prawa karnego 2015, s. 572.

bywaną w czasie popełnienia nowego przestępstwa ze względu na brak podstaw do stwierdzenia, że w tym czasie wobec skazanego faktycznie i efektywnie egzekwowane są dolegliwości wynikające z orzeczonej wcześniej kary. W toku postępowania wykonawczego może dojść do zastosowania wobec skazanego instytucji wiążących się z wykonywaniem kary, których istota sprowadza się do tego, że pomimo faktycznego wprowadzenia kary do wykonania, a przed wyegzekwowaniem wszystkich wynikających z tej kary dolegliwości, taka kara nie będzie mogła zostać uznana za karę odbywaną ze względu na to, że stosowanie danej instytucji nie wiąże się z faktycznym i efektywnym egzekwowaniem dolegliwości wynikającej z kary. Przyjęcie wykładni uznającej, że istotą „odbywania kary” jest faktyczne poddawanie w postępowaniu wykonawczym sprawcy oddziaływaniu penitencjarnemu wynikającemu z danego rodzaju kary wyklucza możliwość uznania, że kara jest odbywana w okresach, w których wobec skazanego stosowane są instytucje wykonawcze skutkujące wstrzymaniem lub zawieszeniem egzekwowania dolegliwości wynikających z danego rodzaju kary. Przyjęcie, że faktyczne i efektywne egzekwowanie konsekwencji wynikającej z danej kary stanowi kryterium definiujące „odbywanie kary”, daje podstawy do stwierdzenia, że w przypadku szeregu instytucji związanych z wykonaniem kary nie będzie spełniony konstytucyjny warunek aktualizacji zakazu łączenia kar w postaci uznania, że jedną z objętych zakazem kar jest „kara odbywana w czasie popełnienia czynu”.

Nie dochodzi do aktualizacji zakazu łączenia kar w tych układach procesowych, w których do popełnienia nowego przestępstwa doszło w czasie, gdy kara za wcześniej popełnione przestępstwo nie została jeszcze faktycznie wprowadzona do wykonania, gdyż taki czyn – zarówno na gruncie pierwotnego, jak i znowelizowanego art. 85 § 3 k.k. – nie mógłby zostać uznany za popełniony po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonania kary. W konsekwencji nie ma przeszkód do łączenia kar w wyroku łącznym w sytuacjach, w których sprawca dopuszcza się nowego przestępstwa w okresie próby wynikającym z warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności orzeczonej wobec niego za wcześniej popełnione przestępstwo⁶⁸, bądź też w cza-

⁶⁸ Kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania nie jest karą podlegającą wykonaniu, ale w związku z zastrzeżeniem poczynionym w art. 85 § 2 k.k. na zasadzie wyjątku podlega łączeniu w wyroku łącznym. Z uwagi na konsekwentne posługiwanie się przez ustawodawcę warunkiem, aby nowe przestępstwo zostało popełnione „po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania kary” niezależnie od normatywnego ujęcia art. 85 § 3 k.k. nie jest możliwe zaktualizowanie się

się odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności za wcześniej popełnione przestępstwo⁶⁹.

W związku z nowelizacją art. 85 § 3 k.k. kontrowersje wzbudziły układy procesowe, w których kara za wcześniej popełnione przestępstwo była wykonywana, ale w związku z zastosowaniem wobec skazanego instytucji związanych z wykonaniem kary lub w związku z wystąpieniem określonych zdarzeń doszło do wstrzymania lub zawieszenia procesu wykonywania kary, skutkującego brakiem faktycznego i efektywnego egzekwowania wobec skazanego dolegliwości wynikającej z danej kary. Na gruncie pierwotnego ujęcia art. 85 § 3 k.k. autonomiczne rozumienie terminu „wykonywanie kary” („kara wykonywana”) gwarantowało, że zakaz łączenia aktualizował się we wszystkich przypadkach, w których do popełnienia nowego przestępstwa dochodziło po rozpoczęciu, a przed zakończeniem wykonywania wcześniej wymierzonej kary, niezależnie od tego, czy pomiędzy tymi dwoma punktami czasowymi kara była faktycznie i efektywnie wykonywana. Po wprowadzeniu w nowelizacji art. 85 § 3 k.k. dodatkowej przesłanki aktualizacji zakazu łączenia kar w postaci warunku odbywania kary za wcześniej popełnione przestępstwo w czasie popełnienia nowego przestępstwa przeszkoda do łączenia kar nie zaistnieje wówczas, gdy nowe przestępstwo zostało popełnione w okresie, w którym kara za wcześniej popełnione przestępstwo nie będzie faktycznie i efektywnie wykonywana. Po pierwsze, w świetle przyjętego kryterium skazany nie odbywa kary w czasie, w którym korzysta z przerwy w odbywaniu (wykonywaniu) kary⁷⁰, gdyż istotą tej instytucji jest to, że

zakazu łączenia kar w układzie procesowym, w którym sprawca popełnił nowe przestępstwo w czasie próby związanej z warunkowym zawieszeniem wykonania kary pozbawienia wolności ze względu na fakt, że istotą instytucji warunkowego zawieszenia jest to, że wymierzona kara nie podlega wykonaniu, a tym bardziej nie jest karą odbywaną. Zob. trafny wyrok SA w Katowicach z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 64/17.

⁶⁹ Instytucja odroczenia kary: ograniczenia wolności (art. 62 k.k.w.), pozbawienia wolności (art. 150 i 151 k.k.w.), pozbawienia wolności odbywanej w systemie dozoru elektronicznego (art. 43i k.k.w.), charakteryzuje się tym, że może znaleźć zastosowanie wyłącznie, gdy skazany nie rozpoczął jeszcze wykonywania kary, to jest zanim dana kara zostanie faktycznie wprowadzona do wykonania. Stąd w wypadku zastosowania przez sąd na etapie postępowania wykonawczego instytucji odroczenia wykonania kary nigdy nie może zostać spełniony warunek, aby nowe przestępstwo zostało popełnione „po rozpoczęciu a przed zakończeniem wykonywania kary”. Tym bardziej w wypadku odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności lub ograniczenia wolności nie sposób uznać, że w okresie odroczenia, kary te są wykonywane.

⁷⁰ W kontekście instytucji przerwy w odbywaniu (wykonaniu) kary wyraźnie ujawniają się występujące na gruncie Kodeksu karnego wykonawczego problemy terminologiczne związane z niekonsekwentnym posługiwaniem się przez ustawodawcę terminami „wy-

w czasie przerwy skazany nie jest poddawany oddziaływaniu penitencjarnemu związanemu z faktycznym i efektywnym wykonywaniem kary⁷¹. Po drugie, uznać należy, że analogiczne konsekwencje wywołuje uregulowana w art. 15 k.k.w. instytucja zawieszenia postępowania wykonawczego, która prowadzi do braku efektywnego wykonywania kary ze względu na zachodzenie długotrwałej przeszkody uniemożliwiającej postępowanie wykonawcze, do której zaliczają się w szczególności sytuacje niemożności ujęcia skazanego albo niemożności wykonania wobec niego orzeczenia z powodu choroby psychicznej lub innej przewlekłej, ciężkiej choroby⁷². Po trzecie, skazany nie odbywa kary w razie wstrzymania wykonania orzeczenia, gdyż w związku z wykonaniem takiej decyzji procesowej kara nie jest efektywnie wykonywana⁷³. Po czwarte, nie można uznać za „karę odbywaną w czasie popełnienia czynu” kary pozbawienia wolności, z której odbycia skazany został warunkowo przedterminowo zwolniony na okres próby. Jak trafnie wskazano w orzecznictwie, istotą instytucji warunkowego przedterminowego zwolnienia jest to, że skazany nie odbywa kary, od której odbywania został warunkowo zwolniony⁷⁴. W związku z tym kara pozbawienia wolności, w odniesieniu do której

konywanie kary” i „odbywanie kary” dla określenia istoty normatywnej tej samej instytucji. Niekonsekwencje terminologiczne występują w art. 63 k.k.w., w którym mówi się o „przerwie w odbywaniu kary ograniczenia wolności” (§ 1 i 2), a następnie o „przerwie w wykonaniu kary ograniczenia wolności” (§ 4). Podobna niekonsekwencja występuje w art. 150–158a k.k.w., w których co do zasady instytucja określana jest jako „przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności”, ale w art. 156 § 4 k.k.w. użyto zwrotu „przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności”. Takim terminem posłużono się też w art. 242 § 3 k.k. Dlatego w kontekście instytucji przerwy w odbywaniu (wykonywaniu) kary rozstrzygnięcie problemów wykładniczych ujawniających się na gruncie art. 85 § 3 i § 3a k.k. nie jest możliwe tylko przez odwołanie się do jednoznacznego kontekstu systemowego (zob. argumentacja podniesiona w uchwale 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17), co zmusza do zajęcia stanowiska wykładniczego odnośnie do wzajemnej relacji kontrowersyjnych terminów już na płaszczyźnie wykładni art. 85 § 3 i § 3a k.k.

⁷¹ Zob. D. Kała, M. Klubińska, *Kara łączna...*, s. 78. Przy przyjęciu niesynonimicznego modelu wykładni za nietrafne należy uznać rozstrzygnięcia zapadłe już po nowelizacji w wyrokach: SA w Katowicach z dnia 13 października 2016 r., sygn. II AKa 388/16, LEX nr 2171141 i SA w Szczecinie z dnia 1 lipca 2017 r., sygn. II AKa 65/17, LEX nr 2379122.

⁷² Por. nieaktualny po nowelizacji pogląd wyrażony w wyroku SA w Szczecinie z dnia 24 marca 2016 r., sygn. II AKa 27/16, LEX nr 2080917.

⁷³ Zob. D. Kała, M. Klubińska, *Kara łączna...*, s. 79.

⁷⁴ Zob. uchwała 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17. Odmiennie wydane już po nowelizacji: wyrok SA w Katowicach z dnia 13 października 2016 r., sygn. II AKa 388/16, LEX nr 2171141 i wyrok SA w Katowicach z dnia 20 lipca 2017 r., sygn. II AKa 290/17, LEX nr 2382750.

skazany korzysta z dobrodziejstwa warunkowego przedterminowego zwolnienia nie spełnia konstytutywnego warunku aktualizacji zakazu łączenia kar, jakim jest to, aby jedna z podlegających łączeniu kar, była karą odbywaną w czasie popełnienia czynu⁷⁵.

Nie ma przeszkód do uznania, że zakaz łączenia kar w wyroku łącznym aktualizuje się, gdy sprawca dopuścił się nowego przestępstwa w okresie pozostawania na przepustce lub korzystania z zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego ze względu na fakt, że wykładania art. 85 § 3 k.k. w kontekście relewantnych przepisów Kodeksu karnego wykonawczego pozwala przyjąć, że w tym czasie skazany nadal odbywa karę pozbawienia wolności. W literaturze przedmiotu⁷⁶ oraz orzecznictwie sądowym⁷⁷ trafnie zwrócono uwagę na fakt, że Kodeks karny wykonawczy przewiduje szereg regulacji związanych z wykonywaniem kary pozbawienia wolności, których istota oraz kontekst normatywny dają podstawę do stwierdzenia, że pomimo faktycznego przebywania skazanego poza zakładem karnym istnieje podstawa do uznania, że odbywa on w tym czasie karę pozbawienia wolności. Do takich wniosków prowadzi wykładnia art. 85 § 3 *in fine* k.k. w kontekście przepisów regulujących udzielanie przepustek w czasie odbywania kary pozbawienia wolności w zakładzie karnym typu otwartego i półotwartego (art. 91 pkt 7 k.k.w. oraz art. 92 pkt 9 k.k.w.), przepisów przewidujących nagrody dla skazanych odbywających karę pozbawienia wolności w postaci zezwolenia na widzenie bez dozoru, poza obrębem zakładu karnego, z osobą najbliższą lub osobą godną zaufania (art. 138 § 1 pkt 7 k.k.w.) oraz w postaci zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego bez dozoru, na okres nieprzekraczający jednorazowo 14 dni (art. 138 § 1 pkt 8 k.k.w.), a także przepisów przewidujących wydanie dla skazanego zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego z innych przyczyn (art. 141a k.k.w.; art. 165 § 2 k.k.w. i art. 234 § 2 k.k.w.). Wsparcie dla takiej wykładni daje art. 140 § 4 k.k.w. (w zw. z art. 93 k.k.w.), z którego wynika, że czasu przebywania skazanego poza zakładem karnym, na podstawie wyżej wskazanych zezwoleń lub przepustek, nie odlicza się od okresu odbywania kary, chyba że sędzia penitencjarny zarządzi inaczej w wypadku, gdy skazany w tym czasie nadużył zaufania. Szereg przepisów Kodeksu karnego wykonawczego przewiduje podstawę prawną

⁷⁵ Zob. M. Bielski, Glosa do uchwały 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17, OSP 2018, nr 9.

⁷⁶ Zob. D. Kała, M. Klubińska, Kara łączna..., s. 79–80.

⁷⁷ Zob. postanowienia SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 12/16 i z dnia 14 września 2017 r., sygn. I KZP 6/17.

do legalnego przebywania skazanego poza zakładem karnym w czasie odbywania kary pozbawienia wolności, jednak z uwagi na fakt, że w tym czasie skazany nadal jest poddawany określonym rygorom penitencjarnym wynikającym z odbywania tej kary, jak również z uwagi na fakt, że co do zasady w tych przypadkach czas legalnego pozostawania skazanego poza zakładem karnym zaliczany jest do odbywania kary nie ma przeszkód, żeby uznać, iż spełnione jest kryterium faktycznego i efektywnego wykonywania kary.

Zdecydowanie największe kontrowersje wykładnicze wynikające z przyjęcia niesynonimicznego modelu wykładni art. 85 § 3 i § 3a k.k. ujawniają się w układach procesowych, w których do popełnienia nowego przestępstwa dojdzie ze względu na zdarzenia faktyczne, prowadzące się do bezprawnego uchylania się przez skazanego od odbywania kary pozbawienia wolności w związku z samouwolnieniem się z zakładu karnego bądź niepowróceniem do zakładu karnego, które to zachowania przy spełnieniu określonych warunków stanowią realizację znamion czynów zabronionych z art. 242 § 1 do § 3 k.k. W literaturze przedmiotu⁷⁸ i w orzecznictwie sądowym⁷⁹ wyrażono pogląd, że przyjęcie wykładni prowadzącej do uznania, że nie dochodzi do zaktualizowania zakazu łączenia kar z art. 85 § 3 i 3a k.k. w wypadkach, w których skazany popełnia nowe przestępstwo w czasie bezprawnego przebywania poza zakładem karnym prowadziłoby do absurdalnych i niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji, w skrajnych wypadkach polegających na łączeniu węzłem kary łącznej kary, która powinna być przez skazanego odbywana w czasie bezprawnego przebywania poza zakładem karnym, z karą orzeczoną za przestępstwa z art. 242 § 1, § 2 lub § 3 k.k. Pogląd przyjmujący wykładnię art. 85 § 3 i § 3a k.k., dopuszczającą aktualizację zakazu łączenia kar w wypadku wymienionych zdarzeń faktycznych, opiera się na odwołaniu się do tzw. argumentum *ad absurdum*, to jest dyrektywy wykładni funkcjonalnej, nakazującej odrzucić taki wynik wykładni językowej, który prowadziłby do absurdalnych lub niemożliwych do zaakceptowania konsekwencji⁸⁰. Niewątpliwie takie stanowisko stanowi odstępstwo od założeń niesynonimicznego modelu wykładni, gdyż jest możliwe do zaakceptowania tylko przy przyjęciu, że w przypadku szczególnej kategorii zdarzeń faktycznych związanych z bezprawnym przebywaniem skazanego poza

⁷⁸ Zob. D. Kała, M. Klubińska, Kara łączna..., s. 80–82.

⁷⁹ Zob. postanowienia SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 12/16.

⁸⁰ Zob. L. Morawski, Wykładnia w orzecznictwie sądów, Komentarz, Toruń 2002, s. 222; L. Morawski, Zasady wykładni prawa, Toruń 2006, s. 150.

zakładem karnym w czasie popełnienia nowego przestępstwa wcześniej orzeczona kara jest nadal karą odbywaną. Oczywiście w przypadkach bezprawnego pozostawania przez skazanego na wolności w związku z samouwolnieniem lub niepowróceniem do zakładu karnego nie ma podstaw do uznania, że spełnione jest definiujące pojęcie „odbywania kary” kryterium faktycznego i efektywnego egzekwowania dolegliwości wynikającej z kary. W konsekwencji zaakceptowanie prezentowanego w literaturze i orzecznictwie poglądu jest możliwe tylko przy przyjęciu odstępstwa od kryterium definiującego pojęcie „odbywania kary”.

Odnosząc się krytycznie do tego poglądu należy w pierwszej kolejności podnieść, że nie każdy wynik wykładni sprzeczny z zakładanymi celami kryminalnopolitycznymi regulacji pozwala na uznanie, że wykładnia językowa nieodpowiadająca wynikom wykładni funkcjonalnej uprawnia do odwołania się do argumentum *ad absurdum*. Rygorystyczny paradygmat wykładni przepisów prawnokarnych pozwala na przyjęcie niekorzystnych dla sprawcy wyników wykładni funkcjonalnej tylko w wypadku wykazania, że taka niekorzystna wykładnia mieści się w granicach alternatywnych wyników wykładni językowej. Dostateczne uzasadnienie przyjmowanego przez zwolenników krytykowanego poglądu wyniku interpretacyjnego wymagałoby wykazania, że na płaszczyźnie dyrektyw wykładni językowej istnieją argumenty za przyjęciem, że w czasie bezprawnego pozostawania poza zakładem karnym skazany dalej odbywa karę pozbawienia wolności za wcześniej popełnione przestępstwo, pomimo tego, że w tym okresie z przyczyn oczywistych nie są wobec skazanego faktycznie i efektywnie egzekwowane dolegliwości związane z wykonaniem tej kary. W drugiej kolejności przyjęcie krytykowanego poglądu wymagałoby wykazania, że taki wynik wykładni nie tyle nie daje się pogodzić z celami kryminalnopolitycznymi art. 85 § 3 i § 3a k.k., ale prowadzi do konsekwencji całkowicie niedających się zaakceptować z punktu widzenia skutków regulacji. Nie zaprzeczając, że konsekwentne stosowanie modelu wykładni niesynonimicznej do sytuacji popełnienia przez skazanego nowego przestępstwa w czasie bezprawnego pozostawania poza zakładem karnym prowadzi do niepożądanych skutków kryminalnopolitycznych, to jednak trudno uznać, że są to skutki absurdalne i prowadzące do niedających się zaakceptować konsekwencji, skoro jednocześnie w literaturze przedmiotu i w orzecznictwie akceptuje się te same niepożądane konsekwencje przyjęcia niesynonimicznego modelu wykładni w innych układach procesowych, w których jest to równie niepożądane. Trudno jest uzasadnić twierdze-

nie, a jednocześnie zachować spójność przyjmowanych kryteriów wykładniczych, jeśli z jednej strony wykorzystuje się niesynonimiczny model wykładni dla uzasadnienia poglądu, że zakaz łączenia kar nie aktualizuje się w sytuacjach popełnienia przez skazanego nowego przestępstwa w okresie próby wynikającej z warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia przez skazanego kary pozbawienia wolności albo też w okresie przerwy w odbywaniu przez skazanego kary, a z drugiej strony odchodzi się od konsekwencji niesynonimicznego modelu wykładni, utrzymując że z przyczyn kryminalnopolitycznych konieczne jest uznanie, że zakaz łączenia kar będzie aktualizował się w wypadkach popełnienia przez skazanego nowego przestępstwa w okresie bezprawnego uchylania się od odbywania kary pozbawienia wolności w związku z samouwolnieniem się lub niepowróceniem do zakładu karnego⁸¹. Odwołując się do wcześniej przedstawionego *ratio legis* regulacji art. 85 § 3 i § 3a k.k. nie powinno budzić wątpliwości, że w każdym z wymienionych przypadków względy kryminalnopolityczne przemawiają za aktualizacją zakazu łączenia kar. Tym samym, jeśli potraktować na poważnie odwołanie się do argumentum *ad absurdum*, to konsekwentnie należałoby przyjąć model wykładni synonimicznej, który pomimo kontrowersyjnej zmiany redakcyjnej, polegającej na zastąpieniu terminu „kara wykonywana” zwrotem „kara odbywana”, pozwalałby uznać, że zakres zastosowania zakazu łączenia kar w stanie prawnym obowiązującym od 15 kwietnia 2016 r. został ukształtowany analogicznie jak w stanie prawnym obowiązującym od 1 lipca 2015 r. do 14 kwietnia 2016 r.

Tytułem podsumowania wypada jedynie wyrazić gorzką konstatację, że nowelizacja art. 85 § 3 k.k. w zakresie, w jakim zmodyfikowała warunki aktualizacji zakazu łączenia kar w wyroku łącznym poprzez zastąpienie zwrotu „kara wykonywana w chwili popełnienia przestępstwa” sformułowaniem „kara odbywana w czasie popełnienia czynu” stanowi niechlubny przykład niedostatecznie przemyślanej ingerencji ustawodawcy w treść regulacji karnoprawnych, których wynikiem jest stworzenie skomplikowanych zagadnień wykładniczych, niedających się rozwiązać w sposób, który z jednej strony zapewniałby realizację celów

⁸¹ Z tych powodów trudno uznać za konsekwentne i spójne rozstrzygnięcia zapadłe w uchwale 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17 i postanowieniu SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 12/16 (w zakresie, w jakim przyjmuje, że skazany odbywa karę pozbawienia wolności w czasie bezprawnego pozostawania poza zakładem karnym), pomimo sygnalizowanego w tym pierwszym orzeczeniu braku sprzeczności między nimi.

kryminalnopolitycznych nowelizowanych przepisów, a z drugiej strony dawałaby się pogodzić z funkcją gwarancyjną prawa karnego determinującą konieczność rygorystycznej i ścisłej wykładni przepisów prawa karnego materialnego. Przyjmując dość oczywiste założenie, że intencją ustawodawcy nie było modyfikowanie ukształtowanego pierwotnie szeroko zakresu zastosowania negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w postaci zakazu łączenia kar w kierunku zawężenia jej stosowania, należy postulować jak najszybsze znowelizowanie art. 85 § 3 k.k. poprzez użycie *in fine* tego przepisu zwrotu „kara wykonywana w czasie popełnienia czynu”, który – przy przyjęciu zaakceptowanego już w orzecznictwie szerokiego autonomicznego modelu wykładni pojęcia wykonalności kary – zapewniał realizację celów kryminalnopolitycznych, jakie w rzeczywistości przyświecały wprowadzeniu do modelu kary łącznej kroczącej negatywnej przesłanki wymiaru kary łącznej w wyroku łącznym w postaci zakazu łączenia kar⁸².

Applicability of negative premise for aggregate sentence under Article 85, §§ 3 and 3a of the Penal Code

Abstract

This paper offers an analysis of interpretative controversies as to the applicability of the negative premise for an aggregate sentence, i.e. prohibition to combine sentences. The controversies have become apparent following the amendment of Article 85, §§ 3 and 3a of the Penal Code. Arguments are presented that support the acceptance of the interpretation stemming from the said provisions, whereby “sentence being executed” and “sentence being served” are not seen as synonyms, which is linguistically justified by guarantee-related reasons. Moreover, consequences of such interpretation are presented, these leading to the narrowing of the applicability of the prohibition to combine sentences, which narrowing is unjustified on the grounds of the criminal policy. At the same time, an urgent amendment to Article 85, §§ 3 and 3a of the Penal Code is demanded to define a relationship between sentences, which must not

⁸² Zob. M. Bielski, Glosa do uchwały 7 sędziów SN z dnia 25 stycznia 2018 r., sygn. I KZP 11/17, OSP 2018, nr 9.

be combined, in such a way as to raise no doubts that the prohibition becomes valid in each case when a sentence imposed on a perpetrator for a new offence is combined with a sentence imposed for an earlier offence insofar as the new offence is committed before the entire sentence for the earlier offence is served.

Kamil Siwek

W sprawie skutkowego charakteru przestępstwa znęcania się

Streszczenie

W artykule poruszona została problematyka skutkowości przestępstwa znęcania się. Przegląd ustaleń doktryny z zakresu prawa karnego i wypowiedzi orzecznictwa sądowego, prowadzi autora do ustalenia, że przestępstwo znęcania się typu zasadniczego ma charakter skutkowy, a tym skutkiem są dotkliwe cierpienia fizyczne lub psychiczne po stronie pokrzywdzonego. Wskazano przy tym, że przestępstwo znęcania się nie ma charakteru typowego przestępstwa wieloczynowego. W artykule odniesiono się także do promowanego w literaturze z zakresu prawa karnego stanowiska, w świetle którego za skutek w rozumieniu karnistycznym nie mogą uchodzić zjawiska psychiczne.

W literaturze z zakresu prawa karnego nie ma dotychczas jednego stanowiska w odniesieniu do tego, czy przestępstwo znęcania się określone obecnie w art. 207 § 1 k.k.¹, ma charakter skutkowy (materialny), czy też bezskutkowy (formalny). Zdecydowanie dominuje stanowisko, wedle którego przestępstwo znęcania się ma formalny charakter². Do-

¹ Wprawdzie poniższe rozważania prowadzone będą w kontekście przestępstwa znęcania się określonego w art. 207 § 1 k.k., to jednak w pełni odnoszą się one także do innych typów przestępstw, w których występuje znamię czasownikowe „znęca się” (zob. art. 207 § 1a k.k., art. 246 k.k., art. 247 § k.k. i art. 352 § 1 k.k.).

² Zob. zwłaszcza W. Świda, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 541; J. Śliwowski, Prawo karne, Warszawa 1975, s. 422; O. Chybiński, (w:) W. Świda (red.), Prawo karne. Część szczególna, Wrocław-Warszawa 1980, s. 266; A. Ratajczak, Przestępstwa przeciwko opiece i młodzieży w systemie polskiego prawa karnego, Warszawa 1980, s. 139; D. Gajdus, (w:) A. Marek (red.), Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki, Warszawa 1986, s. 364; M. Siewierski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, t. II, Warszawa 1987, s. 174; A. Ratajczak, (w:) Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński (red.), System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności. Tom IV, część II, I. Ossolineum 1989, s. 281; W. Świda, Prawo karne, Warszawa 1989, s. 464; R. Sarkowicz, Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.), Kraków 1989, s. 103; I. Andrejew, Pol-

tychczas jedynie Aleksander Tobis w monografii z 1980 r. przyjmował na gruncie art. 184 § 1 k.k. z 1969 r., że omawiane przestępstwo ma charakter skutkowy. Tenże autor pisał następująco: „Chciałbym wyrazić też na zakończenie rozważań o pojęciu znamienia «znęcania się» na tle art. 184 § 1 k.k., że – moim zdaniem – jest to przestępstwo skutkowe, mimo odmiennych twierdzeń niektórych innych autorów, tyle że o skutkach dorozumianych, wyraźnie w ustawie nie wymienionych. Inni autorzy, oczywiście z punktu widzenia formalnego, mają rację – ustawa nie uzależnia bytu przestępstwa z art. 184 § 1 k.k. od nastąpienia określonego skutku. Toteż głosuję za przyjęciem konstrukcji «skutku dorozumianego», immanentnie tkwiącego w czynności przez sprawcę wykonywanej. Z istoty, z ontologii znęcania się sprawca musi komuś wyrządzić krzywdę. Inaczej nie ma znęcania. Nie można tego zachowania traktować jako «sztuka dla sztuki», nie byłoby podstaw do penalizacji takiego czynu, gdyby tak nie było. Wymienieni autorzy zresztą mówią jednocześnie, że znęcanie wywołuje ból fizyczny lub cierpienia moralne, dają na to przykłady. Jest w tym więc jakaś niekonsekwencja”³. Inni autorzy ograniczają się do za-

skie prawo karne w zarysie, Warszawa 1989, s. 425; K. Buchała, A. Zoll, Polskie prawo karne, Warszawa 1997, s. 153; A. Wąsek, (w:) A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, tom I, Warszawa 2004, s. 983–984; D. J. Sosnowska, Przepisy o znęcaniu się, Państwo i Prawo 2008, nr 3, s. 62–63; T. Jurk, M. Szostak, R. Drozd, Przepisy o znęcaniu się jako problem nauk penalitycznych, Acta Universitatis Wratislaviensis No 3128, Wrocław 2009, s. 181; W. Wróbel, A. Zoll, Polskie prawo karne. Część ogólna, Kraków 2011, s. 193; Z. Siwik, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 1284; M. Szwarczyk, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 601; A. Muszyńska, (w:) Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, J. Giezek (red.), Warszawa 2015, s. 578; V. Konarska-Wrzošek, (w:) J. Warylewski (red.), System prawa karnego. Przepisy przeciwko dobrom indywidualnym, tom 10, Warszawa 2016, s. 985; O. Sitarz, (w:) T. Dukiet-Nagórska (red.), Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa, Warszawa 2016, s. 426; J. Kosonoga, (w:) R. A. Stefański (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2017, s. 1304; S. Hypś, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna, tom I, Warszawa 2017, s. 836; J. Warylewski, Prawo karne. Część ogólna, Warszawa 2017, s. 290.

³ Zob. A. Tobis, Główne przestępstwa przeciwko rodzinie, Poznań 1980, s. 45. Należy jednak zauważyć, że A. Tobis skutku w postaci krzywdy nie uważał za konstytutywny element przestępstwa znęcania się. Inaczej – zdaniem tego autora – w razie znęcania się nad osobą o zmniejszonej wrażliwości spowodowanej chorobą, „sprawca nie ponosiłby odpowiedzialności, albo w najlepszym razie można by mu było przypisać usiłowanie nieudolne, a to jest nie do przyjęcia”. Do tej sprawy należy powrócić w innym miejscu.

znaczenia, iż sprawa formalnego bądź skutkowego charakteru przestępstwa znęcania się budzi kontrowersje⁴.

Ustosunkowując się do tej kwestii należy zauważyć, że w istocie rzeczy pogląd wypowiedziany swego czasu przez A. Tobisa znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie karnym. Przyjmuje się mianowicie, że „Za znęcanie się nie można uznać zachowania sprawcy, które nie powoduje u ofiary poważnego cierpienia moralnego (...)”⁵. O tych cierpieniach w kontekście przestępstwa znęcania się pisze się również wyraźnie w komentarzach i podręcznikach, gdy definiuje się istotę znęcania się⁶. Już wcześniej Sąd Najwyższy szerzej wypowiedział się na temat istoty znamienia czasownikowego „znęca się”. Przyjął mianowicie, że: „Zadawanie cierpień moralnych, psychicznych osobie pokrzywdzonej w celu jej udręczenia, poniżenia lub dokuczenia albo wyrządzenia jej innej przykrości, bez względu na rodzaj pobudek nie będzie stanowiło «znęcania się» w rozumieniu art. 207 § 1 k.k. skoro nie miały one charakteru działań «dotkliwych» i «ponad miarę», a więc swą intensywnością wykraczających poza granice zwyczajnego naruszenia nietykalności fizycznej, znieważenia, poniżenia, czy innego naruszenia czci pokrzywdzonej. Kryterium podmiotowo-przedmiotowe zachowania się sprawcy, wyczerpującego znamiona czynu określonego w art. 184 § 1 k.k. z 1969 r. (obecnie art. 207 § 1 k.k.), na pewno nie może ograniczać się tylko do systematyczności lub zwartego czasowo lub miejscowo zdarzenia, jeżeli nie towarzyszy temu intensywność, dotkliwość i poniżanie w eskalacji ponad miarę oraz cel przewidziany w pojedynczych czynnościach naruszających różne dobra chronione prawem (np. nietykalność osobista, godność osobista, mienie)”⁷. Jak łatwo dostrzec, do istoty znęcania się należy nie tylko cykliczność czynności sprawczych, lecz że dodatkowo warunkiem *sine qua non* istnienia dokonanego przestępstwa znęcania się, jest to, aby tym czynnościami – ukierunkowanym na udręczenie, po-

⁴ Zob. M. Budyn-Kulik, Rodzaje „przemocy partnerskiej” wobec kobiety w świetle polskiego kodeksu karnego, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, Sectio G, Ius*. Vol 56/57 (2009/2010), s. 11.

⁵ Zob. wyrok SN z dnia 11 lutego 2003 r., sygn. IV KKN 312/99, LEX nr 77436; nadto wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 marca 2012 r., sygn. II Aka 388/11, Legalis nr 527976.

⁶ Zob. W. Świda, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny...*, s. 539; O. Chybiński, (w:) *Prawo karne...*, s. 265; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 471; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 510.

⁷ Zob. wyrok SN z dnia 24 października 2000 r., sygn. WA 37/00, LEX nr 332949. Tak również wyrok SA w Gdańsku z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. II Aka 399/12, Legalis nr 746521.

nizienie, dokuczenie bądź wyrządzenie innej przykrości – każdorazowo towarzyszyła „dotkliwość” cierpień⁸.

Jak z tego wynika, dla przyjęcia zrealizowania przez sprawcę przedmiotowej strony przestępstwa znęcania się, już nawet nie wystarczy, że poszczególne sprawcze działania skutkują cierpieniami psychicznymi u pokrzywdzonego, lecz że jeszcze dodatkowo cierpieniom tym nieodłącznie towarzyszyć musi dotkliwość ponad miarę normalnie przypisana znieważaniu, poniżaniu, straszeniu czy naruszaniu nietykalności cieleśnej⁹. Same cierpienia tutaj nie wystarczą. Mają to być cierpienia niejako kwalifikowane¹⁰. Oczywiście jest więc to, że znęcanie się to nie tylko pro-

⁸ Zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 25 marca 1998 r., sygn. II Aka 40/98, LEX nr 35158: Instruktywny w omawianym kontekście fragment tezy głównej brzmi: „W pojęciu znęcania się zawarte jest odczuwanie przez sprawcę, że jego zachowania są dla ofiary dolegliwe i poniżają ją przed sprawcą (...)”.

⁹ Należy odnotować, że takie ustalenie definicyjne karnoprawnego wyrażenia „znęca się” w pełni pokrywa się ze znaczeniem, jakie wyrażenie „znęca się” ma w ogólnym języku polskim, gdzie znaczy: „zadawać komuś, czemuś cierpienia (fizyczne lub moralne) pastwić się nad kimś, dręczyć kogoś”. Zob. M. Bańko (red.), Uniwersalny słownik języka polskiego, t. 4, Warszawa 2006, s. 1052; M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego, t. III, Warszawa 1989, s. 1047; nadto W. Doroszewski (red.), Słownik języka polskiego, t. X, Warszawa 1968, s. 1232, gdzie określenie „znęcać się” zestawia się z określeniem „tyranizować kogoś”. Z kolei „tyranizować” definiuje się jako: „wykorzystując swoją przewagę, obchodzić się z kimś okrutnie bezwzględnie; dręczyć, maltretować, terroryzować”. Zob. Uniwersalny słownik języka..., s. 181. Natomiast słowniki synonimów odnotowują, że określenie „znęcać się” należy do gniazda słowa „męczyć” i zestawione jest obok takich słów, jak: (z)maltretować, (z)masakrować, pastwić się, (s)torturować, skatować. Zob. A. Dąbrowka, E. Geller, R. Turczyn, Słownik synonimów, Warszawa 1992, s. 7. Zauważyć należy, iż przyjęte w języku ogólnym znaczenie określenia „znęca się” w gruncie rzeczy odpowiada temu, co karniści utożsamiają z elementem kwalifikującym przestępstwo znęcania się określonym w art. 207 § 2 k.k. Znęcanie się szczególnie okrutne utożsamia się zwykle z torturowaniem (zob. zwłaszcza A. Marek, Kodeks karny..., s. 472), co nie wydaje się być zabiegiem słusznym. Torturowanie, którego nasilenie nie będzie „szczególne”, nie wykracza poza granice typu podstawowego przestępstwa znęcania się. Dlatego dla przyjęcia surowszej kwalifikacji nie wystarczą bardzo silne cierpienia u ofiary. Zob. jednak J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2000, s. 397. Typ kwalifikowany znęcania się to nie tyle torturowanie, ale torturowanie „drugiego stopnia”, torturowanie szczególnie okrutne, ciężkie pastwienie się.

¹⁰ W literaturze przedmiotu pisze się w tym kontekście o cierpieniach „dotkliwych”. Zob. S. Hypś, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2015, s. 1039; V. Konarska-Wrzošek, Ochrona dziecka w polskim prawie karnym, Toruń 1999, s. 55; K. Buchała, Prawo karne materialne, Warszawa 1989, s. 649–650. Takie też objaśnianie istoty znęcania się spotykamy w orzecznictwie sądowym. Zob. zwłaszcza wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 marca 2012 r., sygn. II Aka 388/11, Legalis nr 527976. Przymiotnikiem „dotkliwe” w konkretnie cierpień moralnych posłużył się SN już w znanej uchwale z dnia 6 czerwca 1976 r., sygn. VI KZP 13/75, LEX nr 19141.

sta wielość zniewag, naruszeń nietykalności cielesnej czy gróźb, lecz wielość podwójnie kwalifikowana. Najpierw wtedy, gdy łączy się z wymaganiami doznania przez pokrzywdzonego cierpień w ogóle. Następnie zaś wtedy, gdy postępowanie sprawcy prowadzi do doznania przez pokrzywdzonego cierpień „dotkliwych”. Z tego wynika jasno i niewątpliwie, że przestępstwo znęcania się wcale nie jest typowym przestępstwem wielodziałaniowym (wieloczynowym), zbudowanym z wielości pojedynczych działań sprawczych (jednorodnych bądź różnorodnych)¹¹. Należy bowiem wyraźnie podkreślić, że przestępstwo znęcania się tworzy dopiero wielokrotność działań sprawczych plus dodatkowo jeszcze coś więcej, a mianowicie „efekt” tych działań w postaci dotkliwych cierpień po stronie pokrzywdzonego. W świetle ustawy karnej ma to być taka wielokrotność, która przekształci się w pastwienie się, torturowanie, a więc która ujawni brak uczucia litości u sprawcy, sadyzm i okrucieństwo¹². Tymczasem o przestępstwie wieloczynowym skądinąd wiadomo, że jest to przestępstwo przewidujące jedynie wielokrotność danego zachowania się tego samego rodzaju lub zachowań różnych¹³. Żadnych dodatkowych warunków

¹¹ W orzecznictwie sądowym i literaturze z zakresu prawa karnego ugruntowane jest stanowisko, w świetle którego przestępstwo znęcania ma charakter przestępstwa wieloczynowego (o zbiorowo oznaczonym czynie). Zob. postanowienie SN z dnia 11 grudnia 2003 r., sygn. IV KK 49/03, *Legalis* nr 64666; O. Chybiński, (w:) *Prawo karne...*, s. 265; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 395; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 126; T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2003, s. 109; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 72; J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 467. Recz jasna, przyjęcie, iż przestępstwo znęcania się, ma charakter wieloczynowy, nie eliminuje jednoczesnego przyjmowania, iż wyjątkowo także jednorazowe zachowanie się sprawcy o dużej intensywności, może spełniać istotę znęcania się. Zob. – zamiast wielu – A. Marek, *Prawo...*, s. 511; nadto A. Gubiński, *Zasady...*, s. 126; J. Wojciechowski, *Kodeks karny...*, s. 396; A. Wąsek, (w:) *Kodeks karny...*, s. 980; S. Hypś, (w:) *Kodeks karny...*, s. 1038 i tam podane orzecznictwo. W literaturze z zakresu prawa karnego takie ujęcie niekiedy uznawane jest za kontrowersyjne. Zob. R. A. Stefański, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 277.

¹² Zob. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 498.

¹³ Zob. T. Bojarski, *Polskie prawo...*, s. 109. Oczywiście należy mieć na względzie fakt, że przestępstwo znęcania się może się składać także z czynności sprawczych, które same w sobie nie należą do żadnego typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Zob. T. Bojarski, *Odmiany podstawowych typów przestępstw w polskim prawie karnym*, Warszawa 1982, s. 92. Autor za przykłady podaje odmowę pożywienia dziecku lub osobie chorej. W każdym razie, poszczególne fragmenty wykonawcze przestępstwa znęcania się zawsze będą bezprawne w świetle prawa cywilnego (np. niewpuszczanie do domu, trzaskanie drzwiami, zanieczyszczanie mieszkania, hałasowanie) czy rodzinnego (np. odmowa dziecku pożywienia). Należy przy tym pamiętać, że na gruncie pra-

ków nie ma w konstrukcji przestępstwa wieloczynowego. W szczególności nie ma warunku, aby oceniana łącznie wielokrotność danego zachowania się powodowała dodatkowy skutek, którego nie ma w konstrukcji pojedynczego czynu wchodzącego w skład przestępstwa wieloczynowego. Biorąc przykładowo – dokonanie przestępstwa naruszenia nietykalności cielesnej nie jest warunkowane tym, aby u pokrzywdzonego wystąpiły jakiegokolwiek cierpienia będące skutkiem postępowania sprawcy, a tym bardziej cierpienia dotkliwe, „ponad miarę”. Sytuacja nie ulegnie żadnej zmianie nawet w razie wielokrotności naruszenia nietykalności. Następuje wtedy wyłącznie przesunięcie ilościowe i sama mnogość naruszenia nietykalności cielesnej nie tworzy żadnej nowej jakości normatywnej. W dalszym ciągu są to te same naruszenia nietykalności cielesnej, tyle że powtarzane przez sprawcę. Tymczasem, była już o tym mowa, dla zrealizowania znamion przestępstwa znęcania się nie wystarczy sama wielość działań sprawczych¹⁴. Musi wystąpić dodatkowy element w postaci dotkliwych („poważnych”) cierpień po stronie pokrzywdzonego. Bez tego nie ma znęcania się¹⁵. Te dotkliwe cierpienia są zatem niezbędnym ustawowym „dopełnieniem” postępowania sprawcy znęcania się. Dopiero wtedy powstaje jakościowo odmienny, odrębny typ przestępstwa znęcania się. Znaczy to, że bez dotkliwych cierpień po stronie pokrzywdzonego, sama wielokrotność określonego zachowania się (np. kilkanaście naruszeń nietykalności cielesnej) nie może być jeszcze kwalifikowana jako znęcanie się¹⁶, ale może stanowić ciąg przestępstw określony w art. 91 § 1 k.k. Tu przecież dodatkowo żadne dotkliwe cierpienia pokrzywdzonego nie są wymagane przez ustawę. Dla ciągu przestępstw

wa cywilnego za bezprawne może zostać uznane postępowanie niezgodne z zasadami współżycia społecznego. Trudno byłoby przecież przyjmować, że np. notoryczne sprowadzanie do domu, wbrew woli domowników, kolegów-alkoholików czy wyłączanie prądu lub gazu nie narusza zasad współżycia społecznego i tym samym jest postępowaniem legalnym. Inaczej (niesłusznie) uważa S. H y p ś, (w:) Kodeks karny..., s. 834. Generalnie, w skład czynu polegającego na znęcaniu się nie mogą wchodzić czynności legalne, niezakazane.

¹⁴ Inaczej wyrok SA w Gdańsku z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. II Aka 236/14, Legalis nr 1241282. Podobnie – wyrok SN z dnia 6 sierpnia 1996 r., sygn. WR 102/96, LEX nr 26355.

¹⁵ Zob. wyrok SN z dnia 11 lutego 2003 r., sygn. IV KKN 312/99, Legalis nr 58692.

¹⁶ Tak też w istocie wyrok SN z dnia 24 października 2000 r., sygn. WA 37/00, Legalis nr 138697: „Nie będzie stanowiło «znęcania się» w rozumieniu art. 207 § 1 Kodeksu karnego, zachowanie skoro nie miało ono charakteru działań «dotkliwych» i «ponad miarę», a więc swą intensywnością wykraczających poza granice zwyczajnego naruszenia nietykalności fizycznej, znieważenia, poniżenia, czy innego naruszenia czci pokrzywdzonej”.

wystarczy już sama prosta wielość przestępstw, popełnionych w krótkich odstępach czasu i z wykorzystaniem takiej samej sposobności, zanim zapadł pierwszy, choćby nieprawomocny wyrok co do któregośkolwiek z tych przestępstw. O ile więc wielość przestępstw może jeszcze nie wyczerpywać znamion przestępstwa znęcania się, o tyle *in concreto* taka wielość może już podpadać pod ciąg przestępstw. Będzie tak wtedy, gdy oceniane łącznie co najmniej dwa przestępstwa nie będą jeszcze powodowały po stronie pokrzywdzonego dotkliwych cierpień fizycznych lub psychicznych, a więc *de facto* wtedy, gdy nie będzie zrealizowanych znamion strony przedmiotowej przestępstwa znęcania się.

W każdym razie należy podać w zasadniczą wątpliwość twierdzenie, jakoby sama wielość naruszeń nietykalności cielesnej ofiary lub zniewag skierowanych do tej samej osoby albo obie te formy zachowania się łącznie, stanowiły nową jakość normatywną w postaci przestępstwa znęcania się¹⁷. Prócz tej wielokrotności zawsze musi się dodatkowo pojawić cierpienie pokrzywdzonego. Należy generalnie przyjąć, że subiektywne odczucia pokrzywdzonego znęcaniem się, nie mogą być pomijane w ramach karnoprawnej oceny zachowania się sprawcy¹⁸. Nie wystarczy wyłącznie obiektywna perspektywa tej oceny, skoro za znęcanie się w sensie związanym z art. 207 § 1 k.k. uchodzić może tylko takie postępowanie sprawcy, które przysparza ofierze dotkliwych cierpień psychicznych lub fizycznych¹⁹. Należy zaznaczyć, iż pod kątem odpowiedzialności karnej z art. 207 § 1 k.k. ocena zachowania się sprawcy musi mieć nie tylko perspektywę obiektywną, lecz także subiektywną, a więc ta ocena winna mieć charakter łączny: obiektywno-subiektywny. Nie wyczerpuje istoty znęcania się ocena zachowania się sprawcy dokonywana wyłącznie z punktu widzenia kryteriów obiektywnych. W sferze kwalifikacji prawnej perspektywa subiektywna pokrzywdzonego także gra pierwszoplanową rolę. Należy więc z naciskiem podkreślić, iż sama perspektywa obiektywna, w tym odwołująca się do wzorcowego obywatela²⁰, w żadnym razie nie wystarczy dla ustalenia, czy sprawca wypełnił znamiona strony

¹⁷ Tak zwłaszcza T. Bojarski, *Polskie prawo...*, s. 109.

¹⁸ Odczuć pokrzywdzonego w kontekście przestępstwa znęcania się słusznie nie eliminował także Juliusz Makarewicz, gdy pisał, że znęcanie się może polegać „na zamknięciu w ciemnicy jednostki na to wrażliwej”, zob. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 421.

¹⁹ Subiektywną perspektywę w sferze karnoprawnej oceny na tle art. 207 § 1 k.k. słusznie podkreśla się w orzecznictwie. Zob. m.in. wyrok SA w Lublinie z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. II Aka 277/12, *Legalis* nr 704876.

²⁰ Zob. M. Szewczyk, (w:) A. Zoł (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, tom II, Warszawa 2013, s. 889.

przedmiotowej przestępstwa znęcania się²¹. Na gruncie art. 207 § 1 k.k. dotkliwe cierpienia mają być przecież cierpieniami konkretnego pokrzywdzonego, a nie jakiegoś bliżej nieokreślonego, abstrakcyjnego wzorcowego obywatela. Słowem, normatywne znamię „znęca się” nie ma wyłącznie obiektywnej istoty.

Tak czy inaczej, przywołane wypowiedzi orzecznictwa sądowego i przedstawiciele doktryny prawa karnego stoją w jawnej opozycji do wypowiedzianego ongiś twierdzenia, iż dokonania przestępstwa znęcania się „żaden skutek nie warunkuje” i to „nawet doznania pokrzywdzonego, który może wcale nie odczuwać postępowania sprawcy jako krzywdzącego”²². Odbiega również od prawdy wprowadzona do komentarzy teza, iż do dokonania przestępstwa znęcania się „wystarczające jest samo zachowanie sprawcy wyczerpujące znamię znęcania się”²³.

Należy jednocześnie zauważyć, iż wbrew temu, co stwierdza D. J. Sosnowska²⁴, Sąd Najwyższy – orzekając na gruncie art. 184 k.k. z 1969 r. – ani w wyroku z dnia 30 stycznia 1974 r., sygn. II KR 98/74²⁵, ani też w postanowieniu z dnia 20 listopada 1975 r., sygn. VI KZP 28/75²⁶, wcale nie opowiedział się jakoby za formalnym charakterem przestępstwa znęcania się. Rzecz mianowicie w tym, iż w podanych orzeczeniach Sąd Najwyższy stwierdził jedynie – całkiem zresztą słusznie – iż do istoty przestępstwa znęcania się nie należy skutek w postaci uszczerbku na zdrowiu, w związku z czym skutek w postaci uszkodzenia ciała u pokrzywdzonego przestępstwem znęcaniem się, zależnie od okoliczności *in concreto*, może być objęty kumulatywną kwalifikacją prawną. Teza ta została następnie powtórzona przez Sąd Najwyższy w tezie 4 uchwały z dnia 9 czerwca 1976 r., sygn. VI KZP 13/75²⁷ i obecnie nie budzi najmniejszych wątpliwości w orzecznictwie i literaturze z zakresu prawa

²¹ Jeżeli więc formułowane w doktrynie stanowisko, zob. zwłaszcza A. Ratajczak, *Przestępstwa przeciwko...*, s. 136–137; A. Wąsek, (w:) *Kodeks karny...*, s. 981; J. Kosonoga, (w:) *Kodeks karny...*, s. 1304, głoszące, iż w sferze dokonywania karnoprawnej oceny zachowania sprawiącego ból fizyczny lub dotkliwe cierpienia moralne ofiary powinna decydować ocena obiektywna (ogólnospołeczna), rozumieć jako całkowite wyeliminowanie w sferze tej oceny subiektywnej perspektywy pokrzywdzonego, to takiego stanowiska oczywiście nie można uznać za słuszne.

²² Zob. I. Andrejew, *Polskie prawo...*, s. 425.

²³ Tak S. Hypś, (w:) *Kodeks karny...*, s. 836.

²⁴ Zob. D. J. Sosnowska, *Przestępstwo...*, s. 63, przypis 17.

²⁵ LEX nr 16867.

²⁶ LEX nr 16902.

²⁷ LEX nr 19141.

karnego²⁸. Należy więc stanowczo podkreślić, że dotychczas Sąd Najwyższy nie wypowiedział się w kwestii tego, czy przestępstwo znęcania się ma charakter formalny, czy materialny. Nie uczynił tego zwłaszcza ani na tle art. 246 k.k. z 1932 r., ani na tle art. 184 k.k. z 1969 r., ani też na tle art. 207 k.k. z 1997 r.

Aby więc przyjąć dokonanie przestępstwa znęcania się niezbędne jest wykazanie, że w sferze psychiki innej osoby (pokrzywdzonego) wystąpiły dotkliwe cierpienia i że nie wystarczy jedynie samo znęcanie się przez sprawcę (znieważanie, grożenie, wyszydzanie), nawet jeśli wedle oceny obiektywnej czyn sprawcy odpowiada w pełni istocie znęcania się. Jeżeli sprawca znęca się, lecz nie wywołało to zamierzonego przez sprawcę „efektu” w postaci dotkliwych cierpień psychicznych, nie ma dokonania przestępstwa znęcania się, sprawca może odpowiadać za usiłowanie. W tym stanie rzeczy należy uznać, że czasownikowe znamię „znęca się” to nie tylko charakterystyka zachowania się sprawcy (opis czynności wykonawczej), lecz także opis skutku przestępnego i w gruncie rzeczy znaczy to samo, co wyrażenie: „umyślnie powoduje dotkliwe cierpienia fizyczne lub psychiczne”. W tym sensie działanie sprawcze i skutek zawarty jest w jednym znamieniu czasownikowym („znęca się”), podobnie jak użyte w art. 148 § 1 k.k. znamię „zabija”.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że *de lege lata* przestępstwo znęcania się określone w art. 207 § 1 k.k. ma skutkowy charakter. Tym skutkiem są dotkliwe cierpienia fizyczne lub psychiczne po stronie pokrzywdzonego. Bez tych cierpień nie ma dokonanego przestępstwa znęcania się, skoro w istotę znamienia „znęca się” wpisane jest doznanie przez pokrzywdzonego dotkliwych cierpień. Niezależnie więc od tego, jak bardzo by się odżegnywać od charakteryzowania przestępstwa znęcania się jako skutkowego, to i tak – w świetle ustalonej definicji znamienia czasownikowego „znęca się” – jest to w istocie przestępstwo skutkowe. Tym samym przyjmuję, iż na gruncie prawa karnego za skutek mogą uchodzić zjawiska psychiczne.

Należy więc przyjąć, że dla przypisania sprawcy dokonania przestępstwa znęcania się niezbędne jest ustalenie, że pomiędzy czynem sprawcy a doznaniem przez pokrzywdzonego dotkliwymi cierpieniami zachodzi powiązanie przyczynowo-skutkowe i normatywne. Ten skutek podlega więc dowodzeniu w procesie. Pod tym względem przestępstwo znęcania się w niczym się nie różni od innych przestępstw skutkowych. Jak bowiem

²⁸ Zob. – zamiast wielu – W. Świda, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny..., s. 541–542; A. Marek, Prawo..., s. 511; J. Lachowski, (w:) V. Konańska-Wrzosek (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2016, s. 947.

wiadomo, przy przestępstwach skutkowych w ogólności, kwestia związku przyczynowego musi być każdorazowo rozstrzygnięta przez sąd²⁹.

W tym miejscu należy jeszcze krótko odnieść się do promowanego w literaturze przedmiotu ogólnego twierdzenia, iż pod pojęcie skutku w prawie karnym nie podpadają zjawiska psychiczne. Twierdzi się mianowicie, że w naukach prawnych – w ślad za filozofią – formułuje się koncepcję, w świetle której za przyczynę i skutek uchodzą jedynie zjawiska pozapsychiczne³⁰.

W innym miejscu miałem już sposobność krótkiego ustosunkowania się do tego twierdzenia³¹. Odwołując się do słów Wojciecha Patryasa wskazałem mianowicie, iż bazowanie na pracy Ryszarda Sarkowicza, Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.), Kraków 1989, a właśnie na tej pracy opierają głównie swoje ustalenia Ł. Pohl i S. Czepita, jest metodologicznie wątpliwe w zakresie poznania struktury norm prawnych³². Następnie wskazałem – odwołując się do kilku typów czynów zabronionych – iż ustawa wprost uznaje zjawiska psychiczne za skutek przestępstwa (zob. art. 145 § 1 pkt 2 lit. a k.k., art. 156 § 1 pkt 2 k.k. art. 342 § 1 pkt 1 k.k. Jest tak wówczas, gdy skutkiem przestępstwa jest „ciężki uszczerbek na zdrowiu”, a więc – *lege non distinguente* – także „trwała choroba psychiczna”. Zwróciłem również uwagę na to, iż także na gruncie art. 51 § 1 k.w. ustawa uważa zjawiska psychiczne za skutek przestępstwa, którym jest wywołanie zgorzenia w miejscu publicznym, a więc powstanie w psychice człowie-

²⁹ Zob. J. Lachowski, A. Marek, Prawo karne. Zarys problematyki, Warszawa 2018, s. 91.

³⁰ Zob. Ł. Pohl, S. Czepita, Strona podmiotowa przestępstwa obrazy uczuć religijnych i jego formalny charakter, Prokuratura i Prawo 2012, nr 12, s. 80; nadto Ł. Pohl, Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne), Poznań 2013, s. 54–57; Ł. Pohl, S. Czepita, Glosa do uchwały SN z dnia 29 października 2012 r., sygn. I KZP 12/12, Państwo i Prawo 2014, nr 10, s. 138–140; Ł. Pohl, O znaczeniu refleksji naukowej Profesora Tomasza Kaczmarka, Państwo i Prawo 2017, nr 12, s. 96, przypis 44. Ostatnią swoją wypowiedź Ł. Pohl sformułował w odniesieniu do spornej w doktrynie problematyki skutkowego charakteru przestępstwa podżegania.

³¹ Zob. K. Siwek, Glosa do wyroku SN z dnia 23 lutego 2016 r., sygn. WA 22/15, Przegląd Sądowy 2018, nr 5, s. 113–116.

³² Zob. W. Patryas, Rozważania o normach prawnych, Poznań 2001, s. 10. W opinii W. Patryasa wskazana praca R. Sarkowicza jest zorientowana deskrypcjonistycznie, wzbogacone o pewne metody znamienne dla rekonstrukcjonizmu i lingwistyki. I dalej: „Ponieważ jednak kierunek deskrypcjonistyczny koncentruje się na opisie wybranych zjawisk języka naturalnego, stanowiących raczej jego osobliwości, a nie zmierza do systematycznego opracowania budowy jego składników, zatem nie nadaje się jako baza rozważań nad strukturą norm prawnych”.

ka (ludzi) takich uczuć, jak potępienie czy oburzenie. Słowem, opowiedziałem się za tym, iż na gruncie jurydycznym w pełni prawomocne jest twierdzenie, iż zjawiska psychiczne mogą być uznawane za skutek przestępstwa (wykroczenia).

W uzupełnieniu tych ustaleń, rozpatrując kwestię tak pojmowanego skutku nie na płaszczyźnie ogólnofilozoficznej, lecz w sferze języka prawnego, analogiczne uwagi należy poczynić również w kontekście ustawowego wyrażenia „rozstrój zdrowia” na tle art. 157 § 1 k.k., który to skutek może się przecież odnosić do zjawisk psychicznych, skoro może polegać na spowodowaniu szoku psychicznego³³. Jak wiadomo, skutku tego przestępstwa, polegającego na „rozstroju zdrowia” wcale nie ogranicza się do zdrowia fizycznego, ale wprost uznaje się, że dotyczy również zdrowia psychicznego³⁴. Ze względu na to, że takie pojmowanie „rozstroju zdrowia” implikuje uznawanie zjawisk psychicznych za skutek przestępstwa, to powołanych autorów również należy zaliczyć do rzędu tych przedstawicieli nauki prawa karnego, którzy nie zawężają skutku przestępstwa do zjawisk pozapsychicznych.

W kontekście tych ustaleń należy wskazać, czym właściwie są „zjawiska psychiczne”. W tej mierze należy odwołać się do ustaleń psychiatrów i przyjąć, że za zjawiska psychiczne uważać należy uczucia, wrażenia, postrzeżenia, myślenie oraz dyspozycje psychiczne (zdolność do wykonywania określonych czynności psychicznych)³⁵. Ogół zjawisk psychicznych dzieli się na sferę postrzegania i poznawania, intelektualną, sferę uczuć, popędów, woli i działania³⁶. Zjawiska psychiczne mają trzy cechy znamienne. Po pierwsze, zjawiska psychiczne są zawsze przeżywane bezpośrednio, dane są osobie, która je przeżywa (są przeżywane podmiotowo). Tylko jedna osoba może te zjawiska bezpośrednio „ogłądać”. Po drugie, powstają tylko pod warunkiem, że ktoś ich doznaje. W tym sensie nie ma zjawisk psychicznych „niczych”. Zjawiska psychiczne zawsze muszą być „czyjeś”, są zawsze przeżyciem jakiegoś podmiotu, mają więc byt zależny. Po trzecie, zjawiska psychiczne znamionuje fakt, iż przebiegają w czasie i w przestrzeni³⁷. Wskazuje się przy tym, że ko-

³³ Por. A. Marek, *Prawo...*, s. 441; J. Wojciechowski, *Kodeks karny...*, s. 291.

³⁴ Por. R. Kokot, (w:) *Kodeks karny...*, s. 961; B. Michalski (w:) A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. I*, Warszawa 2004, s. 328. Na temat skutkowego charakteru występku z art. 157 k.k. zob. M. Królikowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. I*, Warszawa 2017, s. 321.

³⁵ Zob. L. Korzeniowski, *Zarys psychiatrii*, 1968, s. 53.

³⁶ Tamże.

³⁷ Zob. T. Bilikiewicz, *Psychiatria kliniczna*, Warszawa 1969, s. 2–5.

nieczną cechą zjawisk psychicznych nie jest ich świadomość. Istnieją bowiem zjawiska psychiczne bez udziału świadomości, jak charakter, temperament, uzdolnienia, inteligencja czy pewne cechy pamięci³⁸.

Jak z tego wynika, sam ustawodawca w kilku przepisach Kodeksu karnego, wyraźnie (wprost) rozstrzyga, że pod skutek przestępstwa podpadają zjawiska psychiczne. To jest okoliczność, która tutaj ma znaczenie wyłącznie rozstrzygające. Znaczenie ma wyłącznie to, jaki charakter ma skutek przestępstwa z perspektywy konstrukcji typu czynu zabronionego pod groźbą kary. Nie można charakteru skutku przestępstwa szukać poza ustawą karną przez odwoływanie się w tej mierze do jakiejś pozanormatywnej (filozoficznej) istoty skutku, ponieważ ustawodawca jest władny tworzyć specjalne pojęcie tego skutku na potrzeby prawa karnego. W sferze karnoprawnego pojmowania skutku nie ma więc rozstrzygającego znaczenia, co na ten temat głoszą inne współczesne nauki pozaprawne, w tym i filozofia³⁹. Pierwszeństwo w tym względzie ma to, co powiedział ustawodawca⁴⁰. W stosunku do określania tego, co w prawie karnym może uchodzić za skutek, a co nim nie jest, ostatecznym prawodawcą jest wyłącznie ustawodawca. Podobnie żadnego znaczenia już nie ma również to, ilu przedstawicieli nauki prawa karnego opowiada się za takim rozumieniem skutku przestępstwa, który by miał obejmować jedynie zjawiska pozapsychiczne. Dodać koniecznie należy, że wskazane skutki mają być realny, nie mają charakteru konwencjonalnego, dlatego też do tych skutków nie mogą być odnoszone twierdzenia związane z austrińską teorią aktów mowy, o której wiadomo, że dotyczą kwalifikowania czynności językowych opartych o określone reguły konwencjonalne⁴¹.

Ewentualna kontrargumentacja musiałaby przebiegać w kierunku wskazania, że „trwałą chorobę psychiczną” uważać należy za skutek dotykający zjawisk pozapsychicznych lub też wiązać się z postawieniem zasady, wedle której typy czynów zabronionych pod groźbą kary określone, np. z art. 118 § 1 k.k., art. 118a § 1 pkt 2 k.k., art. 123 § 2 k.k., art. 145 §

³⁸ Tamże, s. 4–5.

³⁹ Przedstawiciele doktryny prawa karnego zresztą zauważają, że i w obrębie samej filozofii w definiowaniu przyczyny i skutku nie ma jednego zdania. Bliżej zob. A. Zębik, (w:) J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i o przestępstwie*, Łódź 1980, s. 115.

⁴⁰ Nie mogę zatem podzielić wątpliwości R. Sarkowicza, który – wskazując na podkreślanie przez prawników pierwszeństwa filozofii nad badaniem problematyki przyczynowości – zgłasza wątpliwości co do ujmowania przez nich zjawisk psychicznych za skutek przestępstwa. Zob. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości...*, s. 108.

⁴¹ Zob. R. Sarkowicz, (w:) J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 48.

1 pkt 2 lit. a k.k., art. 156 § 1 pkt 2 k.k. i art. 342 § 1 pkt 1 k.k. (w części, w której chodzi o ciężki uszczerbek na zdrowiu w postaci „trwałej choroby psychicznej”) bądź przestępstwo określone w art. 157 § 1 i 2 k.k. (w części, w której chodzi o „rozstrój zdrowia” w postaci szoku psychicznego), uważać należy za bezskutkowe. Takiej argumentacji Ł. Pohl i S. Czepita jednak nie przedstawiają.

Wszystko to mając na względzie, muszę uznać za nietrafny ogólny pogląd St. Czepity i Ł. Pohla, że wedle dominującej nauki prawa zjawiska psychiczne skutkiem w rozumieniu prawa karnego być nie mogą, bo nie dostrzegają normatywnej strony omawianej kwestii. Mając na uwadze „trwałą chorobę psychiczną” oraz „rozstrój zdrowia” jako skutki wielu typów czynów zabronionych pod groźbą kary, nie ma doprawdy niczego szczególnego w odnoszeniu skutku przestępstwa nie tylko wobec zjawisk pozapsychicznych, ale także psychicznych⁴². Stosownie do tego należy ustalić, że w prawie karnym skutek jest pojęciem, którego odzwierciedleniem jest zmiana w sferze zjawisk psychicznych.

Z pewnością prawo karne przyjmuje przechodność związku przyczynowego, tym samym nie respektując odmiennego stanowiska filozofów, w świetle którego związek przyczynowy nie jest przechodni, to znaczy przyczyna jest równoczesna ze skutkiem, że między tymi dwoma elementami nie ma odstępu czasowego, ponieważ w tym odstępie mogłoby nastąpić zdarzenie, które uniemożliwiłoby wystąpienie skutku⁴³. Jest tak dlatego, że skutkiem na gruncie prawa karnego jest m.in. spowodowanie „trwałej choroby psychicznej” w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.k. Taką chorobą może być padaczka pourazowa⁴⁴. Psychiatryzy podają,

⁴² Jak wiadomo, także W. Wolter uważał, iż skutek przestępstwa może mieć charakter „psychiczny” i za taki uważał „chorobę psychiczną” czy „nieprzytomność”. Zob. W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 100–101. Godzi się również zauważyć, iż także Zdzisław Czeszejko-Sochacki w monografii o przestępstwie rozpijania małoletniego uważał za skutek tego przestępstwa „zespół zmian w psychice małoletniego”. Zob. Z. Czeszejko-Sochacki, *Przestępstwo rozpijania małoletniego*, Warszawa 1975, s. 94. Zupełnie inną sprawą jest fakt, iż pogląd o skutkowości przestępstwa rozpijania małoletniego nie jest powszechnie podzielany w doktrynie z zakresu prawa karnego. Zob. zwłaszcza A. Marek, *Kodeks...*, s. 473–474; J. Kosonoga, (w:) *Kodeks...*, s. 1312.

⁴³ Zob. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości...*, s. 34 i tam podana literatura.

⁴⁴ Okoliczność, iż padaczka pourazowa stanowi „trwałą chorobę psychiczną” w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 k.k. nie budzi wątpliwości w literaturze z zakresu prawa karnego. Zob. zwłaszcza H. Popławski, (w:) O. Górniok, S. Leleńtal, H. Popławski, *Prawo karne. Część szczególna I*, Gdańsk 1975, s. 106; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 280; R. Kokot, (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 953.

że niekiedy pierwsze objawy (napad) zazwyczaj w ciągu dwóch tygodni po urazie, czasem znacznie później, nawet po wielu latach)⁴⁵, a niekiedy nawet po 10 latach od urazu, najczęściej jednak w ciągu pierwszych 6 miesięcy⁴⁶. Przy czym ten ostatni okres dotyczy ok. 50% przypadków⁴⁷. Medycy wskazują, że w przebiegu padaczki pourazowej może się u chorego rozwinąć charakteropatia⁴⁸. Jak wiadomo, charakteropatia dotyczy zmian osobowościowych, a więc w pełni odpowiadają naszkicowanej wyżej charakterystyce zmian psychicznych.

Dowodzi to, że język prawny może być nośnikiem autonomicznego ujmowania relacji przyczynowo-skutkowych, choć w języku filozofii sprawa ta przedstawia się przecież zgoła inaczej. Dowodzi to również, że nie ma niczego niezwykłego w tym, iż język prawny także inaczej – w stosunku do języka pozaprawnego – definiuje skutek. Słowem, to nie jest jedyna kwestia, na tle której prawnicy i filozofowie w swych twierdzeniach rozmiągają się całkowicie. Nie ma więc żadnego powodu, aby prawnicy honorowali określone ustalenia filozofów w kwestii tego, co na gruncie normatywnym może uchodzić za skutek.

Krótko należy jeszcze odnieść się do sprawy związanej z prawno-karną oceną znęcania się nad osobą, która z powodu choroby nie jest w stanie doświadczyć zachowania się sprawcy jako krzywdzącego. Na wstępie wskazano, że w ocenie A. Tobisa należy przyjmować dokonanie przestępstwa, inaczej należałoby przyjąć brak odpowiedzialności karnej sprawcy, ewentualnie co najwyżej czyn sprawcy rozpatrywać na płaszczyźnie usiłowania nieudolnego. Jak wskazano, znęcaniem się jest takie działanie lub zaniechanie, które skutkuje po stronie pokrzywdzonego doznaniem cierpienia fizycznego lub psychicznego. Bez tego cierpienia nie ma dokonanego przestępstwa. Nie ma od tego żadnych odstępstw i wyjątków. Jeśli przyjmuje się to założenie, to należy je konsekwentnie stosować. Z tego punktu widzenia należy przyjąć, iż nie ma znęcania wtedy, gdy pokrzywdzony nie jest zdolny odebrać postępowania sprawcy jako przyczyny krzywdy. Nie ma tu analogii do przestępstwa zniewagi, gdzie wyłącznie decydujący jest element obiektywny i zniewaga jest dokonana także wtedy, gdy przedmiotem czynności sprawczej jest osoba śpiąca czy nieprzytomna. Na gruncie art. 207 § 1 k.k. sprawa przedstawia się

⁴⁵ Zob. T. Bilikiewicz, *Psychiatria...*, s. 357.

⁴⁶ Zob. W. A. Gilarowski, *Psychiatria*, Warszawa 1957, s. 323.

⁴⁷ Zob. A. Szymusik, (w:) S. Dąbrowski, J. Jaroszyński, S. Pużyński (red.), *Psychiatria*, t. 2, Warszawa 1988, s. 13.

⁴⁸ Zob. Z. Marek, M. Kłys, *Opiniowanie sądowo-lekarskie i toksykologiczne*, Kraków 1998, s. 127.

zgoła inaczej, ponieważ do znamion strony przedmiotowej czynu opisanego w art. 207 § 1 k.k. nieodłącznie należy skutek w postaci krzywdy. Dlatego też w tych sytuacjach, w których znęcanie się dotyka osobę chorą, nieprzytomną, a więc wówczas, gdy postępowanie sprawcy nie może być rozpoznane przez pokrzywdzonego jako krzywdzące, czyn sprawcy należy po prostu kwalifikować jako nieudolne usiłowanie przestępstwa znęcania się ze względu na brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim czynu zabronionego, ewentualnie – w razie wielości działań przestępnych – jako ciąg przestępstw, na który składać się będą dokonane pojedyncze przestępstwa kwalifikowane na innej podstawie prawnej (np. jako ciąg naruszeń nietykalności cielesnej).

Effects of mistreatment

Abstract

This paper explores effects attributable to the offence of mistreatment. Findings of criminal-law academics and commentators, as well as case law are reviewed to reach the conclusion that the typical offence of mistreatment has the effect that includes severe physical or mental suffering of a victim. It is pointed out that the offence of mistreatment is not a typical offence committed by multiple acts. The reference is also made to the position fostered by the criminal-law literature that mental consequences cannot be deemed the effect within the meaning of penal law.

Michał Kierski

Jednokrotne przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. – zasada czy wyjątek?

Streszczenie

Zasadniczym celem niniejszej publikacji jest prezentacja problematyki kilkukrotnego przesłuchania małoletniego pokrzywdzonego w warunkach, o których mowa w art. 185a k.p.k. Autor szczegółowo omawia wątpliwości, jakie pojawiają się w praktyce prokuratorskiej w związku ze stosowaniem ww. przepisu, analizuje najważniejsze orzeczenia Sądu Najwyższego w przedmiocie zeznań małoletnich, a także porusza kwestię zjawiska tzw. wtórnej wiktyimizacji pokrzywdzonego w wyniku przesłuchania.

Jednym z zasadniczych celów postępowania karnego jest takie ukształtowanie procesu, aby zostały uwzględnione prawnie chronione interesy pokrzywdzonego. Zasada ta, wyrażona w art. 2 § 1 pkt 3 k.p.k. nakazuje organom postępowania taki sposób procedowania, aby pokrzywdzony nie tylko uzyskał szeroko rozumiane zadośćuczynienie za uszczerbek doznany w wyniku przestępstwa, ale i w jak najmniejszym stopniu spotkał się z negatywnymi aspektami postępowania. Nie ulega wątpliwości, iż pokrzywdzony stając się uczestnikiem procesu w szczególności sposób odbiera zarówno przebieg poszczególnych czynności, zwłaszcza realizowanych z jego udziałem jak i finalny rezultat postępowania. Zważywszy na obowiązujący model postępowania przygotowawczego, jak i postępowania jurysdykcyjnego, kilkukrotny kontakt pokrzywdzonego z wymiarem sprawiedliwości może być odbierany jako niezrozumiały i uciążliwy. Praktyka w tym miejscu wskazuje, iż za szczególnie uciążliwą i odbieraną subiektywnie jako pociągającą za sobą niebezpieczeństwo pokrzywdzeni uznają konieczność stawiennictwa przed sądem celem złożenia zeznań w obecności oskarżonego. Niebagatelne znaczenie mają również przekazywane przez pokrzywdzonego treści. Jeżeli bowiem pokrzywdzony został dotknięty przestępstwem na tle seksualnym, a więc godzącym w sferę życia szczególnie osobistą, może doznać kolejnej traumy wynikającej z potrzeby przypominania sobie i relacjonowania osobom postronnym zdarzeń, które doprowadziły go na salę są-

dową. Oczywiście jest postulat, aby nie dopuszczać do wtórnej wiktymizacji tego rodzaju pokrzywdzonego i koniecznym jest unikanie wielokrotnego przesłuchiwanie i ograniczanie w jak najszerszym zakresie czynności dowodowych z udziałem takiego pokrzywdzonego.

W szczególnym stopniu wspomniana wtórna wiktymizacja dotyczy małoletnich pokrzywdzonych, na których wywiera długofalowy, destrukcyjny wpływ przez naruszenie ich sfery intymnej. Zjawisku temu postanowił przeciwdziałać ustawodawca, implementując dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE wprowadził z dniem 1 lipca 2003 r. do Kodeksu postępowania karnego przepis art. 185a, którego paragraf pierwszy po kilkukrotnych nowelizacjach stanowi aktualnie, iż w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej lub określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI Kodeksu karnego pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat, przesłuchuje się w charakterze świadka tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, i tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Z kolei art. 185a § 2 k.p.k. stanowi, iż przesłuchanie przeprowadza sąd na posiedzeniu z udziałem biegłego psychologa. Prokurator, obrońca oraz pełnomocnik pokrzywdzonego mają prawo wziąć udział w przesłuchaniu. Osoby wymienione w art. 51 § 2 k.p.k. (przedstawiciel ustawy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje) lub osoba pełnoletnia wskazana przez pokrzywdzonego, o którym mowa w § 1, ma prawo również być obecna przy przesłuchaniu, jeżeli nie ogranicza to swobody wypowiedzi przesłuchiwanego. Jeżeli oskarżony zawiadomiony o tej czynności nie posiada obrońcy z wyboru, sąd wyznacza mu obrońcę z urzędu.

W orzecznictwie słusznie zauważa się, że przepis art. 185a k.p.k. jest normą o charakterze gwarancyjnym, lecz jego funkcjonowanie nie wiąże się z zabezpieczeniem interesów procesowych oskarżonego, ale z koniecznością ochrony psychiki małoletnich pokrzywdzonych i zapobiegania ich wtórnej wiktymizacji¹. Wątpliwości budzić może bowiem dojrzałość i poziom rozwoju umysłowego dziecka, stąd też przepis art. 185a k.p.k. ma chronić delikatną i nieukształtowaną jeszcze osobowość dziecka i jego psychikę przed negatywnymi skutkami kontaktu z organami ści-

¹ Por. wyrok SN z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. III KK 187/15, LEX nr 1984691.

gania i wymiaru sprawiedliwości karnej². Odnosząc powyższe do realiów procesowych przykładowo wskazuje się, że oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania dziecka w trybie art. 185a k.p.k., może domagać się ponowienia takiego przesłuchania z racji niemożności realizacji prawa do obrony przy tym przesłuchaniu pokrzywdzonego i żądaniu takiemu należy zadośćuczynić, ale tylko pod warunkiem, że ponowne przesłuchanie nie tylko jest możliwe z uwagi na aktualny stan zdrowia psychicznego małoletniego, ale nadto że to możliwe przesłuchanie nie wyrze realnie negatywnego wpływu na jego aktualny stan psychiczny, czyli nie pogorszy tego stanu³.

Omawiany przepis art. 185a k.p.k., aczkolwiek jednoznaczny w swojej wymowie, determinuje szereg problemów w praktyce, których rozwiązanie zasadniczo niweczy przyjętą zasadę jednokrotnego przesłuchania pokrzywdzonego, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat⁴.

Przede wszystkim zauważyć należy, iż kluczowym, mającym najczęstsze zastosowanie w praktyce, wyjątkiem powodującym konieczność ponownego przesłuchania pokrzywdzonego, jest brak obrońcy oskarżonego (podejzranego) w trakcie pierwszego przesłuchania. Przedstawiciele doktryny wskazują, iż należy dążyć do tego, aby podczas pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego podejrzany miał już obrońcę, wobec czego do przesłuchania w trybie art. 185a k.p.k. winno dochodzić już po przedstawieniu zarzutów, czyli w fazie *in personam*. Wówczas bowiem istnieje możliwość wyznaczenia podejzranemu obrońcy z urzędu, jeżeli

² Por. wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 maja 2006 r., sygn. II AKa 134/06, LEX nr 190483.

³ Por. postanowienie SN z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. III KK 362/17, LEX nr 2495928; postanowienie SN z dnia 27 września 2016 r., sygn. V KK 246/16, LEX nr 2148670.

⁴ W przedmiocie przesłuchania małoletniego w trybie art. 185a k.p.k. zob. m.in. J. Mierzwińska-Lorencka, Nowe regulacje w zakresie ochrony dziecka w postępowaniu karnym i skutki ich wprowadzenia, *Ius Novum* 2016, nr 3, s. 254–273; E. Bachera, H. Chmielewska, Dziecko zeznaje – różne państwa, różne ujęcia, *St. Prawn. KUL* 2016, nr 1, s. 143–160; A. Krawiec, Warunki przeprowadzania przesłuchania w trybie art. 185a–185c k.p.k., *Prok. i Pr.* 2016, nr 7–8, s. 88–99; A. Łakomy, Przesłuchanie małoletniego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego, *Ius Novum* 2016, nr 1, s. 41–49; L. Mazowiecka, Dziecko – ofiara przestępstwa w postępowaniu karnym, *Prok. i Pr.* 2015, nr 11, s. 99–111; E. Bieńkowska, Pokrzywdzony w świetle najnowszych nowelizacji przepisów prawa karnego, *Prok. i Pr.* 2014, nr 3, s. 16–31; D. Kaczmarek, Przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w świetle nowelizacji kodeksu postępowania karnego, *Prok. i Pr.* 2014, nr 1, s. 14–28; A. Krawiec, Przesłuchanie małoletniego świadka po nowelizacji Kodeksu postępowania karnego, *Prok. i Pr.* 2013, nr 12, s. 117–131.

nie posiada obrońcy z wyboru⁵. Ten oczywiście słuszny postulat teoretyczny rzadko jednak daje się zrealizować w praktyce. Zauważyć należy, iż w przeważającej ilości spraw postępowanie inicjowane jest przez osoby nie będące pokrzywdzonymi i mające wiedzę fragmentaryczną, opartą na swoich spostrzeżeniach lub skąpych relacjach przekazanych im przez pokrzywdzonego małoletniego. Zawiadomienia w tego typu sprawach składane są z reguły przez personel placówek służby zdrowia, nauczycieli i pedagogów szkolnych lub personel ośrodków pomocy społecznej. Praktyka wskazuje, że zeznania tych osób pozwalają na powzięcie uzasadnionego podejrzenia popełnienia czynu zabronionego, natomiast stosunkowo rzadko pozwalają na poczynienie kluczowych ustaleń co do tego, co, kiedy i w jaki sposób konkretnie się stało. Nawet przeprowadzenie badań lekarskich małoletniego pokrzywdzonego nie pozwala na przejście do fazy *in personam*, albowiem materiał dowodowy na tym etapie jest zbyt ubogi, by możliwe było sformułowanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów. W praktyce niezbędnym jest przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w analizowanym trybie z udziałem biegłego psychologa, który nie tylko stanowi wsparcie dla przesłuchiwanego i przesłuchującego, ale i formułuje niezbędne do oceny zeznań wnioski co do możliwości intelektualnych i psychologicznych świadka do złożenia zeznań wiarygodnych oraz zdolności do relacjonowania i odtwarzania spostrzeżeń. Innymi słowy, zeznania małoletniego pokrzywdzonego złożone w trybie art. 185a k.p.k. mają charakter kluczowy i przełomowy, a dopiero ich uzyskanie umożliwia wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów⁶.

Sytuacja powyższa stanowi swoisty pat procesowy. Z jednej bowiem strony koniecznym jest przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w celu uzyskania precyzyjnej wiedzy o zdarzeniu (i nierzadko o osobie sprawcy), co dzieje się bez udziału obrońcy, albowiem brak jest podejrzanego, a z drugiej – pozostaje konieczność zapewnienia realizacji na późniejszym etapie, już w fazie *in personam*, prawa do obrony. Ustawodawca w sposób dość kategoryczny zdefiniował odstępstwo od zasady jednokrotnego przesłuchania, jako jedną z przesłanek wskazując właśnie

⁵ Tak m.in. w publikacjach: K. Boratyńska, A. Górski, A. Sakowicz, A. Ważny, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Warszawa 2012; P. Hofmański, S. Ząbłocki, Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych, LEX 2011.

⁶ Por. M. Kierski, Zeznania małoletniego: Dwa przesłuchania to dodatkowa trauma, Rzeczpospolita z dnia 21 października 2017 r. Źródło: <http://www.rp.pl/Sady-i-prokuratura/310219985-Zeznania-maloletniego-Dwa-przesluchania-to-dodatkowa-trauma.html> (dostęp 15 lipca 2018 r.).

nieobecność obrońcy podczas pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego. Ów normatywny automatyzm, przy uwzględnieniu realiów prowadzenia postępowań przygotowawczych i możliwości dowodowych powoduje, że w fazie jurysdykcyjnej formułowane są przez obrońców wnioski o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego, które to wnioski są przez sądy stosujące wykładnię językową art. 185a k.p.k. uwzględniane. W takiej sytuacji pokrzywdzony małoletni zmuszony jest do ponownego relacjonowania traumatycznych dla niego zdarzeń, a przed ponownym przeżywaniem tej traumy nie chronią go dostatecznie uprawnienia sądu wyrażone w art. 171 § 6 k.p.k. oraz art. 370 § 4 k.p.k.

Analizowany przepis był wielokrotnie przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego. I tak w wyroku z dnia 1 lutego 2008 r., sygn. V KK 231/07, Sąd Najwyższy orzekł, iż samo zgłoszenie żądania przez oskarżonego lub jego obrońcę, także bez podania powodów takiego wniosku, zobowiązuje sąd do ponownego przesłuchania dziecka, jeżeli tylko spełniony jest warunek określony w tym przepisie. Tożsame stanowisko Sąd Najwyższy zajął w wyroku z dnia 22 stycznia 2009 r., sygn. V KK 216/08 oraz postanowieniu z dnia 24 listopada 2010 r., sygn. I KZP 21/10, gdzie orzekł, iż w art. 185a k.p.k. ustawodawca jednoznacznie określił zarówno zasady ochrony świadka pokrzywdzonego przestępstwami wymienionymi w tym przepisie, który w chwili przesłuchania nie ukończył 15 lat – przed powtórnią wiktymizacją, jak i jej granice, uwzględniając przy tym obowiązek dotarcia do prawdy oraz konieczność zapewnienia podstawowych uprawnień do realizowania obrony przez oskarżonego. Temu ostatniemu stworzono możliwość skutecznego domagania się ponownego przesłuchania pokrzywdzonego, o jakim mowa w powołanym przepisie – i to bez dodatkowych warunków – o ile nie miał obrońcy w czasie, gdy przeprowadzono pierwsze przesłuchanie takiego pokrzywdzonego.

Zwrócić należy także uwagę na mniej kategorię stanowisko Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 5 października 2010 r., sygn. IV KK 61/10, Sąd Najwyższy uznał, iż normy (określone w art. 185a § 1 i art. 185b § 1 k.p.k.) są o charakterze gwarancyjnym zabezpieczającym nie interesy procesowe oskarżonego (podejrzanego), ale przede wszystkim małoletnich świadków. Przekroczenie granic swobody ocen i wkroczenie w sferę dowolności tychże ocen nie może być wiązane z warunkami przesłuchania świadka, a jedynie ze sposobem oceny tychże zeznań, dokonanej przez sąd. Właściwym miejscem do wskazywania powodów oddalenia wniosków dowodowych jest, bez wątpienia, uzasadnienie postanowienia wydawanego na podstawie art. 170 k.p.k. (art. 170 § 3 k.p.k. w zw. z art. 94 § 1 pkt 5 k.p.k.), a nie uzasadnienie wyroku, niezależnie od tego, czy wniosek został

przedstawiony sądowi *a quo*, czy sądowi *ad quem*. Z kolei w postanowieniu z dnia 15 marca 2012 r., sygn. III KK 244/11, Sąd Najwyższy orzekł, iż wprawdzie za regułę trzeba uznać to, że podstawy oddalenia wniosku dowodowego określone w art. 170 k.p.k. nie znajdują zastosowania do złożonego przez oskarżonego żądania, o którym mowa w art. 185a § 1 k.p.k., ale w wyjątkowych wypadkach, opisane w tym pierwszym przepisie sytuacje, będą stanowiły podstawę do odmowy uwzględnienia przedmiotowego żądania, np. gdy dowodu z ponownego przesłuchania pokrzywdzonego nie da się przeprowadzić z powodu takiego jego stanu psychicznego, który uniemożliwia nawiązanie z nim rzeczowego kontaktu.

Stanowisko dalej idące, a w konsekwencji – utrwalające zasadę jednokrotnego przesłuchania pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. Sąd Najwyższy zawarł w postanowieniu z dnia 27 września 2016 r., sygn. V KK 246/16, gdzie odwołując się do postanowienia sygn. III KK 380/12 Sąd Najwyższy orzekł, iż sformułowanie – w sprawach o przestępstwa określone w rozdziałach XXV i XXVI Kodeksu karnego pokrzywdzonego „przesłuchuje się w charakterze świadka tylko raz” świadczy o woli ustawodawcy, by odstępować od tej zasady tylko zupełnie wyjątkowo, w „stanach wyższej konieczności procesowej”. W wypadkach określonych w art. 185a § 1 k.p.k., podstawę ewentualnego nieuwzględnienia wniosku dowodowego o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego stanowi art. 170 § 1 k.p.k. wskazujący przesłanki oddalenia wniosku dowodowego. Zgłoszenie powyższego żądania nie oznacza jeszcze konieczności ponownego przesłuchania pokrzywdzonego, albowiem to żądanie podlega ocenie – jak każdy wniosek dowodowy – z punktu widzenia dyrektyw wyrażonych w art. 170 k.p.k. Celem procesu karnego nie jest wyłącznie zapewnienie oskarżonemu realizacji prawa do obrony, ale jednocześnie ochrona pokrzywdzonego. Funkcja ochronna przepisu art. 185a k.p.k. uzasadnia odwoływanie się do wykładni celowościowej. Natomiast samo stworzenie możliwości wystąpienia z wnioskiem o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego nie jest równoznaczne z koniecznością zarządzenia takiego przesłuchania⁷.

Ocena wniosku o ponowne przesłuchanie pokrzywdzonego w trybie art. 185a k.p.k. przez pryzmat przesłanek określonych w art. 170 k.p.k. winna pozwolić na ograniczenie sytuacji, w których małoletni pokrzywdzony jest wtórnie wiktyimizowany uczestnictwem w przesłuchaniu i wy-

⁷ Por. M. Kierski, Zeznania małoletniego: Dwa przesłuchania to dodatkowa trauma, Rzeczpospolita z dnia 21 października 2017 r. Źródło: <http://www.rp.pl/Sady-i-prokuratura/310219985-Zeznania-maloletniego-Dwa-przesluchania-to-dodatkowa-trauma.html> (dostęp 15 lipca 2018 r.).

daje się, iż prawo do obrony nie zostanie w ten sposób ograniczone, wszak inne wnioski dowodowe takiej ocenie podlegają. Pojawia się w tym miejscu pytanie, czy opieranie się o judykaty Sądu Najwyższego spowoduje wdrożenie takiej praktyki procesowej i czy nie jest zasadny postulat podjęcia prac legislacyjnych w kierunku znowelizowania art. 185a § 1 k.p.k. w tym zakresie. Normatywny zapis dotychczasowych reguł i wytycznych formułowanych na kanwie orzeczeń Sądu Najwyższego stanowiłby optymalne rozwiązanie.

One-time hearing of a victim under Article 185a of the Code of Criminal Procedure: rule or exception?

Abstract

The primary purpose of this paper is to present the issue of multiple hearings of a minor victim of offences referred to in Article 185a of the Code of Criminal Procedure. Doubts faced by prosecutors in connection with the application of the said provision are discussed in detail. Most important rulings of the Supreme Court concerning minors giving evidence are examined. And the phenomenon of secondary victimisation through hearings is touched upon.

MATERIAŁY SZKOLENIOWE

Józef Gurgul

Jeszcze o dowodzie z zeznań i wyjaśnień nietrzeźwego

Streszczenie

Autor polemizuje z wybranymi orzeczeniami Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych oraz przedstawicielami nauki procesu karnego w przedmiocie wykładni i stosowania przede wszystkim art. 171 § 7 Kodeksu postępowania karnego. Za punkt wyjścia do dyskusji przyjmuje od ponad 100 lat w doktrynie procesu karnego zadomowiony pogląd, że zasada prawdy materialnej jest najwyższą i z tej racji pozostałe zasady są jej podporządkowane. W tym kontekście krytykuje wykładnię tegoż przepisu oraz praktykę orzeczniczą, w myśl której automatycznie miałoby się odrzucać – jako niedopuszczalny – dowód z zeznań (wyjaśnień) nietrzeźwego świadka (podejrzanego), który wprawił się w ten stan bez wiedzy i udziału przesłuchującego. Art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. tymczasem stanowi, że dowód z zeznań nietrzeźwej (odurzonej narkotykami) osoby, tylko wtedy jest wykluczony, kiedy przesłuchujący celowo zaaranżował upicie świadka i zrobił to „w związku” z przesłuchaniem. Art. 171 § 7 należy do wyjątków od zasady, że najważniejsza jest prawda, przeto musi być interpretowany ściśle. Rozszerzająca wykładnia jest niedopuszczalna. Argumenty autora są poparte autentycznymi przykładami ze znanej mu praktyki.

I. Wprowadzenie do dyskusji

„Jeszcze” raz o tymże dowodzie, gdyż o nim autor już się wypowiedział¹. Nadal jednak nie ustały powody, dla których to czynił. W praktyce procesowej wcale niesporadycznie dają o sobie znać wątpliwe interpretacje i stosowanie art. 171 § 7 Kodeksu postępowania karnego. Wynika to z (m.in.) bagatelizowania rozlicznych kontekstów art. 2 § 2 k.p.k. Bezpośrednim bodźcem do odgrzewania tematu stała się trafna teza Sądu Apelacyjnego w Katowicach. Mianowicie, wyjaśnia ona, że „W sytuacji, gdy świadek sam wcześniej (tj. zanim stanął przed przesłuchującym – uwaga Autora) wprawił się w stan nietrzeźwości, możliwość wykorzystania dowodowego jego zeznań przenosi się na płaszczyznę oceny wiarygodności zgodnie z art. 7 k.p.k., zamiast automatycznego (podkr. Autora) stosowania art. 171 § 7 k.p.k.”²

Jaśniej nie można. Równocześnie warto nadmienić, że cytowany pogląd katowickiego Sądu Apelacyjnego odpowiada trendowi, jaki stosunkowo od niedawna, nie bez pewnych wahań³, w judykaturze widocznie się zakorzenia⁴. Dla przykładu wybrane i w przypisie 4. wyszczególnione rozstrzygnięcia łączy w jedno wnioskuje, że stan nietrzeźwości, w który przesłuchiwany wprawił się bez udziału organu przesłuchującego, nie stanowi okoliczności wymienionej w art. 171 § 7 k.p.k. Logicznie zatem rozumując, psychiatryczne, psychologiczne i somatyczne następstwa takiego spożycia alkoholu, narkotyku oraz innego środka odurzającego należy oceniać zwyczajnie, czyli swobodnie w pojęciu art. 7 k.p.k. Postulowane w tym względzie zachowanie prawnika polegające na – chciałoby się rzec – ponadstandardowej ostrożności i krytycyzmie w interpretowaniu zaburzonego stanu świadka (podejrzanego), nie wyklucza

¹ J. Gurgul, Głosa (krytyczna) do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 czerwca 2000 r., sygn. II AKa 464/2000, Przegląd Policyjny 2002, nr 2, s. 158–165; tegoż, O „niezagrożonej” przyszłości Archiwów X kilka zdań, (w:) Księga jubileuszowa Profesora Bogusława Sygita, Łódź 2018, w druku.

² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 maja 2017 r., sygn. II AKa 154/17, LEX nr 2310571.

³ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 maja 2009 r., sygn. V KK 418/08, LEX nr 503246 i pozycje powołane w jego uzasadnieniu niepozbawionym niezdecydowania.

⁴ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 maja 2009 r., sygn. V KK 314/03; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. V KK 300/07; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 9 czerwca 2011 r., sygn. II AKa 108/11, LEX nr 895932; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2015 r., sygn. II AKa 105/15; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 maja 2015 r., sygn. II AKa 104/15, LEX nr 1747369; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 12 maja 2016 r., sygn. II AKa 107/16, LEX 2057768.

(zwłaszcza w fazie śledczej) powinności podążania wytyczaną przez wybitnego lekarza i humanistę Profesora A. Kępińskiego, ścieżką wyobraźni, śmiałości stawiania i obalania wszelkich hipotez⁵. Dzięki odwoływaniu się do podstaw dyscyplin specjalistycznych można wychodzić ze ślepych uliczek i objaśniać większe całości badanych problemów.

Pewien szkopał wynika z w orzecznictwie niesporadycznego⁶, a w doktrynie dość powszechnego zadomowienia stanowiska, że z materiału dowodowego muszą być wyłączone zeznania (wyjaśnienia, oświadczenia) świadka (podejrzanego, biegłego) również takiego, który sam przed przesłuchaniem wprawił się w stan nietrzeźwości (art. 171 § 7 k.p.k.).

Na marginesie, lecz z czytelną intencją, odnotujmy, że przedmiotowe rozważania znajdują oddźwięk w literaturze publicystycznej z tzw. wysokiej półki. Przykładowo, adwokat Jacek Dubois przedstawia rzecz sceną zaczerpniętą ze sprawy Józefa K. oskarżonego w „Procesie” pióra Franza Kafki. Strażnicy niby dozorcują K., ale on na chwilę wchodzi do pokoju, w którym niepostrzeżenie wypija kieliszek wódki. Komentujący ten incydent, J. Dubois twierdzi kategorycznie, że (cyt.) „nie można nikogo przesłuchać w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi, do czego zalicza się przesłuchiwanie osoby, która spożywała alkohol lub zażywała środki odurzające. Zakaz ten jest całkowity, co oznacza, że jej zeznania nie mogą stanowić dowodu”⁷.

Uprzedzając efekty niniejszych przemyśleń, przytoczony punkt widzenia należy do zbyt daleko idących. Zastrzeżenie to można uzasadnić w rozmowie poświęconej takim właśnie konkretnym i egzystencjalnym stronom procesu karnego, jak: prawda, odwaga i elastyczność myślenia, patrzenia nań (to jest na proces) jako na pewien rodzaj tłumaczenia czegoś, co się samemu przeżyło i (lub) wyobraźnia podszeptuje. Pomocne może być rozprawianie również o dramacie, powstającym zwłaszcza w śledztwie wtedy, kiedy wszystko widzimy osobno. Typowym przejawem zmierzania do tegoż dramatu jest pewność wypowiedzania się na temat nietrzeźwości przesłuchiwanego w oderwaniu od indywidualnych cech *entourage’u* danego przypadku. I wtedy, kiedy nie wprowadzamy

⁵ A. Kępiński, *Poznanie chorego*, Warszawa 1978, s. 37 i *passim*.

⁶ Np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 grudnia 2000 r., sygn. II AKa 464/2000, *Prokuratura i Prawo* 2001, dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 27; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2003 r., sygn. III KK 506/02; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 17 maja 2017 r., sygn. II AKa 97/13, LEX nr 1342406.

⁷ J. Dubois, *Mordowanie na ekranie*, Warszawa 2016, s. 232, 233.

adekwatnych konkluzji choćby z faktu, że „słowa umniejszają czułość”⁸ opisu. Charakterystyka człowieka, czynu i rzeczy ponadto może być bezproduktywna bez jednoczesnego zrozumienia tychże obiektów z całą różnorodnością ich półtonów i kontekstów⁹.

Dlatego w toczonej dyspucie, ze względu na jej skomplikowany przedmiot, „Silmy się tedy – jak Blaise Pascal zaleca – dobrze myśleć”, bo taka jest oto „zasada moralna”¹⁰. Z aforyzmem Pascala współgra również wartość kultuwowania *credo* Stanisława Witkiewicza: „Nie ma większej siły nad myśl”. Rzeczywiście posługiwał się nim snując krytyczne rozważania i osobiste medytacje¹¹. Tę wiarę filozofów, artystów, pisarzy w potęgę myśli – która przecież nie powinna być i nie jest niczym monopolem – należałoby podtrzymywać w toku wymiany poglądów dotyczących sedna sedn prawniczych sporów, czyli prawdy.

II. Prawda a zeznania (wyjaśnienia) nietrzeźwego i (lub) narkotykami odurzonego

Dlaczego sedno wszystkich procesowych sedn? Otóż chociażby z tej przyczyny, że najwybitniejszy przedstawiciel klasycznej szkoły prawa karnego w Polsce, prof. Edmund Krzymuski (UJ) uznawał zasadę prawdy materialnej za najwyższą zasadę procesu karnego¹². A. Murzynowski z kolei nazwał ją naczelną¹³. S. Waltoś wreszcie – kluczową zasadą procesu karnego, której inne zasady są podporządkowane¹⁴. Mitrężeniem czasu przeto byłoby przekonywanie, że wobec upowszechnienia akceptacji jej pierwszeństwa organowi procesowemu musi to dawać wiele do myślenia w układaniu i urzeczywistnianiu detali oraz generalistów głównie śledztwa.

⁸ J. Twardowski, *Dramat jest wtedy gdy widzimy wszystko osobno* (zanotowała K. Boruń-Jagodzińska), *Powściągliwość i Praca* 1991, nr 6–7, s. 6; tegoż, *Nie przyszedłem pana nawracać. Wiersze 1945–1985*, Warszawa 1992, s. 116.

⁹ L. Kołakowski, *Świadomość religijna i więź kościelna*, Warszawa 1997, s. 561.

¹⁰ B. Pascal, *Myśli*, Warszawa 1953, s. 116.

¹¹ W. Nowakowska, *Wybór i wstęp*, (w:) S. Witkiewicz, *O sztuce, krytyce artystycznej, stylu zakopiańskim, wybitnych twórcach, sprawach narodowych i społecznych*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1972, s. 9.

¹² E. Krzymuski, *Wykład procesu karnego austriackiego*, Kraków 1910, s. 5.

¹³ A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 110.

¹⁴ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2003, s. 212; por. też mniej wyraziste ujęcie prawdy przez R. Kmiecika, (w:) *Prawo dowodowe. Zarys wykładu*, Kraków 2005, s. 83.

Noblista Joseph Stiglitz za z natury złe uważa myślenie doktrynalne, schematyczne oraz automatyczne aplikowanie jakichkolwiek recept, gdzie indziej i kiedy indziej pozytywnie sprawdzonych. W każdej sprawie bowiem mogą się pojawić nowe szczegóły, niejako unieważniające dotychczasowe algorytmy¹⁵. Dlatego treści tegoż eseju znacząco stymuluje przemawiająca do wyobraźni sentencja J. M. Coetzee'go. Coetzee pisze mianowicie, że nawet „najprawdziwsza prawda” jest o wiele bardziej antropologiczna niż przyjęty zestaw wersji. Pisarz, mimo to, nie popada w poznawczy pesymizm. Przeciwnie, oznajmia, że prawdę można ustalić, przemknąć aż do jej dna i przeszłość z teraźniejszością schwytać w jedną przestrzeń, gdy niejasności stanu faktycznego draży się cierpliwie oraz planowo i z dziesiątkami ludzi rozmawia się szczerze i mądrze. Da się wyjaśnić wszystko to, co rozumne. Niezrozumiałe niechybnie obrasta mitem. Ponadto, rozsąpanie niejasności jest możliwe, gdy w żadnej sprawie prowadzącemu nie chodzi o to, żeby jak najkorzystniej „wypaść”, lecz o to, aby obowiązujące zasady (procesowe kanony) były bezwzględnie respektowane. *Ergo*, umysł organu procesowego nie może się wzdragać przed penetrowaniem wszelkich alternatyw stanu spraw¹⁶.

Pisarza – filozofa zwrot: „najprawdziwsza prawda” sygnalizuje wieloznaczność pojęcia prawdy, poświadczana dodawanymi doń przymiotnikami. Dosłownie rzecz postrzegając, z grubsza można sobie wyobrazić istnienie zbioru obejmującego – oprócz tych najprawdziwszych – także prawdy rozmaicie stopniowane. Każdemu praktykowi wymiaru sprawiedliwości niezbędna jest świadomość wzmiankowanych subtelności terminologicznych. Realiście zarazem może wystarczyć rzeczywiste przejmowanie się sformułowaniem prawdy przez Arystotelesa. Otóż w Tracji urodzony Grek określił ją lapidarnym zdaniem: powiedziec o tym, co istnieje, że istnieje, a o tym, co nie istnieje, że nie istnieje, jest prawdą¹⁷. S. Waltoś podsumowuje rozbieżne definicje frazą, że prawda jest sądem zgod-

¹⁵ J. Stiglitz, (w:) *anty. Tina. Rozmowy J. Żakowskiego o lepszym świecie, myśleniu i życiu*, Warszawa 2005, s. 55.

¹⁶ J. M. Coetzee, *Hańba*, Kraków 2001, s. 20, 137, 215; W. Wolter, M. Lipczyńska, *Elementy logiki. Wykład dla prawników*, Warszawa–Wrocław 1980, s. 20–22 i *passim*; C. Sagan, *Kosmos* 2016, s. 89; tamże astronom Carl Sagan wspomina przeżywane przez chrześcijanina M. Kopernika rozterki, związane z odkrywaniem prawdy, że planety jednak poruszają się po torach kołowych, a jest „rzeczą niegodną przypuszczać, że coś takiego ma miejsce we wszechświecie stworzonym (przecież – uwaga Autora) w najlepszy ze wszystkich sposobów”.

¹⁷ Cyt. za W. Sady, *Pojęcie prawdy w naukach przyrodniczych*, Znak 1996, nr 9, s. 25; por. nadto J. Tischner, *Etyka solidarności*, Kraków 2005, s. 21, 22; J. M. Coetzee, (w:) *Tu i teraz*, Kraków 2014, s. 65–76.

nym z rzeczywistością. Przy tym, w kontekście faktów, że prawnicze wnioski o winie (niewinności) opiera się na zaprotokołowanych i swobodnie ocenianych wypowiedziach świadka i oskarżonego oraz na pisemnych oświadczeniach biegłego, nie od rzeczy może być uprzytomnienie przestrogi Witkiewicza, że „prawda (...) nie polega na prawdziwości przedmiotów, lecz na prawdziwości ich przedstawienia (...)”¹⁸, które w procesie karnym w niemałej mierze polega na przyoblekaniu przeszłości w słowa należące zawsze do Drugiego. I wzbogacane Jego znakami pozawerbalnymi, mającymi z reguły emocjonalny pogłos i unikalne konotacje zawodowe, kulturowe, lokalne oraz uniwersalne.

Reasumując, prawda składa się z niewyobrażalnie różnorodnych, często trudnych do zobrazowania elementów. Na dobitek, udane kłamstwo w zeznaniach musi być i bywa prawdziwie łudzaco podobne (J. Dehnel, P. Tarczyński: *Rozdarta zasłona*, Kraków 2016, s. 85). Baczmy również na tezę, że *gros* autorów sądzi, iż pozasłowny przekaz jest efektywniejszy niż słowny. Przekonuje zatem ocena, że „nie jest ważne to, co się mówi, tylko jak się mówi”¹⁹.

Z ostrożności dorzucmy, że jądro rzeczy tkwi nie tylko w tym, „jak” się mówi, lecz także w tym, „jak” się myśli. O prawidłowym postąpieniu mogą niekiedy decydować zaliczane do najwspanialszych zdolności prawnika zdziwienie, kiedy indziej znowu myślenie nieprawdopodobne, zaskakujące, paradoksalne. Na podstawie dokonanych badań Mieke Bal dzieli się z czytelnikiem mało optymistycznym ustaleniem, że sytuację może gmatwać rozmaite używanie identycznych słów oraz eksponowanie innych aspektów danej informacji. *Eo ipso* powstają zupełnie odmienne (tendencyjne?) opisy przedmiotu, zjawiska, stanu psychicznego. M. Bal artykułuje też szczególną rolę zmysłów wzroku i słuchu przesłuchującego w bezpośrednim kontakcie z przesłuchiwanym. Każdą informację pojawiającą się na styku tegoż spotkania należy interpretować w ścisłym związku z każdym wcześniej poczynionym spostrzeżeniem także na miejscu zda-

¹⁸ S. Witkiewicz, *O sztuce...*, *idem*, s. 47; z Witkiewicza spostrzeżeniem współgra fraza Leny Proházki, córki Jana Proházki, że „prawda to jest to, co my przeżyliśmy, nie to, co nam ktoś po latach na ten temat powie” (cytuje za M. Szczygieł, Gottland, Wołowiec 2006, s. 122).

¹⁹ A. Kępiński, *Poznanie chorego*, Warszawa 1978, s. 41; podobnie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lutego 2018 r., sygn. V KK 224/17, *Prokuratura i Prawo* 2018, dodatek „Orzecznictwo”, nr 5, poz. 2; B. de Barbaro, (w:) *Konteksty psychiatrii*, Kraków 2014, s. 13–21 i *passim*; C. Tavris, C. Wade, *Psychologia. Podejścia oraz koncepcje*, Poznań 1999, s. 375, 376.

rzenia, podczas oględzin zwłok i realizacji innych czynności śledczych²⁰. Świeżość i rzetelność danej wiedzy to klucz w kontrykcyjnym procesie do prawdziwych ustaleń faktycznych w zakresie wyglądu odkrywanej rzeczywistości, jej przeszłości i teraźniejszości.

Przedstawiony zarys wieloaspektowego pojęcia prawdy zdaje się być dobrą odskocznią do rozmowy o zapatrywaniach doktrynalnych na dowód z wiadomości pochodzących od różnorodnie zaburzonych osób alkoholem lub narkotykiem. O poglądach postrzeganych przez pryzmat zasady prawdy materialnej jako „królowej” naczelnym zasad procesowych, o zdezonizowaniu której nikt nigdy nawet nie myślał. Co, oczywiście, wiąże się z pewnymi konsekwencjami.

III. Przegląd niektórych komentarzy znawców zagadnienia

Dla praktykującego prawnika niebawem ważne są poszukiwania odpowiedzi na przerobiony kanon pytań Immanuela Kanta: a) co znaczy nietrzeźwość i (lub) odurzenie narkotykiem przesłuchiwanego, b) jakie mogą być lub są następstwa tego stanu w sferze psychiki, c) czego w szczególności można oczekiwać od świadka (podejrzanego) dotkniętego taką niedyspozycją, d) co dokładnie można i należy poznać w wyniku danego przesłuchania, z ewentualnym udziałem psychologa bądź psychiatry? Nie łąda szkopał znowu w tym, że chęć do stawiania sobie tego rodzaju zapytań raczej nie jest powszechna z jednej strony, a z drugiej – ulega erozji. Zwłaszcza wtedy, kiedy dany praktyk nie ma odwagi samodzielnego, krytycznego myślenia czy nie okazuje skłonności do medytowania nad przekonaniem Drugiego (T. Gadacz w wykładzie na AGH w Krakowie 5.10.2017 r.). Albo unika brania odpowiedzialności za wybór sposobu wyjścia z konkretnego dylematu moralnego²¹.

²⁰ M. Bał, *Narratologia*, Kraków 2012, s. 239 oraz A. de Saint-Exupery, *Ziemia planeta ludzi*, Kraków 1971, s. 78; S. Stachowiak, *Rozbudowanie możliwości wydania wyroku sądu pierwszej instancji na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w postępowaniu przygotowawczym w polskim procesie karnym*, (w:) H. KołECKI (red.), *Kryminalistyka i nauki penalne wobec przestępczości. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Mirosławowi Owocowi*, Poznań 2008, s. 64–71; J. Hajduk, *Pe-troniusza sztuka narracji*, Kraków 2015, s. 110, 111 i *passim*; E. Kagge, *Cisza*, Warszawa 2017, s. 8, 15, 95; M. Janion, *Niesamowita Słowiańszczyzna. Fantazmaty literatury*, Kraków 2006, s. 9.

²¹ Na temat dylematu etycznego więcej zob.: G. Williams, *Świętość życia a prawo karne*, Warszawa 1960, *passim*; J. Bogusz, *Lekarz i jego chorzy*, Warszawa 1984, s. 53–67; B. Chyrowicz, *O sytuacjach bez wyjścia w etyce*, Kraków 2008, s. 9, 44, 196, 211 i inne.

Wówczas do głosu dochodzi pokusa „załatwienia” napotkanego konfliktu wartości metodami etycznie wprawdzie ułomnymi, lecz umożliwiającymi automatyczne rozstrzygnięcie splątanych problemów stosowania art. 171 § 7 k.p.k. Do czego mogą, acz nie powinny usposabiać również, *no-lens volens*, teoretyczne interpretacje przepisów. Mikołaj Rej rzekłby wszak, że prawnicy „nie gęsi i swój język (czytaj – i swój rozum, uwaga Autora) mają”, a przynajmniej powinni mieć. Przyzwoitość nakazuje zawodowemu juryście, aby w każdej sytuacji myślał zawsze niezależnie.

Samodzielność jest tym bardziej pożądana, gdy niezłomnie przekonany o trafności jedynie własnego poglądu interlokutor nie bierze w rachubę doświadczenia pokoleń badaczy, że na prostej linii procesu poznania pomiędzy odcinkami: a) praktycznie całkowitej pewności, że „było TAK” i b) takąż pewnością, że „było NIE”, rozciąga się z reguły c) rozległy obszar „możliwości” prawie wszystkiego, czasem z wyróżnieniem swoistych półprzestrzeni: „raczej TAK” i „raczej NIE”²².

Mając na uwadze powyższe znaki zapytania i ustalenia, zastanówmy się nad jednoznacznością wypowiedzi, że według art. 171 § 7 k.p.k. nie mógł stanowić dowodu dowód uzyskany w warunkach wyłączenia swobody wypowiedzi osoby przesłuchiwanej, zaistniałych, „pomimo że nie została zastosowana żadna z zakazanych metod określonych w § 5. (...) Warunki wyłączające swobodę wypowiedzi mogą być spowodowane z przyczyn niezależnych od organu procesowego (podkr. Autora). Wtedy, ze względu na sankcję przewidzianą w § 7” należy odstąpić od przesłuchania świadka lub biegłego znajdującego się pod wpływem alkoholu, ponieważ ich zeznania nie będą mogły stanowić dowodu²³. Nieodosobniona to opinia.

W cenionym podręczniku postępowania karnego *expressis verbis* stwierdzono, że wymóg nienaruszalności swobody wypowiedzi rozciąga się na wszystkie etapy procesu psychicznego prowadzącego do oświadczenia przesłuchiwanego. Wobec tego nawet „nie wolno przyjmować oświadczenia składanego przez osobę nietrzeźwą, pod wpływem narkotyków i niektórych lekarstw ograniczających świadomość”²⁴.

²² K. Jaegermann, *Opiniowanie sądowo-lekarskie. Eseje o teorii*, Warszawa 1991, s. 129–145; P. Sztompka, *Socjologia zmian społecznych*, Kraków 2005, s. 35–37 i *passim*; M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2017, s. 34–39, 276–277, 474.

²³ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Tom I. Komentarz do art. 1–296*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2011, s. 926–930.

²⁴ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 372; w zasadzie tożsame zapatrywania wyrażają R. A. Stefański, (w:) *Kodeks postępo-*

Zaciekawia T. Grzegorzcyka rozumowanie, że skoro przesłuchiwany ma mieć zapewnione warunki swobody wypowiedzi (co do tego całkowita zgoda! – uwaga Autora), to organ procesowy nie może wykorzystywać określonego stanu przesłuchiwanego, przy którym swoboda wypowiedzi, jako możliwość panowania nad własną wolą przy formułowaniu wypowiedzi, nie istnieje. „Stąd nie można uznać za trafne traktowania – kontynuuje prof. Grzegorzcyk – jako w pełni ważnych przesłuchań osób nietrzeźwych, jeżeli nie były one w stanie możliwości swobodnego wypowiedzenia się”. I dalej, uwaga!: „Nie oznacza to, że nie należałoby w ogóle nie przesłuchiwać osoby nietrzeźwej i nie utrzymywać tego oświadczenia, lecz jedynie o to, że niedopuszczalne jest traktowanie takiej osoby jako źródła dowodowego sensu stricto” (podkr. Autora). (...) To samo należy odnieść do osoby będącej w stanie odurzenia środkami narkotycznymi²⁵.

Właśnie, T. Grzegorzcyk intryguje niestereotypowymi kategoriami, takimi, jak: a) „nie w pełni ważne przesłuchania osób nietrzeźwych” oraz b) osoby niebędące „źródłami dowodowymi sensu stricto”. Kwestia, w jakim dokładnie stopniu ułomne przesłuchania są jednakowoż „ważne”, jak procentowo można by zdefiniować znaczenie (mimo wszystko) „źródła dowodowego”, niebędącego nim sensu stricto?

Generalnie wydaje się, że przytoczone opinie wynikają z dwójkowego (czarne–białe) patrzenia na tematykę artykułu. Binarne punkty widzenia owocują, jak niżej będziemy usiłovali dowieść, niedostrzeganiem nieusuwalnie w (zwłaszcza) postępowaniu przygotowawczym doniosłych elementów, do których należą: pragmatyzm czynności i aksjologiczna wspólnota dążeń do prawdy jako fundamentu sprawiedliwości, pewność niepewności, nieukrywanie wątpliwości oraz determinacja w zadawaniu pytań sobie i Innym. Ponadto też dająca poczucie wolności odpowiedzialność, pracowitość i pomysłowość²⁶.

Zważywszy Z. Papierkowskiego zdanie, wyrażone w „Dowodzie poszlakowym w postępowaniu karnym”, że poszlaką jest każda, a więc

wania karnego. Komentarz. Tom I, Warszawa 2003, s. 748–753 oraz W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, 2012, s. 197, 198.

²⁵ T. Grzegorzcyk, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, Kraków 2005, s. 423.

²⁶ R. Ingarden, Owocnej dyskusji słów kilka, Przegląd Kulturalny 1961, nr 48; A. Grzegorzcyk, Moralitety, Warszawa 1986, s. 88–96; G. Skąpska, Rozumność rozumowań prawniczych – ujęcie socjologiczne, (w:) M. Wyrzykowski (red.), Rozumność rozumowań prawniczych, Warszawa 2008, s. 69–88; M. Jarymowicz, Polityka 2016 nr 5; J. Wójcikiewicz, V. Kwiatkowska-Wójcikiewicz, Paradygmaty kryminalistyki, (w:) Paradygmaty kryminalistyki, pod red. J. Wójcikiewicza i V. Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz, Kraków 2016, s. 11–25; J. Gurgul, „Paradygmaty kryminalistyki”, Prokuratura i Prawo 2017, nr 2, s. 137–154.

bardzo szeroko pojmowana, okoliczność faktyczna, która pozwala nam wysnuć pewne wnioski co do prawdziwości innej okoliczności faktycznej (Lublin 1933, s. 32, 33), że *contra experimentum non datur argumentum*, pokombinujemy trochę – mając w pamięci pewność powyższych komentarzy – z autentycznymi kasusami.

Przykład z przerwaniem przesłuchania. Nocą 23/24 lutego 1963 r. w Y dokonano rabunkowego zabójstwa Władysławy K. Po upływie tygodnia, mieszkaniec tej samej miejscowości i znajomy denatki, Edward S. nagle pojawił się w miejscowej Komendzie MO, spontanicznie się samooskarżając. Jego wyjaśnienia zawierały kilka informacji korespondujących z wynikami oględzin miejsca zbrodni i zeznaniami niebezpośrednich świadków. Śledztwo jednakże prawomocnie umorzono z powodu braku dostatecznych dowodów winy. Podstawy faktyczne tej decyzji nie budzą zastrzeżeń, choć ów brak dowodów zaistniał z przyczyn dość kuriozalnych. Chętne składanie wyjaśnień przerwano do następnego dnia. Edwarda S. osadzono w celi aresztu, w której przebywało kilku kryminalistów. Rano wznowiono przesłuchanie, lecz S. – prawdopodobnie po udzielonej mu „lekcji” przez współwięźniów – stanowczo odwołał tamto przyznanie, po czym już tylko kluczył i skutecznie mataczył.

Clou zagadnienia w tym, że, zanim przerwano przesłuchanie, nie zadano S. kilku – kilkunastu pytań celem uzyskania informacji dotyczących przede wszystkim wyglądu mieszkania denatki, położenia zwłok, wyglądu użytego narzędzia itd. Szkody wynikające z takich decyzji są nie do odrobienia. Stąd oklepany morał, że żelazo należy kuć dopóki gorące. W przeciwnym razie zbrodnia bywa bezkarna. Albo, co gorsza, niewinny może ponieść odpowiedzialność.

Przykład skutku „odstąpienia” od przesłuchania nietrzeźwego. Teresie M. prokurator zarzucił, że w zamiarze pozbawienia życia męża Stanisława w czasie od końca 1994 r. do lutego 1996 r. w X w posiłkach podawała mu związki ołowiu, czym spowodowała ciężką chorobę *plumbo porfirii*, a w konsekwencji jego zgon w dniu 19 lutego 1996 r. Jednym z kluczowych zadań śledztwa było ustalenie źródła, z którego Teresa M. otrzymywała zidentyfikowaną w zwłokach truciznę. I oto niespodziewanie o godzinie 18:30 dnia 13 lutego 1996 r. przybył do Komendy Policji w X podchmielony (1,26‰) Mieczysław M., zatrudniony w miejscowym zespole szkół. Tamże miał dostęp do tlenu ołowiu, przechowywanego w niezamykanej szafce w pracowni chemicznej. Tajemnicą poliszynela były uczuciowe więzi łączące go z podejrzaną o otrucie męża.

Przybywszy do Komendy, wobec dwóch policjantów wypalił, że na prośbę Teresy M. w wiadomym celu kradł ze szkoły i sukcesywnie do-

starczał jej związku ołowiu. Po wykryciu alkomatem stanu nietrzeźwości samooskarżającego się M. policjanci zapisali jego bezcenne informacje w lakonicznej notatce. Następnie zalecili mu, aby następnego dnia przyszedł doń celem złożenia zawiadomienia o przestępstwie. W odpowiedzi zdenerwowany burknął, że „więcej widzieć mnie nie będziecie”. Istotnie, w nocy na 14 lutego 1996 r. podpalił własny dom i popełnił samobójstwo przez zażycie psychotropowego leku signopam.

Dłużej nie potrafił żyć bez ujawnienia koszmarnej tajemnicy. Sąd uniewinnił Teresę M. od zbrodni otrucia męża. Słusznie, gdyż w łańcuchu dowodów zabrakło bodaj najważniejszego, którego Mieczysław M. bezskutecznie usiłował dostarczyć.

Przykład znaczenia prawdy dla niejednego oskarżonego. Obojętnie, jaka ona by nie była. Jesienią 1974 r. powracający około północy nieoświetloną uliczką Kopernika w XY do domu z podróży służbowej prokurator zobaczył zbliżającą się z przeciwnej strony sylwetkę mężczyzny, a gdy stanęli już oko w oko, usłyszał tubalne: „panie prokuratorze, ja wszędzie pana szukam. Co, nie poznaje mnie pan?” Po czym, zmieszaniem, a w chwilę potem, także do cna przestraszonymu przedstawił się, jestem Rębalski (nazwisko celowo zmienione), którego pan oskarżał”. Tak, to był wyjątkowo groźny członek rabunkowego gangu. Bezpośrednio po zatrzymaniu doprowadzony na pierwsze przesłuchanie zdradzał objawy stanu po użyciu alkoholu. Nie czekając na słowną reakcję zaczepionego, kontynuował: „przedterminowo zostałem zwolniony z Zakładu Karnego w S., gdzie ukończyłem Technikum Mechaniczne i przyjechałem tutaj, żeby złożyć podanie o przyjęcie na Politechnikę”. Prawie na tym samym oddechu zakończył: „chciałem panu podziękować, że pan się za nas ostro zabrał. Wcześniej byliśmy już namierzani, ale zawsze udało nam się jakoś wywinąć. To nas rozzuchwalało i zapewne kiedyś doszłoby do zabójstwa, a wtedy...? Jeśli ja jeszcze zostanę człowiekiem, to pana będzie zasługa”.

Takie incydenty stanowią o niesamowitej atrakcyjności praktyki choćby dzięki temu, że nabywane w niej doświadczenia są niepowtarzalne, nieprzewidywalne i wzbogacające fachowość.

IV. Przesłanki wynikające z wiedzy pomostowej dla przesłuchującego i oceniającego zeznania świadka, wyjaśnienia podejrzanego i oświadczenia biegłego

Iście renesansowy człowiek, S. Witkiewicz – filozof, pisarz, malarz, architekt, teoretyk sztuki, moralista w jednym z listów dzieli się – jakby na

użytek szkicu do prawnika adresowanego – uniwersalną przenośnią, że „nauka leży w każdym calu, który człowiek przechodzi, w każdym spojrzeniu, które rzuca na przedmioty, w każdym słowie, które słyszy – tylko trzeba ją umieć wziąć”²⁷. Czyli, acz przyjemniej jest, gdy ktoś za nas myśli i oferuje wzory rozwiązań każdego problemu procesowego, to jednocześnie roztropniej postępuje, kto krytycznie czyta, patrzy, obserwuje, słucha, bo wtedy sam zaczyna odpowiedzialnie myśleć.

Na początek zważmy, że organ procesowy zajmuje się konkretnym podejrzanym (świadkiem), w konkretnych okolicznościach funkcjonującym, konkretnym dowodem rzeczowym itd. Przedstawiciele nauk sądowych jako opiniodawcy intencjonalnie podkreślają, że ich oceny dotyczą zawsze i wszędzie tylko zdarzeń jednostkowych. W określaniu stanu i skutków nietrzeźwości świadka X czy podejrzanego Y w kontekście swobody składania oraz wiarygodności ich zeznania (wyjaśnienia) niemożliwe zatem byłoby ujednocianie diagnostycznych metod psychiatrycznych czy psychologicznych. Każda droga rozpoznawania nietrzeźwości, będącej chorobą „duszy” (dusza od greckiego słowa *psyche*) musi być inna, i dobra, ale zarazem zła.

Nieusuwalne kłopoty diagnozowania psychiatryczno-psychologicznego w dziedzinie choroby alkoholowej (narkotykowej) biorą się także stąd, że definicja normy i patologii psychicznej jest wieloznaczna, *de facto* wymykająca się spod „szkiełka i oka”. Pytanie, która „dusza” jest chora, należy do niesłychanie trudnych nadto dlatego, że człowiek jest jednością psychiczno-fizyczną. O tym, jakie w sferze możliwości złożenia poznawczo wartościowych zeznań (wyjaśnień, oświadczeń) spustoszenia czyni choroba wywołana wypiciem alkoholu, decydują łącznie oba aspekty dualistycznej natury człowieka. Dusza i ciało, wymiar metabolizmu (wymiana między ustrojem, a jego środowiskiem), wzorce kulturowe, obyczaje, systemy wartości. W wewnątrznie podzielonej psychologii, jak chyba także w psychiatrii, nie ma jednoczącego ją standardowego paradygmatu. Z tych zwłaszcza przyczyn w opiniowaniu o człowieku, o jego świadomości, dobrostanie ogromną rolę odgrywa doświadczenie (a może i krzta intuicji?) psychologa²⁸.

²⁷ S. Witkiewicz, *O sztuce...*, *idem*, s. 9, 109; por. też M. Wyka, *Miłosz i rówieśnicy*, Kraków 2013, s. 256, 279.

²⁸ J. Jaegermann, *Stan nietrzeźwości (Geneza i dzieje pojęcia w Polsce)*, Katowice 1987, s. 43, 51, 96, 104; A. Kępiński, *Podstawowe zagadnienia współczesnej psychiatrii*, Warszawa 1978, s. 12, 46–48; tegoż, *Poznanie chorego*, *idem*, s. 9, 15, 18; B. de Barbaro (red.), *Konteksty psychiatrii...*, *idem*, s. 18, 83, 236, 269; M. Kała, D. Wilk, J. Wójcikiewicz, *Ekspertyza...*, *idem*, s. 883, 908, 909; E. Nęcka,

Doprawdy, w tej sytuacji nie do pomyślenia byłoby też lekceważenie indywidualnego doświadczenia organu procesowego w organizowaniu i przeprowadzaniu czynności z nietrzeźwymi osobami. Naturalnie, w swobodnej ocenie wyniku przesłuchania również. Ani gorsze, ani lepsze niż eksperckie doświadczenia prawnika wszak mają charakter komplementarny, a nie konkurencyjny w dochodzeniu prawdy, będącej wspólnym celem śledztwa i opiniowania.

W związku z potępianiem w czambuł zeznań (wyjaśnień) osoby, która bez udziału organu procesowego wprawiała się w stan nietrzeźwości lub odurzenia narkotykami względnie lekami, należy wreszcie powiedzieć, po pierwsze, że progi nietrzeźwości zostały określone arbitralnie, bez analizy przyrodniczo-naukowej²⁹. Jan Sehn nazwał stan nietrzeźwości niezwykle charakterystycznie: „element o nieokreślonych konturach” (za K. Jaegermannem, *op. cit.*, s. 43). Wobec zarysowanych wątpliwości aprioryczne, bezwyjątkowe dezawuowanie rzeczonych zeznań warto by wyhamowywać i do każdego przypadku podchodzić bez uprzedzeń, w sposób nacechowany chłodną analizą.

Wytrwale należy tłumaczyć, że kontrowersje dotyczą zeznań (wyjaśnień, oświadczeń) nie jakiejś amorficznej zbiorowości bezimiennych ludzi, lecz przysłowiowego Kowalskiego, którego stan zdrowia psychicznego i somatycznego, środowisko, zawód, kultura itd. są lub mogą i organowi procesowemu powinny być znane. Sedno zagadnienia tkwi również – jak znawcy powszechnie artykułują – w okoliczności, że jakość (sposób) reakcji na alkohol zależy nie tylko od wypitej ilości. W istotnym stopniu zależy także od osobniczej wrażliwości zeznającego. Przy analogicznym poziomie alkoholu we krwi reakcja jest różna u różnych ludzi. Co więcej, nawet u tej samej osoby bywa zmienna. Na indywidualność tolerancji wpływa bardzo dużo czynników, a w szczególności: pijącego stan psychiczny i fizyczny, zmęczenie, głód, niewyspanie, interakcja z innymi specyfikami chemicznymi. Niejednorodność klinicznego obrazu upić alkoholem musi rodzić zamieszanie i niepewność oraz baczenie na ton komentarzy tej części orzecznictwa i doktryny, gdzie nietrzeźwość jest terminem raczej norma-

J. Sowa, Człowiek–umysł–maszyna. Rozmowy o twórczości i inteligencji, Kraków 2005, s. 14, 30.

²⁹ W procesie legislacyjnym liczyły się przede wszystkim, przez nikogo rozsądnego niekwestionowane potrzeby karania nietrzeźwych kierowców; szerzej zob. K. Jaegermann, Stan nietrzeźwości..., *idem*, s. 103 i *passim*; K. Spett, A. Szymusik, (w:) Psychiatria w procesie karnym, Warszawa 1991, s. 294; M. Bogusz, Opiniowanie o nietrzeźwości – błędy, pokusy i pułapki, AMSiK 1985, t. 35, s. 122–128.

tywnym (prawniczym). Tymczasem ze *stricte* naukowego punktu widzenia właściwsze byłoby biologiczne ujmowanie tegoż pojęcia³⁰.

Co cały spór powinno sprowadzać do zawsze – powtarzajmy – jednostkowego oglądu zagadnienia. Wyobraźnia, myślenie organu procesowego musi być dostosowane do skali, w jakiej odbywa się egzystencja zeznań i uwzględniać fakt, że jej tłumaczenie jest procesem z reguły niedoskonałym.

Rozwijając tę myśl, zwięźle trzeba by jeszcze oznajmić o psychiatrycznym (psychologicznym) widzeniu klasyfikacji stopni nietrzeźwości w aspekcie swobodnej oceny zeznań, wyjaśnień czy oświadczeń pijanego. Oczywiście wiadomo już, że w profesjonalnym piśmiennictwie bezdyskusyjnie przyjmuje się, że ilość (*promille*) alkoholu zawartego we krwi wcale nie daje prostej odpowiedzi na pytanie, jakie dokładnie mogą być objawy danego opilstwa. Tak samo jak od dawien dawna uznawana teza, że każde upicie alkoholowe zakłóca prawidłowe funkcjonowanie świadomości³¹. W przebiegu upojenia zwykłego wyróżnia się trzy etapy, a mianowicie okres podchmielenia, upojenia właściwego i ciężkiego zatrucia (Jarosz, Cwynar, *idem*).

Najbardziej interesujący okres podchmielenia (stężenie alkoholu 0,5–1,4‰) to „tylko” zmiana (nie tyle jakościowa co ilościowa!) nastroju, wzmożona aktywność ruchowa, zmniejszenie krytycyzmu, niepełna pamięć wydarzeń, luki pamięciowe. Owszem, w przypadku choroby w postaci zwykłego upicia wprawdzie pisze się o zwężeniu pola świadomości, ale niekiedy jest ono tylko wybiórcze. W ogóle, w tych stanach „trudno

³⁰ S. Schilling-Siengalewicz, Toksykologia, Poznań 1947, s. 14; A. Jakliński, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, Zarys sądowo-lekarskiej toksykologii alkoholu etylowego, Warszawa 1978, s. 92–95; K. Spett, A. Szymusik, (w:) Psychiatria w procesie..., *idem*, s. 293; J. Sobkowiak, R. Rutkowski, Opiniowanie psychiatryczne w stanach upić i uzależnień alkoholowych w postępowaniu karnym, (w:) Materiały VI Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP, Warszawa 1988, s. 174, 175; E. Gruza, Ocena wiarygodności świadków w procesie karnym, Kraków 2003, s. 100, 101; B. de Barbaro (red.), (w:) Konteksty psychiatrii..., *idem*, s. 83–87; D. Hajdukiewicz, Zagadnienia psychiatrii sądowej. Część I. Podstawy prawne i medyczne, Warszawa 2016, s. 22–25; por. również J. M. Coetzee, Dziwniejsze brzegi. Eseje literackie, Kraków 2008, s. 168, 192, 194, 345 i *passim*.

³¹ Na przykład: R. Dreszer, Zarys psychiatrii sądowej dla medyków i prawników, Warszawa 1964, s. 83, 84; L. Korzeniowski, S. Pużyński (red.), Encyklopedyczny słownik psychiatrii, Warszawa 1986, s. 16–18; J. Heitzman, Upicie alkoholowe jako przedmiot ekspertyzy sądowo-psychiatrycznej, (w:) Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii, pod red. J. K. Gierowskiego i A. Szymusika, Kraków 1996, s. 92–112; M. Jarosz, S. Cwynar (red.), Podstawy psychiatrii, Warszawa 1983, s. 191–194.

mówić o pełnej zdolności do rozpoznania znaczenia czynu”, a więc generalnie jest ona zachowana w stopniu wymagającym określenia wnikliwego, indywidualnego. Nawet w razie powikłanych (atypowych) upić błędem byłoby – podkreśla się – twierdzenie o oderwaniu psychiki od rzeczywistości. W grubszych zarysach rozumienie rzeczywistości przez sprawcę jest zachowane. Dające do myślenia jest wreszcie cieniujące problem zdanie, że w zwykłym upiciu alkoholowym nie jest możliwe „dosłowne” rozpoznawanie znaczenia popełnionego czynu, jak i pokierowanie swoim postępowaniem³².

W ramach częstkowego podsumowania powyższej dyskusji pod rozważę Czytelnika z prawniczych kręgów należy zakomunikować ważką okoliczność. Otóż żaden z cytowanych psychiatrów, psychologów czy kryminalistów nawet nie próbuje sugerować przesłuchującemu, żeby hurtem odstępował od przesłuchania, hurtem je przerywał i (lub) hurtem dyskwalifikował wartość dowodową dowodu z zeznań świadka (wyjaśnień oskarżonego) psychicznie faktycznie zaburzonego, jeśli tenże samodzielnie wprawił się w stan nietrzeźwości. Niestety, poczucie pewności rodzi się tam, gdzie słabnie cnota umiaru.

Prof. Filip Filipowicz Preobrażeński, bohater „Psiego serca” M. Bułharkowa (Warszawa 1989, s. 82) przestrzegał dra Iwana Arnoldowicza Bormentalę, „co się dzieje, kiedy eksperyment zamiast iść ostrożnie i równoległe z naturą, forsuje problem i zrywa zasłony”. Wtedy właśnie czasem warto być „innym”. Odważyć się myśleć i alternatywnie postąpić.

Do elastyczności, daleko idącej indywidualizacji ocen skłania przestępującego świetny przykład R. Dreszera. Otóż chłopiec (według dawnej klasyfikacji lekarskiej głuptak) po powrocie z kościoła potrafił wysłuchane kazanie powtórzyć niemal dosłownie, łącznie z intonacją i gestykulacją, aczkolwiek żadnego zeń słowa nie rozumiał³³. W charakterze świadków zatem mogą i powinny być przesłuchiwane także osoby dotknięte odchyleniami od normy psychicznej, chyba że zachodzi zaburzenie z nader ostrymi objawami, polegającymi na halucynacjach itp. psychozach, w tym

³² Por. np. L. Korzeniowski, *Zarys psychiatrii*, Warszawa 1967, s. 366–368; M. Jarosz, S. Cwynar (red.), *Podstawy psychiatrii...*, *idem*, s. 193, 194; J. Sobkowiak, R. Rutkowski, *Opiniowanie psychiatryczne...*, *idem*, s. 174–180; J. Kocur, W. Trendak, *Ocena poczytalności sprawców przestępstw z afektu dokonanych w stanie upicia alkoholowego*, (w:) *Materiały VII Krajowej Konferencji Sekcji Psychiatrii Sądowej PTP. „Teoria i praktyka oceny poczytalności”*, Warszawa 1988, s. 270–277; J. Jakitowicz, P. Magiera, *Problemy orzecznicze w upiciu alkoholowym zwykłym*, (w:) *tychże Materiałach VII Krajowej Konferencji...*, *idem*, s. 280–284; M. Kała, D. Wilk, J. Wójcickiewicz (red.), *Ekspertyza sądowa...* *idem*, s. 908.

³³ R. Dreszer, *Zarys psychiatrii...*, *idem*, s. 63.

alkoholowych (narkotycznych). Zdaniem psychiatrów, świadectwo złożone przez świadka, którego stan zdrowia psychicznego budzi wątpliwości, „może stanowić cenną pomoc na drodze zmierzającej ku wykryciu prawdy”³⁴, to jest ku znalezieniu odpowiedzi na tzw. siedem złotych pytań.

W sporze o imponderabilia i praktyczne rozwiązania kwestii zeznań nietrzeźwego X-a w kategoriach słów: „tak”, „nie”, „raczej tak”, „raczej nie” – także następną część eseju – będzie korygował namysł wynikający z mądrości dedykacji prof. Antoniego Kępińskiego „Schizofrenii”: „Tym, którzy więcej czują i inaczej rozumieją i dlatego bardziej cierpią, a których często nazywamy schizofrenikami”. W świecie schizofrenicznym „wyraźnie zaznacza się dążenie do prawdy”. Chory na schizofrenię nie kłamie³⁵.

Wniosek mający stymulować także V. rundę refleksji: w procesie karnym nic nie jest proste.

V. Punkt widzenia zadurzonego w zespolonym z doktryną doświadczeniu zawodowym

Prowokacją, albo – jeśli ktokolwiek woli tak – to zaproszeniem do myślenia i rozmowy będzie błysk światła na medialny proces Josepha Fritzla, czyli „Potwora z Amstein” w Austrii. W iście ekspresowym tempie wniesione oskarżenie Sąd rozpoznał w dniach 16 do 19 marca 2009 r, kiedy już około południa wydano wyrok skazujący tegoż „Potwora” na karę dożywotniego więzienia.

Wobec tego rozumną rzeczą będzie namysł nad stosowaniem art. (między innymi) 2 § 1 pkt 4 i art. 171 § 7 k.p.k., art. 6 ust 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz art. 45 Konstytucji RP zobowiązującymi do rozstrzygania spraw w „rozsądnym terminie”, względnie „bez nieuzasadnionej zwłoki”³⁶. Niestety, Austriakom nie dorównujemy szybkością

³⁴ Szerzej K. Spett, A. Szymusiak, (w:) *Psychiatria w procesie karnym*, *idem*, s. 115–120; D. Hajdukiewicz, *Zagadnienia psychiatrii sądowej...*, *idem*, s. 151–154; por. też S. M. Kosslyn, R. S. Robin, *Psychologia. Mózg–Człowiek–Świat*, Kraków 2006, s. 236, 237; arg. z art. 192 § 2 k.p.k.

³⁵ A. Kępiński, *Schizofrenia*, Warszawa 1981, s. 159, 160.

³⁶ C. Kulesza, *Uwarunkowania efektywności prawa do obrony w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*, (w:) *Problemy znowelizowanej procedury karnej*, pod red. Z. Sobolewskiego, G. Artymiak, P. Kłak, Kraków 2004, s. 11–28; R. Kmiecik, (w:) *Proces karny. Część ogólna*, Kraków 2006, s. 142–145; T. Tomaszewski, *Alibi. Problematyka kryminalistyczna*, Warszawa 1993, s. 121–123; W. Chłopicki, (w:) *Zeszyty problemowo-analityczne Ministerstwa Sprawiedliwości* 1972, nr 24, s. 113–115; Z. Falicki, w: *tychże Zeszytach*, s. 156.

postępowania w niektórych (kto wie, w ilu?) sprawach z alkoholem lub narkotykami w tle. Poczucie odpowiedzialności za siebie i Drugich, należące do fundamentalnych oznak profesjonalizmu sędziego (prokuratora, eksperta), wyraża się również w wyjaśnianiu, dlaczego *in concreto* nie rozpoznano sprawy w „rozsądnym terminie”.

Z reguły przyczyn jest ogrom. Z każdej zapaści jednocześnie można wyjść silniejszym, mądrzejszym i wzbogaconym nowymi doświadczeniami. Pod warunkiem *sine qua non*, że zechcemy się dowiadywać, dlaczego inni zewsząd złorzeczą na, na przykład, niesprawność śledztwa. Odpowiedzi należy poszukiwać w przeróżnych dziedzinach życia, w tym w prozie zdań, że słowa i myśli mają swoje własności, że między nimi zachodzą zmienne relacje³⁷.

Procesualista przeto powinien się przejąć i w prowadzonym postępowaniu wykorzystywać profesora B. de Barbaro tezy wykładu nt. „Medykalizacja i psychiatryzacja życia codziennego”, którego, tzn. wykładu, motto „Triumwirat pacjent – establishment medyczny – korporacje, działa we wzajemnym porozumieniu”, samo przez się znaczy wiele³⁸. Autor, broń Boże, nie kwestionuje zasług wiedzy w docieraniu do prawdy obiektywnej, tym niemniej (to dla prawnika musi stanowić memento!) zwraca uwagę na zjawiska, które występują na styku medycyny i życia codziennego. Mogą one wymykać się naszej uwadze, choć granice między tym, co „medyczne”, a tym, co jest naturalną „kondycją ludzką”, są wytworem „tylko” społecznych dyskusji, rezultatem gry ekonomicznej, w której dobro pacjenta nie jest wartością nadrzędną. Tak dochodzi do zmian kwalifikacji naturalnych stanów emocjonalnych na zaburzenia psychiczne. Profesor uwidoczniał to następującym zestawieniem, przez filtr którego warto baczyć na pojawiające się w procesie karnym problemy nietrzeźwości.

Język życia codziennego a język medyczny (psychiatryczny):

- dziecko leniwe – dziecko chorujące na dyskalkulię, dysgrafię,
- dziecko niegrzeczne – dziecko chorujące na ADHD,
- dorosły nieśmiały – dorosły chorujący na lęk społeczny,
- dorosły roztargniony i aktywny – dorosły cierpiący na ADHD dorosłych,
- dorosły smutny – dorosły cierpiący na depresję,

³⁷ Por. W. T a s z y c k i (oprac.), *Obrońcy języka polskiego, wiek XV–XVIII*, Wrocław 1953, s. 348, 349; W. W o l t e r, M. L i p c z y ń s k a, *Elementy logiki*, Warszawa–Wrocław 1980, s. 8–16; por. też H. M a l e w s k a, *Półmrok ludzkiego świata. Słowo wstępne do książki Z. K u b i a k a, Półmrok ludzkiego świata*, Kraków 2001, s. 5–12.

³⁸ Motto z: D. H. N e w m a n, *Cień Hipokratesa. Tajemnice domu medycyny*, Kraków 2010, s. 47.

– dziecko alkoholika – osoba cierpiąca na DDA³⁹.

Choćby w związku z tymi przestrożkami w praktyce procesu karnego przeto należałoby unikać przerysowywania dyskutowanej problematyki. Przeciwnie, trzeba ścinać jej kanty i poszerzać horyzonty przestrzeni decydenckiej.

Zwolennicy przerywania i *a limine* odrzucania zeznań świadka, który z własnego wyboru wypił alkohol, albo podtruł się narkotykami lub lekami, chyba nie doceniają, po pierwsze, że zakaz z art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k. został doprecyzowany wyrażeniem przyimkowym: „w związku”. Poskramiane jest podawanie środków chemicznych i stosowanie hipnozy wyłącznie w celu uzyskania kontroli nad organizmem przesłuchiwanego, a więc liczy się tylko *dolus coloratus vel deliberatus* organu procesowego. Skoro ustawa tak stanowi, to, jak w kazaniu św. Augustyna rzeczono, „Rzym przemówił, sprawa jest zakończona”.

Po drugie, że zakazy dowodowe zupełne i zupełne warunkowe, ustanowione w artykułach 171, 174, 178–180 Kodeksu postępowania karnego są podyktowane koniecznością ochrony ważnych interesów społecznych, rodzinnych, państwowych. Zabieganie o prawdę jako zasadę „najwyższą” i sprawiedliwość przyznawania każdemu – sprawcy, pokrzywdzonemu i społeczności – tego to, co mu się należy, schodzi na drugi plan, gdy tych tendencji nie daje się pogodzić z ochroną wyczerpująco w k.p.k. wyszczególnionych interesów konkurencyjnych⁴⁰. Choć to straszny komunał, trzeba udobitnić, że odnośne przepisy o charakterze wyjątkowym, czyniące wyłom w powinności dochodzenia prawdy, nie podlegają wykładni rozszerzającej. To oczywistość. Tenże zakaz dotyczy w całej rozciągłości wykładni art. 171 § 5 pkt 2 oraz § 7 k.p.k. Nie mogą stanowić dowodu tylko takie zeznania, wyjaśnienia oraz oświadczenia (art. 171 § 7), które zostały złożone wskutek stosowania przez przesłuchującego hipnozy (podania narkotyku, alkoholu) w celu oraz w związku z przesłuchaniem, aby – jak stanowi art. 171 § 5 pkt 2 – rozregulować procesy psychiczne świadka, oskarżonego lub biegłego⁴¹.

³⁹ B. de Barbaro, (w:) Konteksty psychiatrii..., *idem*, s. 235–250; zob. także R. Koziołek, Herbert i jego pan, Tygodnik Powszechny 2018, nr 33.

⁴⁰ Więcej zob. np. S. Waltoś, Proces karny..., *idem*, s. 352–366; R. Kmiecik (red.), Prawo dowodowe. Zarys wykładu, Kraków 2005, s. 249–253; W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego..., *idem*, s. 197, 201, 206 i inne; E. Gruza, Ocena wiarygodności zeznań..., *idem*, s. 165, 166, 182.

⁴¹ B. Kurzępa, Podstęp w toku czynności karnoprosesowych i operacyjnych, Toruń 2003, s. 52–96; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. II AKa 204/17, Prokuratura i Prawo 2018, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 38; ko-

Abyśmy w tej polemice mogli uwypuklić argumenty wynikające z wszelkich proporcji (fr. *toutes proportions gardees*), znowu nie obejdzie się bez wypunktowania pewnych truizmów na czele z tym, że każda osoba wezwana w charakterze świadka ma obowiązek stawić się i złożyć zeznania! (art. 177 § 1 k.p.k.). Dorosły, starzec i nieletni, chory psychicznie i ograniczony umysłowo, niepoczytalny i (wyjątkowo nawet) dziecko liczące 2–3 lata, o tych w wieku 3–7 i starszych nawet nie wspominając⁴². Zrozumiałe, że zagadnienie dopuszczalności i metod przesłuchania musi być dopasowane do realnej sytuacji procesowej.

Wymowne są także *expressis verbis* wyłączone powody, dla których od świadka nie odbiera się przyrzeczenia, a szczególnie od osób, które nie ukończyły 17 lat i (lub) różnorako są zaburzone psychicznie. Jako takie bowiem nie pojmują wagi tegoż zapewnienia (art. 189 ust. 1–2 k.p.k.). Przesłuchujemy wszystkich (!) i zeznania (wyjaśnienia, oświadczenia) wszystkich, jako podstawę faktyczną wyroku, poddajemy swobodnej ocenie, chociaż od podejmowania jakoby bezsensownego wysiłku mogłoby odstręczać Edmonda Locarda banalne wieszczenie, że „(...) jedynymi świadkami, którzy nie myślą się, ani też nie kłamią, są świadkowie niemi (...)”, czyli dowody rzeczowe. Nieco dalej kwitującego, że „z ust dzieci płynie tylko kłamstwo”⁴³.

Odtwarzanie zdarzeń przez osobę, której nietrzeźwość i inne odurzenia pozostają bez związku z niemoralną ingerencją przesłuchującego w rozumieniu art. 171 § 5 pkt 2 k.p.k., może i powinno być odpowiednio porównywane z sytuacją, gdy zeznania składają psychicznie „anormalni” według autorów rozdziału V Psychopatologia ogólna i VI Psychopatologia szczegółowa w cytowanej Psychiatrii w procesie karnym (s. 145, 203). Studiując je, mimowolnie przychodzi na myśl znaczące powiedzenie prof. Kępińskiego. Otóż napomyka On, że po przeczytaniu podręcznika psychiatrii można prawie każdego objawu doszukać się u siebie, a studenci pod wpływem tej lektury wprost podejrzewają siebie o chorobę psychiczną, chociaż obiektywnie stan ich zdrowia psychicznego jest prawi-

niecznie zob. też A. Markowski (red.), hasło „stosować” w Nowym słowniku poprawnej polszczyzny PWN, Warszawa 2002, s. 979, 980.

⁴²S. Kalinowski, Biegły i jego opinia, Warszawa 1994, s. 61–63; Z. Czeczot, T. Tomaszewski, Kryminalistyka ogólna, Toruń 1996, s. 113–121; J. Widacki (red.), Kryminalistyka, Warszawa 1999, s. 80–90; R. Kmieciak (red.), Prawo dowodowe..., *idem*, s. 175–180; V. Kwiatkowska-Darul, Przesłuchanie nieletniego w polskim procesie karnym, Toruń 2007, s. 14–17, 285, 286 i *passim*; W. Grzeszczyk, Kodeks postępowania karnego..., *idem*, s. 205.

⁴³E. Locard, Dochodzenie przestępstw według metod naukowych, Łódź–Warszawa 1937, s. 12, 65, 66.

dłowy. Zresztą, niewiele przesady tkwi w rzeczywiście nieco zabawnym spostrzeżeniu A. Kępińskiego, o czym przekonuje otwarty katalog koincydencji przyczynowo-skutkowych zaburzeń psychicznych. Zdaniem K. Spetta i A. Szymusika, (cyt.) „Każda choroba somatyczna (cielesna) wpływa ujemnie na sprawność funkcji psychicznych”. Ból zęba i choroba Basedowa, choroby serca i cierpienia na anemię złośliwą itd.⁴⁴

W przypadku własnowolnie przed przesłuchaniem pijących alkohol lub przyjmujących „działkę” np. marihuany, problemu nierzadko – warto się nad tym pochylić – nie rozwiąże (ma się rozumieć, w duchu krytykowanych komentarzy) stanowcze egzekwowanie przerwania przesłuchania. Niezależnie bowiem od perspektywy, że niefortunny świadek znowu się napije, to *per non est* nie wolno traktować okoliczności, że po wytrzeźwieniu występują objawy abstynencyjne, kaca czy kociokwiku. Te zaś mącą świadomość i (lub) swobodę zeznawania, a mogą trwać wiele godzin, niekiedy nawet 2–3 dni⁴⁵. I co wtedy? Sprawca np. zabójstwa zdąży przygotować sobie alibi lub schronić się na Szeszelach itd., itp.

Organ procesowy więc jest zobowiązany do podejmowania czynności „niecierpiących zwłoki” (art. 308 § 1), aby nie doszło do porozumienia mającego na celu zatarcie prawdy⁴⁶.

W śledztwie, co rusz, notuje się momenty tu i teraz, które są obciążone wieloma realiami zdarzenia należącego do historii nieraz już odległej. Najbardziej praktykowi doskwierające pytania dotyczą wówczas tego, w jakim stopniu to, co już znane, jest symptomem przeszłości. Wtedy prawnik nie może zapominać o wyciąganiu roboczych wniosków z doświadczenia, że jeśli w życiu coś wszystkim wydaje się niechybnie pewne, to owo „coś” musi być czymś skażone lub niedokładnie zostało zrozumiane. Przeróżnej proveniencji wady pojmowania mogą dotyczyć, między innymi takich pojęć, jak podstęp, świadomość, swoboda, które powołuje się w komentarzach k.p.k. w kontekście gorącej problematyki art. 171 § 5, 7.

Słowo podstęp, dawniej nazywany fortelem, to manewr, chwyt, *trick*, sztuczka, podejście, wykręt itd. Z samej definicji ma wyłączać i dyskwalifikować dowód z zeznań, gdyż ruguje swobodę wypowiedzi. Niby tak, ale Tadeusz Kotarbiński dzieli fortele na dwie grupy: etyczną i nieetyczną.

⁴⁴ A. Kępiński, Podstawowe zagadnienia..., *idem*, s. 12, 13; K. Spett, A. Szymusik, (w:) Psychiatria w procesie, *idem*, s. 203, 216, 225, 259, 271, 291 i *passim*.

⁴⁵ K. Spett, A. Szymusik, *idem*, s. 292; A. Jakliński, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, Zarys sądowo-lekarskiej toksykologii..., *idem*, s. 68, 69.

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 maja 1983 r., sygn. 1 KR 74/83, OSNKW 1984, nr 3–4, poz. 35.

Pierwsze fortele uważa nie tylko za dopuszczalne, lecz także konieczne ze względu na osiągnięcie godziwych celów postępowania. Przykładem uczciwej i skutecznej metody jest powodowanie sukcesywnego przyznawania się do pewnych z pozoru niewinnych prawd, które w odpowiednim momencie posłużą do zbudowania druzgocących, bo wcale nieoczekiwanych konkluzji⁴⁷. G. Bauer z kolei pisze, że etycznych zastrzeżeń nie mogą nasuwać też takie metody przesłuchania podejrzanego, jak działanie „prosto z mostu”, „podjazdy”, „obstukiwanie” czyli „badanie niejako dotykowe” itp.⁴⁸

Wokół wyżej sygnalizowanych stanów świadomości i swobody składania zeznań, wyjaśnień oraz oświadczeń krążą mity, czyli pochodne nierozróżniania wyobraźni od faktów⁴⁹.

Z autopsji wiadomo, że nieprawdziwe przekazy nieletnich wynikają nie tyle z ich właściwości, co, przede wszystkim, z niewłaściwej taktyki przesłuchania⁵⁰. Badania J. Sokołowskiej potwierdzają, że z jednej strony zwłaszcza niektórzy lekko upośledzeni odznaczają się podatnością na sugestie, nieumiejętnością myślenia abstrakcyjnego oraz brakiem krytycyzmu. Z tymi problemami upora się przesłuchujący, który opanował i w relacjach z niedojrzałym świadkiem twardo trzyma się fundamentów wiedzy pomostowej, racji serca oraz – często – intuicji. Z drugiej strony, według J. Sokołowskiej, dziecko niekiedy miewa lepszą zdolność obserwacji niż dorosły. Nieletniego bowiem interesuje głównie świat zewnętrzny i jego nieskomplikowane elementy. Stąd w granicach nabytego doświadczenia dokładniej je spostrzega i także może odtwarzać⁵¹.

Czas na porównywanie powyższych uwag teoretycznych z autentycznym doświadczeniem. Na początku lat 60-tych minionego wieku w powiecie I. bez śladu zaginęła kobieta. Znikąd nie dochodziło jakiegokolwiek echo jej życia. Prowadzący dochodzenie zgoła przypadkowo zagadnąwszy 5–6-latkę bawiącego się na obejściu wiejskiego domku, usłyszał odeń, że jakaś kobieta została wrzucona do nieużywanej studni. W pobliżu bawiący się i niewątpliwie przez zabójcę niezauważony malec obser-

⁴⁷ B. Kurzępa, Podstęp w toku czynności..., *idem*, s. 9, 14 i *passim*; M. Arcta, Słownik wyrazów obcych, Warszawa 1947, s. 92; S. Skorupka (red.), Słownik wyrazów bliskoznacznych, Warszawa 1989, s. 146; por. też art. 157 § 2 k.p.k. z 1997 r. i art. 171 § 6 k.p.k.; T. Kotarbiński, Kurs logiki dla prawników, Warszawa 1975, s. 185.

⁴⁸ G. Bauer, *Moderne Verbrechensbekaempfung*, Luebeck 1970, s. 330.

⁴⁹ Więcej zob. J. Gurgul, Problemy prawdy i zmyślenia na tle spraw z wielkim rezonansem społecznym, *Prokuratura i Prawo* 2018, nr 7–8 i tam cytowane pozycje.

⁵⁰ J. Gurgul, Śledztwa w sprawach o zabójstwa, Warszawa 1977, s. 174, 175.

⁵¹ J. Sokołowska, Dziecko jako świadek, Warszawa 1959, s. 47, 63; zob. także D. G. Myers, *Intuicja. Jej siła i słabość*, 2004, s. 108, 125, 126.

wował to, dzięki czemu właśnie jego informacje zdecydowały o zidentyfikowaniu złoczyńcy. Zeznania dziecka były *de facto* podstawowym dowodem. Bez niego nie znaleziono by zwłok (*corpus delicti*), nie byłoby też przyznania oskarżonego do winy. Najprawdopodobniej zaś „ciemna liczba” zabójstw o jedno by się powiększyła.

Czy owemu dzieciakowi jednak zapewniono „swobodę” zeznawania? Czy miał „świadomość” znaczenia swoich słów i gestów informujących o miejscu ukrycia zwłok, czy rozumiał dziejące się zło? Czy termin „zabójstwo” występował w repertuarze jego słownictwa? Odpowiemy jedynie, że śledztwo składa się z nieskończonego pasma wyborów. Z pominiętymi łączy się ból niewybrania. Wybrane natomiast, acz w danych warunkach nie są i nie mogą być idealne, muszą spełniać kryterium możliwie najuczciwszych, w sensie moralnym i celowościowym. Tak należy wnosić z perspektywy Marka Hłaski. Powiada on, że „zbrodniarz myśli latami, jak zabić, i robi to tak, że niczego nie można mu udowodnić (...)”. Gwóźdź rzeczy aliści w głoszonym doświadczeniu, że „sukces demoralizuje (...). Więc potem chce się (...) przekonać (...) o własnej perfekcji. I zabija drugi raz...”⁵²

Dalsze, niemniej egzystencjalne pytania w przedstawianych kazusach brzmią: co wypada, a czego absolutnie nie wypada robić? Czy w kontekście zasady gwarancji świadomości podejrzanego, o co właściwie chodzi w danej czynności, przedstawienie zarzutów recydywście Tadeuszowi C. mogło przynosić ujmę prokuratorowi?

Przed udzieleniem właściwej odpowiedzi, niezbędna wydaje się być pewna dygresja. Taka mianowicie, że załączka podstępu (o nim co nieco już było) można się doszukiwać w realizowaniu nakazu art. 313 § 1 k.p.k. W sytuacji wszak, gdy zebrane dowody uzasadniają zaledwie „dostatecznie” podejrzenie, że „czyn popełniła” (uwaga: czas przeszły dokonany!) w postanowieniu, za ustawą, piszemy konsekwentnie, że XY właśnie „popełnił” takie to a takie przestępstwa. Tym sposobem, chociażby *prima facie*, niejako z urzędu sugerujemy podejrzanemu, że, na przykład, dnia 1 lutego 2018 r. w Z. popełnił rabunek...itd., a więc, że prokurator ma na to przekonujące dowody. Gdy tymczasem, pomijając aspekt domniemania niewinności (art 5 k.p.k.), one niby są, lecz raczej dość rachityczne, a uzyskanie dalszych tylko „możliwe”, czyli niepewne. Kwestia czy inne rozwiązanie jest dostępne bez ryzyka pogrzebania idei „każdemu to, co mu się należy? Czy w postępowaniu przygotowawczym, w którym toczy się niezbywalna gra, w której chwytły etyczne są dopuszczalne i znowu

⁵² M. Hłasko, *Brudne czyny*, Warszawa 1994, s. 311.

nieodwołalnie konieczne, można by zaproponować rzetelniejsze (jakie dokładnie) sposoby procedowania?

Pod kątem może krztę emocjonalnie postrzeganych dylematów rzucimy okiem na również drugi kazus. Otóż, wcześniej karanemu, trochę przed trzydziestką, Tadeuszowi C. prokurator zarzucił, że współdziałając z czterema innymi mężczyznami na terenie dwóch powiatów dokonał około 30 kradzieży mienia połączonych z włamaniami do rozmaitych sklepów. Sprawa ma dwa sedna. W toku realizowania czynności z art. 313 § 1 k.p.k. istota pierwszego sprowadzała się do tego, że należycie dowodami uprawdopodobnione było włamanie tylko do sklepu w miejscowości Sz. Zarzut dokonania przez złodziejską piątkę pozostałych czynów natomiast oparto jedynie na znanych kryminalistkom założeniach, że ci sami przestępcy popełniają zawsze takie same przestępstwa, że podobne fakty stanowią podstawę wersji śledczych i są poszlakami, że wreszcie zawodowi złodzieje powtarzają ten sam rodzaj kradzieży, co wskazuje na osobę sprawcy⁵³.

W głębokiej ciszy Tadeusz C. długo kontemplował treść osobiście przeczytanego postanowienia, przy czym raz po raz zerkał na zdradzającą spokój twarz prokuratora, również śledzącego emocje mimicznie przez C. uzewnętrzniane. Niewerbalne komunikaty przepływały w obu kierunkach⁵⁴. Gdy w końcu przesłuchujący rzucił pytanie, czy podejrzany rozumiał treść zarzutów, tenże potwierdził, że tak. Pozytywnie, choć po chwili ociągania, odpowiedział też na pytanie o chęć składania wyjaśnienia. Cedząc słowa, przyznał się do wszystkich zarzutów, wskazał współników i ich role, w tym Stanisława R. jako herszta bandy. W czasie włamywania się do jednego ze sklepów tenże R. zastrzelił z tzw. urzyna 20-letniego Kazimierza K., który nadchodził z odsieczą zagrożonemu obiektowi. Sprawdzenie tych informacji było formalnością.

Drugie sedno tegoż doświadczenia: w ramach zapoznawania z aktami Tadeusz C. znowu starannie je czytał i niewerbalnymi środkami wyraziście zdradzał kotłujące się w nim emocje. Po zakończeniu lektury oświadczył: „panie prokuratorze, mam do pana tylko jedną prośbę, żeby

⁵³ J. Wnorowski, Sposób działania jako środek identyfikacji sprawcy przestępstwa, Warszawa 1978, *passim*; J. Nelken, Dowód poszlakowy w procesie karnym, Warszawa 1970, s. 71; H. H. Huelke, Der modus operandi in geschichtlicher Sicht, Kriminolistik 1955, nr 10; P. Horoszowski, Śledcze oględziny miejsca, Warszawa 1959, s. 91, 127; J. Makiłła-Polak, *Modus operandi* sprawców wandalizmu wobec kolekcji dzieł sztuki, (w:) Paradygmaty kryminalistyki, pod red. J. Wójcikiewicz i V. Kwiatkowskiej-Wójcikiewicz, Kraków 2016, s. 200–210.

⁵⁴ Szerzej oraz b. interesująco o tym zob. R. Herren, Die Vernehmung ais soziale Kommunikation, Archiv fuer Kriminologie 1977, Heft 5–6.

pan nie napisał w akcie oskarżenia, że pierwszy się przyznałem. Wstydzę się tego, że dałem się tak owinąć koło palca. Koledzy mi tego nie podarują”. Na pytanie, co go skłoniło do samooskarżenia i zgodnego z rzeczywistością pomówienia czterech kompanów, oświadczył, że prokurator zarzucił mu przypadki włamań metodą (cyt.) „tyłko na ścianę”. To znaczy, wdzieranie się do wnętrza placówek handlowych przez otwory wybijane w ścianach, sufitach i podłogach (piwnic) budynków. Po czym uzupełnił, że w tych samych okolicach inni dokonali przecież kilkudziesięciu „włamów na kłódkę albo na zamek, ale ani jednego pan mi nie zarzucił”.

Reasumując: 1) nie wolno ulegać wobec nierzadko w praktyce zdarzającego się kuszenia, aby niewątpliwemu sprawcy jednego przestępstwa „dołożyć” – w celu poprawienia statystyki wykrywalności – nawet całą serię popełnionych na danym terenie, lecz wciąż niewykrytych czynów; skutki takiej słabości mogą być różnorako oplakane, 2) Tadeusz C. zapewne nie miał „świadomości” sytuacji dowodowej, ale czyżby nie miał „swobody” składania wyjaśnień? Czynniki zaskoczenia (rzetelny fortel) chyba jej nie ogranicza. Zresztą, za dokonywane selekcje każdy musi osobiście odpowiadać. Sumienie jest ich sędzią, a dyskomfort psychiczny jest nieunikniony, gdy co dzień wybiera się między mniejszym i większym złem. Jurysta z tzw. pierwszej linii raczej rzadko ma do dyspozycji dwa lub więcej jednoznacznie dobrych wyjść.

W zasadzie w te same wątki: świadomości i swobody obfituje trzeci przykład. Autor przemyśleń postawił mieszkańcowi turystycznej wsi X, skromnemu rolnikowi w średnim wieku Józefowi O. zarzut dokonania zabójstwa żony. Utrwalane były także dźwięki i obraz jego płynnych wyjaśnień. Zaciekawiały one względnie bogatym słownictwem i nasyceniem opisu rzeczywistości wieloma szczegółami, dziejącymi się nieraz nawet kilka lat temu. Podejrzany doprecyzowywał je bez dopingu ze strony przesłuchującego. Wyjaśnienia O. szybko i łatwo potwierdzono wynikami czynności procesowych. Obrazują to dane dotyczące między innymi:

- daty zabójstwa, zapamiętanie której uzasadnił tak, że właśnie tego dnia udał się do Gminnego Ośrodka Maszynowego w Z., gdzie z urzędniczką Y załatwił wypożyczenie kosiarki,
- poćwiartowania zwłok żony; tychże część włożył wyglodzonym krowom do żłobu zamiast właściwej karmy, resztę zaś spalił w piecu, a popiół rozrzucił na skrawku swojej ziemi; faktycznie, w miejscach wskazanych przez O. odnaleziono śladowe pozostałości biologiczne,

- dnia oraz godziny (po 22–ej) na ulicy X w T. ukarania go mandatem przez dwóch milicjantów za jazdę konnym wozem bez oświetlenia latarnią,
- czasu (od dnia – do dnia w roku...) pobytu w szpitalu psychiatrycznym w K. z rozpoznaniem schizofrenii przez prowadzącego doktora XY, itd.

Ad hoc ustanowieni biegli psychiatrzy tamto rozpoznanie podtrzymali. Sprawa Józefa O. stanowi silny bodziec do poruszenia w pewnym sensie starych i nowych kwestii w kontekście – co oczywiste – zagadnienia, którego chęć naświetlenia legła u podstaw pomysłu na napisanie tego artykułu. Po pierwsze, w zwierniciele tegoż incydentu sprawdzają się tezy, że istnieje wiele wariantów objawowych schizofrenii. Ona też w historii najdłuższej była naznaczona plamą opętania przez moce tajemne. Schizofrenik generalnie nie kłamie, nie ma ku temu powodów. On chce prawdy. Psychicznie chorego (umysłowo ograniczonego) wyjaśnienia względnie zeznania mogą się zasadniczo przyczynić do wykrycia prawdy. Wiele zależy od zrozumienia i porozumienia między zdrowym i chorym. Ponadto, pamięć schizofrenika czy oligofrenika niekiedy wprost zadziwia. Na przykład, pamięć pensjonariusza zakładu wychowawczo-poprawczego, który dosłownie recytował kilka ksiąg „Pana Tadeusza” i całą ustawę konstytucyjną⁵⁵.

Po drugie, nie bez kozery niniejsze śledztwo przywraca pamięć o postulacie *de lege ferenda* wysuniętym przez prof. A. Szymusika i W. Moczulskiego (swego czasu Sekretarza Zarządu Głównego PTP). Domagali się ustawowego wzmocnienia podmiotowości osób z zaburzeniami psychicznymi w postępowaniu karnym, łącznie z prawem niepoczytalnego do merytorycznego rozpatrzenia jego sprawy przez sąd. Na moment wracając jeszcze do kategorii świadków nietrzeźwych, należy wsłuchać się także w opinię wybitnych psychiatrów, że „olbrzymia większość osób dotkniętych zaburzeniami psychicznymi zdaje sobie sprawę ze znaczenia przyrzeczenia”⁵⁶. Psychiatrzy tym samym domyślnie powściągają ciągoty

⁵⁵ A. Kępiński, Schizofrenia..., s. 15, 159, 160; D. Hajdukiewicz, Podstawy opinowania sądowo-psychiatrycznego..., *idem*, s. 155; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 1998 r., sygn. IV KKN 650/97, Prokuratura i Prawo 1998, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11–12, poz. 15; Encyklopedyczny słownik psychiatrii, pod red. L. Korzeniowskiego i S. Pużyńskiego..., *idem*, s. 492; B. de Barbaro (red.), Konteksty psychiatrii..., *idem*, s. 123, 126–131, 196; L. K. Paprzycki, Prawna problematyka opiniowania psychiatryczno-psychologicznego w postępowaniu karnym oraz w zakresie ochrony zdrowia psychicznego, Kraków 2000, s. 39, 133–152; W. Łuniewski, Zarys psychiatrii sądowej. Część ogólna, Warszawa 1950, s. 18.

⁵⁶ A. Szymusik, W. Moczulski, Psychiatryczne problemy nowelizacji prawa karnego, Problemy Praworządności 1981, nr 10, s. 27–39.

niektórych do pochopnego odrzucania zeznań nietrzeźwego wyłącznie z własnej woli.

Po trzecie, wyjaśnienia schizofrenika z nawrotami choroby Józefa O. z jednej strony, a z drugiej – zeznania niespełna 6-letniego chłopca stanowią niepodważalne doświadczenie (pamiętajmy, że *contra experimentum non datur argumentum* – por. Z. Papierkowski), że informacje „takich” osób przesądziły faktycznie o stuprocentowej efektywności i minimalizmie kosztów wzmiankowanych śledztw. Stan psychiczny obu bohaterów nie pozostawiał złudzeń, że kryterium „świadomości” nie było spełnione, a mimo to nikt nigdzie (niestety, powtarzamy się) nie ważył się uznawać ich za niebyłe, za niezaliczane do puli dowodów, jak się to zaleca w przypadku zeznań świadka, który w drodze do sądu niebacznie łyknął trochę alkoholu. Przy czym od dawien dawna wiadomo, że podchmieleniem wywołane zmiany mają charakter ilościowy, a nie jakościowy, że reakcja na alkohol ma charakter osobniczy, adekwatnie do różnorodności biologicznej pijących⁵⁷. O specyfice *ratio legis* oraz o przedmiocie regulacji pkt 2 § 5 art. 171 k.p.k. powiedziano dotąd już dostatecznie dużo. Do zamknięcia sporu o wykładnię art. 171 k.p.k. powinny się przyczynić dość jednoznaczne wnioski, jakie wynikają z prezentowanej przez K. Spetta i A. Szymusika systematyki „Psychopatologii szczegółowej”. Po upośledzeniach umysłowych, zaburzeniach osobowości itd., niejako jednym tchem, jako jedne spośród wielu w pkt 5 wymieniają choroby alkoholowe, w pkt 6 „lekowe”, jeszcze dalej schizofrenię, obłąd itd. Nietrzeźwości nie nadają specjalnego „statusu”, który od przesłuchującego wymagałby *extra* zachowań, jak przerywanie przesłuchania czy mechanicznego odrzucania zeznań podpitego. Uczni psychiatry nikomu o niczym podobnym nawet nie napomykają⁵⁸.

Stąd dowodowe kwestie intoksykacji zaistniałej w okolicznościach niewymienionych w art. 171 § 5 pkt 2 podlegają bezsprzecznie swobodnej ocenie decydenta procesowego. Analogicznie jak kluczowe zeznania 5–6-latka czy nie mniej poznawczo doniosłe wyjaśnienia (może „po kieliszku” tuż przed zatrzymaniem) Tadeusza C. i schizofrenika Józefa O. Osobne zagadnienie stanowi korzystanie z pomocy psychiatrów i (lub)

⁵⁷ Por. np. M. Jarosz, S. Cwynar (red.), *Podstawy psychiatrii...*, *idem*, s. 191–194; K. Jaegermatin, *Stan nietrzeźwości...*, *idem*, s. 17, 22, 102; J. Heitzman, (w:) J. K. Gierowski, A. Szymusik (red.), *Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie*, Kraków 1996, s. 96, 97.

⁵⁸ *Idem*, s. 203, 492–493; tak samo M. Ocherna, *Einfuehrung in die forensische Psychiatrii fuer Kriminalisten. Lehrmaterial, Teil „Die Einteilung (Systematik) der psychischen Anomalien”*, Berlin 1973, s. 186, nach *Oligofrenien...*, *Intoxikation z.B. Alkohol, Medikamente, Rauschgifte*.

psychologów. Z ostrożności, w celu zapobieżenia nieporozumieniom, należy podkreślić (choć to oczywistość), że w razie powzięcia „wątpliwości co do stanu psychicznego świadka” przesłuchujący może – a faktycznie powinien przesłuchać go, to jest świadka, z udziałem biegłego odpowiedniej specjalności (art. 192 § 2 k.p.k.). Inaczej należy postąpić w razie pojawienia się tychże wątpliwości co do zdrowia psychicznego oskarżonego (podejrzanego). Wówczas właściwy tryb postępowania organu procesowego przewidują przepisy art. 193 i 202 k.p.k. Przeciwnie niż świadek, oskarżony ma prawo do mówienia nieprawdy, może odmówić wyjaśnień, co tworzy alternatywną jakość⁵⁹.

Mało lub wcale niczego nie odkrywamy, choć znowu dla porządku trzeba to uwyraźnić, że zanim organ procesowy zarządzi przesłuchanie świadka z udziałem lekarza psychiatry i (lub) psychologa (art. 192), zanim powoła biegłych w celu wydania przez nich opinii o stanie zdrowia psychicznego oskarżonego (art. 193 i 202), wcześniej sam musi dokonać wstępnej w tym względzie diagnozy. Musi określić, dlaczego, na jakiej podstawie i jakie konkretnie żywi podejrzenia co do anormalności psychiki danej osoby. Zarządzenie ekspertyzy bowiem powinno być przemyślane, gdyż pociąga za sobą nieobojętne konsekwencje.

Uciekając się do istic łopatologicznej argumentacji, wypada dopuścić myśl, że podstawowym i koniecznym warunkiem takiego *quasi* zdiagnozowania niedorozwoju, choroby czy innych anomalii psychiki jest wcześniejsze, wnikliwe przesłuchanie świadka (podejrzanego). Co do osoby, i co do meritum czynności. A to sprawia, że, najogólniej mówiąc, niefortunny jest pomysł przerywania, jako niecelowego, przesłuchania osoby *sua sponte* zaburzonej.

VI. Zamiast właściwego podsumowania

Niedwuznacznie ustaliliśmy już, że prowadzący sprawę, przesłuchując świadka i oskarżonego, tudzież przyjmując oświadczenie od biegłego, powinien, pod groźbą banicji z zawodu, we wszystkich tych sytuacjach postępować przyzwoicie. W parze z uznawaniem prymatu zasady przyzwoitości powinien dokładać maksimum starań o przestrzeganie także prakseologicznych kanonów procesu karnego.

Schodząc na poziom pospolitego rozmowiania, ale też utrzymując związek z problematyką tegoż szkicu, idźmy za wyobraźnią uruchamianą

⁵⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. II AKa 204/17, Prokuratura i Prawo 2018, dodatek „Orzecznictwo”, nr 6, poz. 38.

przez fabularyzowane wydarzenie i samodzielnie zeń wyciągamy wnioski dla praktyki śledczej. Otóż zabójca nauczycielki obcego języka w Warszawie umyka, założmy dla uatrakcyjnienia przykładu, do poznańskich Jeżyc, gdzie na dwa–trzy dni zaszywa się w kryjówce znanej przechodniowi zagadującemu policjanta na ulicy. Tenże jednakowoż odstąpił od przesłuchania narzucającego się świadka, gdyż zdradzał symptomy odurzenia narkotykami. Naturalnie, policjant wezwał go – jak to gdzie indziej naprawdę już się wydarzyło – do stawiennictwa w Komendzie celem złożenia zeznań natychmiast po nastąpieniu całkowitej detoksykacji. Sęk akurat w tym, że zabójca nauczycielki nie czekał na zakończenie odtruwania i ruszył do Europy w nieznaną. Na Malcie zatrzymali go antyterrorysty i tzw. poławiacze głów.

Powyższe może się kojarzyć z obracaniem tematu na różne, ale trzeba to czynić, bo „w realu” jest on ważny, a od dawna wywołuje wielkie, nieustające zamieszanie.

Wydaje się, że do tego niezłą pointę napisał owiany poetycznym urokiem humoru, sam Aleksander hr. Fredro z Beńkowej Wiszni. Profesor Juliusz Kleiner charakteryzował go jako tragicznego żołnierza kampanii Napoleona, jako człowieka obdarzonego naturą bujną i bogatą, przedsiębiorczego i bezgranicznie wytrwałego. W lutym 1834 r. na lwowskiej scenie po raz pierwszy odegrano Fredry Zemstę. I począwszy od tamtej premiery, Cześnik Raptusiewicz niestrudzenie zachwyca się umiejętnością Podstoliny przystosowywania zachowań do zmiennych sytuacji, gdyż

*Zna proporcję, mocium panie,
I nie każe fircykować,
Po kuligach balansować⁶⁰.*

Właśnie, znaj proporcje...

⁶⁰ J. Kleiner, Zarys dziejów literatury polskiej, tom drugi, Wrocław 1960, s. 104–110; A. Fredro, Zemsta, Akt I, scena z udziałem Cześnika i Dyndalskiego.

Some remarks on evidence and explanations of inebriated persons

Abstract

This paper challenges the select rulings of the Supreme Court and Appellate Courts, and opinions of criminal procedure scholars, involving particularly the interpretation and the application of Article 171, § 7 of the Code of Criminal Procedure. Shared for over 100 years by legal academics and commentators, the view that the principle of substantive truth is overarching and other principles are just ancillary to it, is taken as a starting point for the discussion. In this context, the interpretation of Article 171, § 7 and decision-making practice, which automatically reject as inadmissible evidence (explanations) of an inebriated witness (suspect) who brought themselves to the state of inebriation without knowledge and participation of an interrogator, are criticized on account of Article 171, § 5, item 2 of the Code of Criminal Procedure, which deems evidence (explanations) of an inebriated (intoxicated) person inadmissible only when an interrogator, acting intentionally and "in connection" with hearing, arranges for a witness to become drunk. Article 171, § 7 provides for an exception to the rule that truth is the most important thing, and, as such, has to be strictly interpreted. Included in this paper, the arguments are supported by authentic examples from judicial practice.

Bolesław Kurzępa

Karnoprawne aspekty ustawy o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom

Streszczenie

Przedmiotem artykułu są przestępstwa i wykroczenia określone w art. 9 i 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Penalizują one zachowania pracodawców polskich, którzy zatrudniają cudzoziemców (w tym także osoby małoletnie) przebywających w Polsce bez ważnych dokumentów uprawniających ich do pobytu w naszym kraju, bądź też posiadających wymagane dokumenty, ale powierzenie wykonywania pracy następuje w warunkach szczególnego wykorzystania. Innym występką stypizowanym w art. 10 ust. 2 ustawy i omówionym w artykule jest powierzenie wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu na terytorium Polski bez ważnego dokumentu, będącemu pokrzywdzonym przestępstwem z art. 189a § 1 k.k. Ponadto przedstawiono nowe środki karne, które uzyskały organy ścigania w związku z wprowadzeniem wymienionych wyżej przestępstw i wykroczeń do systemu karnego.

W dniu 15 czerwca 2012 r. Sejm uchwalił ustawę o skutkach powierzenia wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r., poz. 769). Konieczność wprowadzenia tego rodzaju regulacji do polskiego porządku prawnego wynikała z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidującej minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. UE z dnia 30 czerwca 2009 r., s. 24–32)¹. Celem ustawy było przeciwstawienie się lawinowo narastającym przypadkom zatrudniania przez pracodawców cudzoziemców nieposiadających zgody na pracę

¹ W myśl art. 17 ust. 1 wspomnianej dyrektywy transpozycja miała nastąpić do dnia 20 lipca 2011 r.

w Polsce, a także stratom ponoszonym z tego tytułu przez budżet państwa. Nie bez znaczenia był też fakt powodowania przez nielegalnie zatrudniane osoby obniżania poziomu płac i pogorszenia się warunków świadczenia pracy dla legalnie zatrudnionych, a także zakłócania konkurencji między przedsiębiorstwami. Z kolei zatrudnieni nielegalnie cudzoziemcy nie mieli praktycznie żadnej możliwości korzystania z ubezpieczenia społecznego i innych świadczeń opartych na wnoszonych składkach. Bezsporne było także i to, że byli oni narażeni na dodatkowe ryzyko, gdyż w razie zatrzymania np. przez Straż Graniczną lub Policję, groziło im wydalenie do państwa pochodzenia. Unia Europejska – przyjmując dyrektywę nr 2009/52 – miała przede wszystkim na uwadze ograniczenie skali zjawiska nielegalnej emigracji na jej teren przez zmniejszenie atrakcyjności zatrudnienia obywateli państw trzecich przebywających wbrew obowiązującym przepisom, a tym samym zmniejszenie zakresu tzw. szarej strefy w gospodarce. W sferze prawnokarnej dyrektywa unijne zmierzały do zagwarantowania, aby wszystkie państwa członkowskie wprowadziły zbliżone kary dla pracodawców zatrudniających nielegalnie obywateli państw trzecich, a potem wymierzone kary skutecznie egzekwowały. Przewidywały bowiem sankcje karne i administracyjne dla pracodawców naruszających zakaz zatrudniania obywateli państw trzecich nielegalnie przebywających na terytorium wszystkich państw Unii, w tym również odpowiedzialność osób prawnych, a w określonych przypadkach także odpowiedzialność finansową wykonawcy za naruszenie obowiązków pracodawcy przez podwykonawcę. Wspomniana dyrektywa nie miała i nie ma zastosowania do obywateli państw trzecich, którzy przebywają legalnie w państwie członkowskim Unii Europejskiej, niezależnie od tego, czy posiadają oni zezwolenie na pracę w tym państwie, jak też do pracowników delegowanych w ramach wspólnotowej swobody świadczenia usług.

Skala omawianego zjawiska stale rozszerza się, co wynika przede wszystkim z lawinowo narastającego od kilku lat zatrudniania przez polskich pracodawców pracowników z krajów Europy Wschodniej, a przede wszystkim z Ukrainy. Obecnie praca cudzoziemców w Polsce odbywa się głównie w oparciu o tzw. procedurę uproszczoną, umożliwiającą obywatelom sześciu państw (Ukraina, Białoruś, Rosja, Gruzja, Armenia, Mołdawia) podjęcie i wykonywanie pracy przez okres sześciu miesięcy w ciągu kolejnych dwunastu miesięcy. Zamiast zezwolenia, niezbędne jest posiadanie oświadczenia o zamiarze powierzenia pracy cudzoziemcowi zarejestrowanemu w powiatowym urzędzie pracy. Rzecz jasna obowiązują także zezwolenia na pracę. Przykładowo w roku 2016 zarejestrowano

1.314.127 tego rodzaju oświadczeń (wzrost w ciągu roku o 68%) i wydano 127.394 zezwoleń na pracę cudzoziemca (wzrost o 94%)².

Wspomniana wyżej dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/52, w art. 10 rekomendowała m.in. wprowadzenie do ustawodawstwa krajowego każdego z państw Unii Europejskiej sankcji karnych mających zapewnić przestrzeganie regulacji wynikających z jej zapisów. Przypomnieć należy, że podstawowym aktem prawnym regulującym status pobytowy cudzoziemców na terenie Rzeczypospolitej Polskiej jest ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2206 z późn. zm.)³. Zasady wykonywania pracy przez cudzoziemca oraz sankcje za nielegalne zatrudnianie określone zostały w ustawie z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1605). Polskie przepisy prawa pracy mają w takim samym zakresie zastosowanie do zatrudnienia cudzoziemców (a w szczególności do ich wynagrodzenia), jak i do obywateli polskich. Podstawowym warunkiem zatrudnienia w Polsce jest, aby obywatel państwa trzeciego przebywał na jej terenie legalnie.

W przedłożonym w dniu 28 grudnia 2011 r. rządowym projekcie ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (druk nr 120) brak było przepisów karnych. Proponowano umieścić je w Kodeksie karnym (w art. 115 § 24 i art. 264b i art. 264c) oraz w ustawie o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (zmodyfikowany art. 120 ust. 1a i 1b). Ostatecznie z pomysłu tego zrezygnowano i przepisy karne znalazły się w uchwalonej w dniu 15 czerwca 2012 r. ustawie.

Jak już wspomniano wcześniej, ustawa z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej zawiera dwa przepisy karne, w których określono łącznie pięć przestępstw (art. 9 i 10). Ponadto znajduje się tam również przepis określający wykroczenie (art. 11). Stanowią one *lex specialis* w stosunku do przepisów innych ustaw regulujących zasady wykonywania pracy przez cudzoziemców w Polsce oraz sankcje za nielegalne zatrudnienie. Okoliczność ta stwarza dość znaczne utrudnienie dla prawidłowego odczytania wszystkich

² Zob. pismo Ministerstwa Rodziny, Pracy i Polityki Społecznej nr VIII/16023/2017 z dnia 30 października 2017 r. Legalis. Dostęp 28 maja 2018 r.

³ Szerzej na temat statusu cudzoziemca: J. Jagielski, Aktualne problemy statusu prawnego cudzoziemców w Polsce, (w:) D. Pudziańska (red.), Status cudzoziemca w Polsce wobec współczesnych wyzwań międzynarodowych, Warszawa 2016, Lex/el. Dostęp 17 lipca 2018 r.

znamion czynów zabronionych, gdyż wymaga sięgania do wielu odrębnych aktów prawnych. Trzeba też mieć na uwadze, że zasadniczym celem ustawy jest m.in. dyscyplinowanie (także za pomocą sankcji karnych) podmiotów powierzających wykonywanie pracy cudzoziemcom przebywającym w naszym kraju bez ważnego dokumentu uprawniającego do legalnego w nim pobytu (art. 1 pkt 1 ustawy). Oznacza to, że przedmiotem ochrony wszystkich wymienionych w niej przestępstw i wykroczeń jest nie tylko polski oraz unijny rynek pracy, ale także prawa przysługujące cudzoziemcom świadczącym pracę w trakcie powierzenia jej wykonywania, jak też po ustaniu pracy.

Występek określony w art. 9 ust. 1 ustawy popełni ten, kto powierza, w tym samym czasie, wykonywanie pracy wielu cudzoziemcom przebywającym bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jest to przestępstwo formalne, gdyż do jego zaistnienia nie jest wymagane nastąpienie jakiegokolwiek skutku. Definicja pojęcia „cudzoziemiec” znajduje się w art. 1 ust. 2 ustawy i oznacza osobę niebędącą: obywatelem państwa członkowskiego Unii Europejskiej, obywatelem państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym⁴, obywatelem Konfederacji Szwajcarskiej, członkiem rodziny wymienionych cudzoziemców, który do nich dołącza lub z nimi przebywa⁵. Z mocy przepisu art. 2 tej samej ustawy, na podmiot powierzający wykonywanie pracy cudzoziemcowi nałożony został obowiązek żądania od cudzoziemca przedstawienia mu jeszcze przed rozpoczęciem pracy ważnego dokumentu uprawniającego go do pobytu na terytorium naszego państwa. Co więcej – przez okres wykonywania pracy cudzoziemiec musi przechowywać kopię takiego dokumentu i okazywać na żądanie uprawnionego organu (art. 3 ustawy). Użyte w art. 9 ustawy znamię czasownikowe „powierza” tłumaczyć należy jako zleca, przekazuje, poleca, porucza. Do zaistnienia omawianego przestępstwa dojdzie już w momencie zlecenia powierzenia wykonywania pracy, a nie dopiero w chwili jej wykonywania (realizowania). Inna, użyta w tym prze-

⁴ Członkami EFTA są – poza państwami należącymi do Unii Europejskiej – Islandia, Lichtenstein i Norwegia.

⁵ Szerzej pojęcie „cudzoziemiec” definiuje przepis art. 3 pkt. 2 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2206) oraz art. 2 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1065 z późn. zm.), określając nim każdego, kto nie posiada obywatelstwa polskiego.

pisie przesłanka – to „wielu cudzoziemców”⁶. Dokumentem uprawniającym cudzoziemca do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest wiza, karta pobytu, zgoda na pobyt tolerowany (wydawana na podstawie zezwolenia na pobyt stały oraz czasowy), zezwolenie na pobyt rezydenta długoterminowego Unii Europejskiej, decyzja o nadaniu statusu uchodźcy, decyzja o udzieleniu ochrony uzupełniającej, decyzja o wyrażeniu zgody na pobyt ze względów humanitarnych⁷. Przepis art. 9 ust. 1 ustawy nie wspomina o zatrudnieniu, lecz używa szerszego pojęcia „wykonywanie pracy”, nie wyjaśniając jego zakresu. Należy zatem sięgnąć do treści art. 2 ust. 1 pkt. 40 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1065 z późn. zm.), w którym mowa jest o tym, że „wykonywanie pracy przez cudzoziemca” oznacza zatrudnienie, wykonywanie innej pracy zarobkowej, pełnienie funkcji w zarządach osób prawnych, które uzyskały wpis do rejestru przedsiębiorców, na podstawie przepisów o Krajowym Rejestrze Sądowym lub są spółkami kapitałowymi w organizacji, albo prowadzenie spraw spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej przez komplementariusza, lub działanie w charakterze prokurenta. Tak szerokie brzmienie tego przepisu oznacza, że powierzenie może dotyczyć nie tylko wykonywania pracy na podstawie umowy o pracę (w rozumieniu Kodeksu pracy), ale także w oparciu o umowę cywilnoprawną. Dla bytu występku niezbędne jest – oprócz nieposiadania przez cudzoziemca ważnego dokumentu – równoczesne spełnienie dwóch warunków:

- powierzenie wykonywania pracy nie jednej ale wielu osobom,
- powierzenie musi nastąpić w tym samym czasie⁸.

Brak jednego z wymienionych elementów nie skutkuje zaistnieniem przestępstwa z art. 9 ust. 1 ustawy.

Zachowanie polegające na powierzeniu wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wypełnia znamiona przestępstwa z art. 9 ust. 2 ustawy. Ponieważ ustawa nie wyjaśnia, kogo należy uznać za małoletniego, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 10 Kodeksu cywilnego, w którym przyjęto, że jest

⁶ B. Kurzępa, *Kompetencje Straży Granicznej w zakresie ścigania przestępstw dotyczących cudzoziemców związanych z ich zatrudnieniem na terenie Rzeczypospolitej Polskiej*, (w:) M. Gitling, I. Wojaszek (red.), *Człowiek – Społeczeństwo – Bezpieczeństwo. Wybrane aspekty*, Przemysł 2018, s. 33.

⁷ Szczegółowe regulacje w tym zakresie zawiera art. 87 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1065 z późn. zm.).

⁸ Tamże.

nim osoba, która nie ukończyła 18 lat. Trzeba jednak mieć też na uwadze treść art. 190 Kodeksu pracy stanowiącego, że młodocianym jest osoba, która ukończyła 15 lat, a nie przekroczyła 18 lat, przy czym zabronione jest – co do zasady – zatrudnianie osoby, która nie ukończyła 15 lat. Wolno jest zatrudniać tylko tych młodocianych, którzy ukończyli co najmniej ośmioletnią szkołę podstawową oraz przedstawili świadectwo lekarskie stwierdzające, że praca danego rodzaju nie zagraża ich zdrowiu. Osobę młodocianą nieposiadającą kwalifikacji zawodowych można zatrudnić, ale tylko w celu przygotowania zawodowego (art. 190 § 1 i 2 k.p.)⁹. W pewnych okolicznościach możliwe jest jednak zatrudnienie osoby, która nie ukończyła szkoły podstawowej albo wprawdzie ukończyła ją, ale nie przekroczyła 15 roku życia. Szczegółowe regulacje w tym zakresie znajdują się w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 5 grudnia 2002 r. w sprawie przypadków, w których wyjątkowo jest dopuszczalne zatrudnianie młodocianych, którzy nie ukończyli gimnazjum, osób niemających 16 lat, które ukończyły gimnazjum, oraz osób niemających 16 lat, które nie ukończyły gimnazjum (Dz. U. z 2005 r., Nr 214, poz. 1808)¹⁰. W praktyce osób nieposiadających wiedzy prawniczej często dochodzi do zamiennego używania terminów młodociany i małoletni, a więc powyższe uwagi pozwolą na uniknięcie błędu przy interpretacji znamion występku z art. 9 ust. 2 ustawy. Dla jego bytu najważniejsze jest, aby cudzoziemiec, któremu sprawca powierza wykonywanie pracy nie miał w chwili czynu ukończonych 18 lat. Jest to przestępstwo formalne, które można popełnić przez działanie.

Kolejne przestępstwo określone w omawianej ustawie będzie polegało na uporczywym powierzaniu wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego go do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 9 ust. 3 ustawy). Warunkiem odpowiedzialności jest jednak, aby powierzanie wykonywania pracy cudzoziemcowi było związane z prowadzoną przez sprawcę działalnością

⁹ Obecne brzmienie art. 190 § 1 i 2 k.p. obowiązuje od dnia 1 września 2017 r. i wynika z art. 3 pkt. 1 lit. a) ustawy z dnia 14 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo oświatowe (Dz. U. z 2017 r., poz. 60).

¹⁰ Powołane wyżej rozporządzenie wydane zostało w wykonaniu delegacji zawartej w art. 190 § 5 pkt 1, 3 i 4 k.p. i jest ono rozbieżne z granicą wieku młodocianych, którzy mogą podjąć zatrudnienie według nowego brzmienia art. 191 § 5 pkt 1, 3 i 4 k.p. (tj. obowiązującego od dnia 1 września 2017r.). Jednak na mocy art. 2 pkt. 2 ustawy z dnia 19 marca 2009 r. o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 56, poz. 458 z późn. zm.) przepisy art. 191 § 3 i 4 k.p. ulegają zmianie od 1 września 2018 r., wprowadzając zmianę wieku osób mogących podjąć zatrudnienie z 16 lat, na 15 lat (poniżej).

gospodarczą. Jest to zatem występki indywidualny, który może popełnić wyłącznie osoba prowadząca działalność gospodarczą¹¹. Drugim warunkiem zaistnienia omawianego przestępstwa jest wystąpienie w zachowaniu sprawcy przymiotnika „uporczywie”. Znamię to należy rozumieć jako działanie długotrwałe, powtarzalne, nacechowane złą wolą i nieustępliwością¹². W orzecznictwie sądowym podkreśla się, że znamię „uporczywość” wymaga, aby wystąpiła wielokrotność zaniechań na przestrzeni pewnego, określonego czasu¹³. Ma ono także charakter wybitnie oceny, a nie wyłącznie obiektywny, lecz jest znamięm obiektywno-subiektywnym. Jest to pojęcie ambiwalentne, ponieważ określa zarówno postępowanie sprawcy, jak i jego nastawienie psychiczne. Elementem obiektywnym pojęcia uporczywości jest pewien czas trwania przestępstwa, zaś elementem subiektywnym szczególnie nastawienie psychiczne wyrażające się w nieustępliwości¹⁴. Z tych względów możliwość popełnienia przestępstwa z art. 9 ust. 3 ustawy jest ograniczona do umyślności w postaci zamiaru bezpośredniego. Natomiast występki z art. 9 ust. 1 i 2 ustawy można popełnić w obu rodzajach zamiaru. We wszystkich trzech omawianych przypadkach sprawcom przestępstw grozi alternatywnie określona kara: grzywna albo kara ograniczenia wolności.

Art. 10 ustawy określa kolejne dwa przestępstwa. Pierwsze z nich popełni ten, kto powierza wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w warunkach szczególnego wykorzystania (art. 10 ust. 1 ustawy). Przedmiotem ochrony tego przepisu jest ochrona porządku w sferze zatrudnienia cudzoziemców, a ponadto prawa przysługujące im w sferze pracy. Podobnie jak w przypadku występków określonych w art. 9 ustawy, tak i tutaj, aby można było mówić o legalnym powierzeniu cudzoziemcowi wykonywania pracy, musi on posiadać ważną wizę lub inny dokument uprawniający do pobytu na terytorium Polski (np. zezwolenie na pobyt czasowy, które potwierdza karta pobytu). W przypadku wizen, nie może to być wiza wykluczająca wykonywanie pracy (np. wiza turystyczna). Powierzając wykonywanie pracy cudzoziemcowi, pracodawca jest obowiązany uzyskać dla niego zezwolenie na

¹¹ W art. 3 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2018 r., poz. 646) zdefiniowano „działalność gospodarczą” jako zorganizowaną działalność zarobkową, wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły.

¹² B. Kurzepa, *Kompetencje Straży Granicznej...*, s. 34.

¹³ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. V KKN 504/00, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 57.

¹⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 grudnia 1979 r., sygn. V KRN 297/79, OSNPG 1980, nr 6, poz. 79.

pracę, które wydaje właściwy wojewoda, chyba że w przypadku konkretnego cudzoziemca takie zezwolenie nie jest wymagane albo cudzoziemiec posiada tzw. jednolite zezwolenie na pobyt czasowy i pracę. Trzeba też pamiętać, że wykonywanie pracy przez cudzoziemca nie może odbywać się na innych warunkach, bądź na innym stanowisku niż określone w zezwoleniu na pracę, z wyjątkiem powierzenia pracy o innym charakterze lub na innym stanowisku niż określone w zezwoleniu na okresy łącznie nieprzekraczające trzydziestu dni w roku kalendarzowym, pod warunkiem powiadomienia o tym, w formie pisemnej i w terminie siedmiu dni, wojewody, który wydał wspomniane zezwolenie¹⁵. Brak dokumentu uprawniającego cudzoziemca do pobytu w Polsce jest jednym z warunków *sine qua non* odpowiedzialności za występki z art. 10 ust. 1 ustawy. Drugim jest powierzenie cudzoziemcowi wykonywania pracy w „warunkach szczególnego wykorzystania”. Wyjaśnienie tego zwrotu znajduje się w art. 10 ust. 3 ustawy. Oznacza on warunki pracy osoby lub osób, którym powierzono wykonywanie pracy z naruszeniem prawa, uchybiające godności człowieka i rażąco odmienne, w szczególności ze względu na płeć, w porównaniu z warunkami pracy osób, którym powierzono wykonywanie pracy zgodnie z prawem, wpływające zwłaszcza na zdrowie lub bezpieczeństwo osób wykonujących pracę¹⁶. Mówiąc o czymś „rażącym” mamy na myśli coś wyraźnego, bardzo dużego, rzucającego się w oczy, czy też o ujemnych cechach. Konstrukcja przywołanej definicji ustawowej sugeruje, że wymienione w nim przesłanki muszą wystąpić łącznie, tzn. warunki pracy powierzonej do wykonywania muszą: naruszać prawo (np. praca bez jakiegokolwiek umowy albo wbrew warunkom ustalonym w umowie), uchybiać godności człowieka, być rażąco odmienne w porównaniu z warunkami pracy osób zatrudnionych zgodnie z prawem. Ponadto muszą one wpływać negatywnie zwłaszcza na zdrowie lub bezpieczeństwo osoby (osób) zatrudnionej w tego rodzaju warunkach. Przepis mówi o warunkach szczególnego wykorzystania ze względu na płeć, ale używa określenia „w szczególności” co oznacza, że mogą to być także inne okoliczności np. wiek, religia, rasa, narodowość, orientacja seksual-

¹⁵ L. Mazowiecka, Sytuacja prawna cudzoziemców – ofiar pracy przymusowej, (w:) L. Mazowiecka (red.), Ofiary handlu ludźmi. Lex/el. Dostęp 14 lipca 2018 r.

¹⁶ Art. 2 lit. i) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/52/WE tytułuje ten zwrot jako „warunki szczególnego wyzysku” stwierdzając, iż oznaczają one warunki pracy, w tym warunki wynikające z dyskryminacji ze względu na płeć lub innego rodzaju dyskryminacji, w których występuje uderzająca dysproporcja w porównaniu z warunkami zatrudnienia pracowników zatrudnionych legalnie, co wpływa na przykład na zdrowie i bezpieczeństwo pracowników i uchybia godności ludzkiej.

na, niepełnosprawność, przekonania polityczne, pochodzenie etniczne¹⁷. W definicji „warunków szczególnego wykorzystania” dużo jest elementów ocennych, co nie sprzyja obiektywnemu stwierdzeniu, że w danym przypadku, w odniesieniu do konkretnego cudzoziemca, rzeczywiście mamy do czynienia z taką sytuacją. W takim wypadku weryfikacji dokonywać powinien inspektor Państwowej Inspekcji Pracy nie tylko na podstawie odczuć skarżących się pracowników, ale także osób, którym powierzono wykonywanie pracy zgodnie z obowiązującym prawem¹⁸.

Przestępstwa z art. 10 ust. 2 ustawy dopuści się ten, kto powierzy wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, będącemu pokrzywdzonym przestępstwem określonym w art. 189a § 1 k.k. Ten ostatni przepis penalizuje zachowanie polegające na handlu ludźmi. Jest to zbrodnia w rozumieniu prawa karnego, zagrożona karą pozbawienia wolności w rozmiarze od trzech do piętnastu lat. Definicja pojęcia „handlu ludźmi” znajduje się w art. 115 § 22 k.k. i oznacza werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem: przemocy lub groźby bezprawnej, uprowadzenia, podstępu, wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności, udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą – w celu jej wykorzystania, nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy małoletniego, to stanowi ono handel ludźmi nawet, gdy nie zostały użyte metody lub środki wyżej wymienione. Na pewno praca w podanych wyżej warunkach stanowi także dyskryminację w rozumieniu art. 11³ i art. 18³ Kodeksu pracy, która jak wiadomo na gruncie prawa pracy jest zakazana. Na tle brzmienia art. 10 ust. 2 ustawy rodzi się jeszcze inne istotne pytanie, a mianowicie: czy ofiara handlu ludźmi, która z reguły przebywa nielegal-

¹⁷ O obowiązku równego traktowania w zatrudnieniu stanowią także przepisy rozdziału IIa Kodeksu pracy.

¹⁸ Kompetencje inspektorów Państwowej Inspekcji Pracy w tym zakresie wynikają z przepisu art. 10 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 623).

nie w naszym kraju, zostanie również – obok osoby powierzającej jej wykonanie pracy – ukarana za podjęcie bez zezwolenia pracy oraz nielegalny pobyt w Polsce i deportowana do kraju macierzystego ze wszystkimi konsekwencjami karnymi i administracyjnymi. Z reguły bowiem ofiary handlu ludźmi w różnej formie zmuszane są do podjęcia pracy niezgodnie z obowiązującymi przepisami i nie mają żadnych możliwości, aby się temu przeciwstawić¹⁹.

Do zaistnienia przestępstwa z art. 10 ust. 2 ustawy muszą zatem być spełnione łącznie dwie przesłanki: cudzoziemiec musi przebywać w Polsce bez ważnego dokumentu i jest on pokrzywdzonym przestępstwem handlu ludźmi. Sprawcą występku może być tylko osoba powierzająca takiemu cudzoziemcowi pracę (przestępstwo indywidualne). Można go popełnić w obu postaciach umyślności. Jest to przestępstwo bezskutkowe (formalne), gdyż do jego zaistnienia nie jest niezbędne wystąpienie jakiegokolwiek szkody.

Oprócz kary zasadniczej, wobec sprawcy występku z art. 9 lub 10 ust. 1 i 2 ustawy – na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy – może zostać orzeczony środek karny w postaci:

- zakazu dostępu do środków, o których mowa jest w art. 5 ust. 3 pkt 1 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 277 z późn. zm.),
- obowiązku zwrotu na rzecz Skarbu Państwa kwoty stanowiącej równowartość środków publicznych wymienionych w pkt. 1, otrzymanych w okresie dwunastu miesięcy poprzedzających wydanie wyroku.

W art. 5 ust. 3 pkt 3 i 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych mowa jest o środkach pochodzących z funduszy strukturalnych, Funduszu Spójności Europejskiego Funduszu Rybackiego oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego, a także o środkach na realizację wspólnej polityki rolnej. Przepis art. 12 ust. 4 zd. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej obliguje sąd do niezwłocznego przesłania organowi egzekucyjnemu odpisu lub wyciągu wyroku nakładającego na skazanego obowiązek zwrotu kwoty środka publicznego. Orzeczenie obu środków jest fakultatywne („sąd może”) i następuje na okres od jednego roku do pięciu lat (orzeka się go w latach). Ponadto sąd w wyroku musi wskazać konkretnie środki objęte zakazem lub obowiązkiem (art. 12 ust. 2 i 3

¹⁹ L. Mazowiecka, Sytuacja prawna cudzoziemców – ofiar pracy przymusowej, (w:) L. Mazowiecka (red.), Ofiary handlu ludźmi, Warszawa 2014, Lex/el. Dostęp 18 lipca 2018 r.

ustawy). W ustawie określono również tryb egzekucji orzeczonego środka karnego. Jest ona prowadzona przez naczelnika urzędu skarbowego właściwego ze względu na siedzibę sądu pierwszej instancji w trybie przepisów ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 1314)²⁰.

W art. 11 ust. 1 ustawy zawarty jest przepis określający wykroczenie polegające na uporczywym powierzaniu wykonywania pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w przypadku gdy praca ta nie ma związku z prowadzoną przez powierzającego wykonywanie pracy działalnością gospodarczą. Za popełnienie wykroczenia grozi kara grzywny w rozmiarze od 20 złotych do 10 000 złotych. Ponadto w art. 11 ust. 2 ustawy wprowadzono odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo do czynu (wykroczenia) opisanego w ust. 1 art. 11 ustawy²¹. Także i w tym przypadku przepis art. 11 ustawy stanowi wykonanie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. zawartej w jej art. 9 i 10.

Wykroczenie z art. 11 ust. 1 ustawy ma charakter formalny. Może je popełnić jedynie osoba prowadząca działalność gospodarczą (wykroczenie indywidualne). Jest ono podobne do przestępstwa z art. 9 ust. 3 ustawy, a różnica polega na uporczywym powierzeniu nielegalnie przebywającemu w Polsce cudzoziemcowi pracy niemającej związku z prowadzoną przez przedsiębiorcę działalnością gospodarczą (tzn. taką, jaką zarejestrował w Ewidencji Działalności Gospodarczej lub Krajowym Rejestrze Sądowym). Zauważyć należy, że w art. 120 ust 2 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1065), jako wykroczenie określone zostało zachowanie cudzoziemca, który nielegalnie wykonuje pracę na terenie naszego kraju. Grozi mu za to kara grzywny nie mniejsza niż 1000 złotych. Bez znaczenia jest, czy cudzoziemiec ten przebywa w Polsce legalnie czy też nielegalnie. Natomiast osoba powierzająca cudzoziemcowi nielegalne wykonywanie pracy (bez wymaganego pozwolenia) narusza przepis art. 120 ust. 1 powołanej ustawy (wykroczenie) i może być ukarana karą grzywny w rozmiarze od 1000 złotych do 30 000 złotych. Bez znaczenia jest, czy jest to przedsiębiorca, czy też osoba niemająca

²⁰ B. Kurzępa, *Kompetencje Straży Granicznej...*, s. 37.

²¹ Zgodnie z art. 14 § 1 i 3 k.w. odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo zachodzi wtedy, gdy ustawa tak stanowi i tylko w razie dokonania przez sprawcę czynu zabronionego, a karę za podżeganie lub pomocnictwo wymierza się w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego wykroczenia.

takiego statusu. W przypadku przedsiębiorcy, możliwy jest zbieg wykroczenia z art. 120 ust. 1 wspomnianej ustawy z wykroczeniem z art. 11 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W takiej sytuacji stosuje się regułę zawartą w art. 9 § 1 k.w., w myśl której jeżeli czyn wyczerpuje znamiona wykroczeń określonych w dwóch lub więcej przepisach ustawy, stosuje się przepis przewidujący najsurowszą karę, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu środków karnych na podstawie naruszonych ustaw. W takim przypadku surowszą karę przewiduje art. 120 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy i on będzie stanowił podstawę wymierzenia kary.

Wykroczenie z art. 11 ustawy zawiera znamię uporczywości, które określa stronę podmiotową ograniczając ją do umyślności wyłącznie w postaci zamiaru bezpośredniego²².

Jak wynika z treści art. 14 ustawy, oskarżycielem publicznym w sprawach o wykroczenia z art. 11 ustawy może być organ Straży Granicznej lub inspektor Państwowej Inspekcji Pracy.

W art. 13 ustawy znajdują się przepisy umożliwiające zwolnienie z odpowiedzialności osób, których zachowanie wypełniło znamiona określone jako przestępstwo z art. 9 lub 10 ustawy albo wykroczenie z jej art. 11. Warunkiem jest jednak, aby osoba powierzająca wykonywanie pracy cudzoziemcowi przebywającemu bez ważnego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium Polski, spełniła łącznie dwa warunki:

- wypełniła obowiązki, o których mowa jest w art. 2 i 3 ustawy, chyba że wiedziała, iż przedstawiony dokument uprawniający do pobytu w naszym kraju jest sfałszowany,
- zgłosiła cudzoziemca, któremu powierzyła wykonywanie pracy, do ubezpieczeń społecznych, o ile obowiązek taki wynika z obowiązujących przepisów.

Art. 2 ustawy nakazuje osobie powierzającej wykonywanie pracy cudzoziemcowi zażądanie od niego przedstawienia – jeszcze przed rozpoczęciem pracy – ważnego dokumentu uprawniającego go do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Natomiast art. 3 ustawy zobowiązuje osobę zatrudniającą cudzoziemca do przechowywania przez cały okres wykonywania pracy przez cudzoziemca kopii dokumentu uprawnia-

²²Z. Siwik, (w:) J. Bojarski, M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, E. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L. K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R. A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, Kodeks karny. Komentarz, M. Filar (red.), Warszawa 2012, s. 1080.

jącego go do pobytu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Spełnienie tylko jednej z wymienionych w art. 13 pkt 1 i 2 ustawy przesłanki nie stanowi podstawy do zwolnienia sprawcy od odpowiedzialności za przestępstwo lub wykroczenie określone w omawianej ustawie. W związku z tym pewną niejasność może budzić brzmienie art. 13 ustawy, albowiem z treści art. 2 ustawy wynika, że żądanie okazania przez cudzoziemca ważnego dokumentu uprawniającego go do pobytu w Polsce powinno nastąpić jeszcze przed rozpoczęciem pracy. Z kolei art. 13 pkt 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1778 z późn. zm.) stanowi, iż obowiązkowemu ubezpieczeniu emerytalnemu, rentowemu, chorobowemu i wypadkowemu podlegają pracownicy od dnia nawiązania stosunku pracy do dnia ustania tego stosunku. A skoro tak, to w momencie powierzenia wykonywania pracy cudzoziemiec też musi być już zgłoszony do wspomnianego ubezpieczenia. Wobec tego skoro przebywa on legalnie w Polsce i jest ubezpieczony w chwili rozpoczęcia zatrudnienia, to wobec osoby powierzającej cudzoziemcowi pracę brak jest podstaw nie tylko do zastosowania dobrodziejstwa art. 13 ustawy, ale także postawienia jej zarzutu z art. 9, 10 czy też 11 ustawy. W świetle tych ustaleń zasadne jest zatem stwierdzenie, że art. 13 ustawy będzie miał zastosowanie jedynie w odniesieniu do powierzającego pracę cudzoziemcowi, który w momencie przeprowadzonej kontroli przez uprawnione organy naruszył art. 2 i art. 3 ustawy, bądź nie zgłosił cudzoziemca do ubezpieczeń społecznych, a po tym fakcie – ale jeszcze przed wydaniem prawomocnego rozstrzygnięcia (aktu oskarżenia, wniosku o ukaranie, wyroku) – spełnił łącznie oba warunki zawarte w art. 13 pkt 1 i 2 ustawy. W razie spełnienia obu wymienionych w pkt. 1 i 2 przesłanek (łącznie), prowadzący postępowanie organ procesowy jest obowiązany je umorzyć w oparciu o przepis art. 17 § 1 pkt 4 k.p.k. Organem tym może być Straż Graniczna, prokurator, sąd, a w przypadku wykroczenia z art. 11 ustawy – również inspektor Państwowej Inspekcji Pracy. Warto jeszcze nadmienić, że także w art. 120a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy przewidziano identyczne wyłączenie ukarania sprawcy wykroczenia z art. 120 ust. 1 tej ustawy, tzn., który powierzył wykonywanie pracy cudzoziemcowi nieposiadającemu wizy lub innego dokumentu uprawniającego do pobytu na terytorium naszego kraju. Warunkiem jest spełnienie przez niego wymogów identycznych jak te zawarte w art. 13 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r.²³

²³ Przepis art. 120a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy wprowadzony został przez art. 22 pkt 3 ustawy z dnia 15 czerwca

W celu wykonania postanowień ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w jej treści znalazły się również zapisy o rozszerzeniu kompetencji Straży Granicznej, gdyż to na jej barkach spoczywa główny ciężar ujawniania przypadków przestępstw i wykroczeń skierowanych przeciwko cudzoziemcom bądź przez nich popełnianych. Nowe instrumenty procesowe określone zostały zarówno w Kodeksie postępowania karnego, jak i w ustawie z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 2365)²⁴. Funkcjonariusze tej formacji mogą korzystać z informacji o osobie, w tym danych osobowych uzyskanych przez uprawnione organy, służby i instytucje państwowe w wyniku wykonywania czynności operacyjno-rozpoznawczych lub prowadzenia kontroli operacyjnej oraz przetwarzać je w rozumieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz. U. z 2016 r., poz. 922), bez wiedzy i zgody osoby, której dane dotyczą. Z kolei administrator tych danych jest obowiązany je udostępnić na podstawie imiennego upoważnienia Komendanta Głównego Straży Granicznej, Komendanta Biura Spraw Wewnętrznych Straży Granicznej, komendanta oddziału Straży Granicznej lub upoważnionego funkcjonariusza, okazanego przez funkcjonariusza wraz z legitymacją służbową. Fakt udostępnienia danych podlega ochronie na podstawie ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1167 z późn. zm.), co wynika z treści art. 9 ust. 1a–1d ustawy o Straży Granicznej. Straż Graniczna może również, w zakresie koniecznym do wykonywania jej ustawowych zadań, korzystać z informacji kryminalnej zgromadzonej w Krajowym Centrum Informacji Kryminalnych (art. 9 ust. 1e ustawy o Straży Granicznej). W celu zapewnienia skuteczności przeprowadzania kontroli legalności wykonywania pracy przez cudzoziemców oraz powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom, funkcjonariusze tej formacji mogą korzystać, na zasadach określonych w ustawie z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r., poz. 1778), z danych zgromadzonych w Zakładzie Ubezpie-

2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i obowiązuje od dnia 21 lipca 2012 r.

²⁴ Rozszerzenie uprawnień Straży Granicznej na potrzeby wykrywania przestępstw i wykroczeń określonych w art. 9–11 omawianej ustawy nastąpiło na podstawie art. 15 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2012 r., poz. 769).

czeń Społecznych na koncie ubezpieczonego oraz koncie płatnika składek, dotyczących cudzoziemców zgłoszonych do ubezpieczeń społecznych oraz płatników powierzających wykonywanie pracy cudzoziemcom (art. 9 ust. 1f ustawy o Straży Granicznej). Na podstawie art. 9e ust. 1 pkt 5 i 6b ustawy o Straży Granicznej jej funkcjonariusze posiadają kompetencje do prowadzenia kontroli operacyjnej w sprawach o przestępstwa określone m.in. w art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jednak czynności kontroli operacyjnej mogą zostać użyte w sytuacji, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo będą nieprzydatne. Natomiast w odniesieniu do występków z art. 10 ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, dopuszczalne jest dokonywanie przez funkcjonariuszy Straży Granicznej zakupu kontrolowanego oraz przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej (art. 9f ust. 1 pkt 2a ustawy o Straży Granicznej). Rzecz jasna tych uprawnień jest więcej, ale ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na ich szersze omówienie.

Uprawnienie do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w zakresie przestępstw z art. 9 i 10 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przysługuje, obok Policji, jedynie organom Straży Granicznej²⁵. Rzecz jasna reguły tej nie stosuje się, jeżeli akt oskarżenia wnosi i popiera prokurator, gdyż to tylko on wykonuje wówczas funkcje oskarżyciela publicznego.

W przypadku wykroczeń z art. 11 ustawy, to zgodnie z treścią jej art. 14 oskarżycielem publicznym w tego rodzaju sprawach jest organ Straży Granicznej dokonujący kontroli²⁶ lub inspektor pracy²⁷.

²⁵ Wynika to z § 2 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 września 2015 r. w sprawie organów uprawnionych do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach, w których prowadzono dochodzenie, jak również zakresu spraw zleconych tym organom (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 522).

²⁶ Organ Straży Granicznej może na sprawcę wykroczenia z art. 11 ustawy nałożyć grzywnę w drodze mandatu karnego. Uprawnienie to wynika z treści § 2 pkt. 15 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych z dnia 18 kwietnia 2014 r. w sprawie wykroczeń, za które funkcjonariusze Straży Granicznej są uprawnieni do nakładania grzywny w drodze mandatu karnego (Dz. U. z 2014 r., poz. 539 z późn. zm.).

²⁷ W myśl art. 95 § 3 w zw. z art. 17 § 2 k.p.w. inspektor pracy może również nałożyć grzywnę w drodze mandatu karnego za wykroczenie określone w art. 11 ustawy.

Jak już wspomniano na wstępie, przepisy karne zawarte w art. 9–11 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stanowią transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidującą minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających przebywających nielegalnie obywateli krajów trzecich (Dz. Urz. UE. L Nr 168, str. 24). Wywołują one wiele wątpliwości co do ich zgodności z polskim porządkiem prawnym, począwszy od intytulacji ustawy, poprzez wyodrębnienie powołanej materii w odrębnym od ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i organizacji rynku pracy akcie normatywnym, a w szczególności relacji jej art. 120 do przepisów karnych z art. 9–13 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r.²⁸ Dożo racji ma O. Włodkowski kiedy twierdzi, że wspomniana transpozycja przepisów karnych zawartych w art. 9 i 10 dyrektywy 2009/52/WE nastąpiła – z punktu widzenia polskiego porządku prawnego – w sposób nieprawidłowy²⁹. Bez wątplenia art. 120 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i organizacji rynku pracy zawiera znamiona przepisów art. 9, art. 10 ust. 1 i 2 i art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 5 czerwca 2012 r., a stypizowane tam zachowania były już karalne przed dniem 21 lipca 2012 r., tj. przed wejściem w życie ustawy o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Faktycznie zatem wprowadzenie wyżej wymienionych przepisów karnych nie rozszerzyło obszaru penalizacji polskiego prawa karnego. Należy zgodzić się zatem z O. Włodkowskim, iż „wadliwa transpozycja przepisu art. 9–10 dyrektywy 2009/52/WE doprowadziła do wprowadzenia kazuistycznych typów czynów zabronionych, przy jednoczesnym obowiązywaniu syntetycznego przepisu art. 120 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia i organizacji rynku pracy (...). Jedynym argumentem przemawiającym za koniecznością wyodrębnienia typu czynu zabronionego, którego znamieniem normatywnym są „wielość cudzoziemców”, „osoba małoletniego” czy „uporczywość powierzania pracy związanej z prowadzoną działalnością gospodarczą”, „warunki szczególnego wykorzystania” czy powierzanie pracy cudzoziemcowi będącemu pokrzywdzonym przestępstwem handlu ludźmi, jest konieczność zaliczenia tych czynów zabronionych do kategorii przestępstwa (zob. art.

²⁸ Szeroko na ten temat pisze O. Włodkowski, Wątpliwości w sprawie zgodności przepisów karnych transponujących art. 9–10 dyrektywy 2009/52/WE z prawem krajowym, Europejski Przegląd Sądowy 2013, nr 8, s. 15–23.

²⁹ Tamże, s. 22–23.

9 i art. 10 dyrektywy 2009/52/WE)³⁰. Jednak i w tym zakresie problematyka ta powinna zostać zawarta w ustawie o promocji zatrudnienia. Innym zagadnieniem jest niespójność zarówno pomiędzy przepisami karnymi art. 9 i art. 11 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. jak też i pomiędzy nimi a przepisem karnym art. 120 ust. 1 ustawy o promocji zatrudnienia w zakresie dotyczącym ustawowego zagrożenia karą. Wszystkie zauważone uchybienia legislacyjne w omawianej ustawie prowadzą do wniosku *de lege ferenda*, aby zmienić lokalizację materii zawartej w ustawie o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Jak się wydaje bardziej odpowiednim aktem normatywnym byłaby ustawa o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy. Właściwa byłaby też redukcja typów kazuistycznych z art. 9 i 10 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. poprzez ich uchylenie. Zastanović należy się również nad koniecznością dalszego utrzymywania przepisu karnego art. 11 ust. 1 ustawy jako wykroczenia, a nie jako występku. Zabieg taki powinien zostać poprzedzony zmianą kategorii typu czynu zabronionego z art. 120 ust. 1 o promocji zatrudnienia z wykroczenia na przestępstwo.

Niezależnie od powyższych uwag *de lege ferenda*, przepisy karne zawarte w ustawie o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej są niewątpliwie potrzebne jako istotny instrument zwalczania szarej strefy w zatrudnieniu.

Criminal-law aspects of the Act on effects of delegating work to foreigners

Abstract

This paper addresses offences, including petty ones, described in Articles 9 and 10 of the Act of 15 June 2012 on effects of delegating work to foreigners unlawfully residing on the territory of the Republic of Poland. The Articles penalize behaviours of Polish employers who employ foreigners (including minors) who reside in Poland without valid documents authorising them to stay in Poland, or foreigners who do have the required documents but are employed under particularly exploitative work-

³⁰ Tamże, s. 23.

ing conditions. Another petty offence defined in Article 10, clause 2 of the Act and discussed in this paper is employing foreigners who reside on the territory of the Republic of Poland without valid documents and are victims of the crime under Article 189a, § 1 of the Penal Code. Moreover, new punitive measures, which might be used by enforcement authorities following the inclusion of the aforesaid (petty) offences into the criminal justice system, are presented.

GLOSY

Małgorzata Gałązka

Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2017 r., sygn. III KK 137/17

Streszczenie

Przedmiotem glosy jest wykładnia czynności sprawczych przestępstwa paserstwa. W glosowanym wyroku SN uznał, że ukrycie przedmiotu wykonawczego paserstwa jest postacią znamienia czasownikowego „przyjmuje”. Stanowisko to zostało ocenione krytycznie w oparciu o językową i systemową wykładnię art. 291 § 1 k.k. Możliwe jest bowiem ukrycie rzeczy, które nie realizuje czynności sprawczej polegającej na jej przyjęciu. Za niedopuszczalne uznać należy zarazem wywodzenie podstaw dla odpowiedzialności karnej za ukrycie przedmiotu wykonawczego paserstwa z czynności sprawczej określonej jako pomoc do jego ukrycia.

Przyjęcie rzeczy pochodzącej z kradzieży (art. 291 § 1 k.k.) to objęcie jej przez sprawcę w posiadanie, jednak nie po to, by władać nią jak właściciel, ale w innym, uzgodnionym z osobą przekazującą, celu, także wówczas, gdy polega na ukryciu takiej rzeczy¹.

„Ukrycie” rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego należy uznać za jedną z postaci „przyjęcia” rzeczy, o jakim stanowi art. 291 § 1 k.k.²

¹ Biuletyn SN 2017, nr 11, s. 21.

² Teza wyodrębniona przez autorkę glosy z uzasadnienia glosowanego wyroku, dostępnego za pośrednictwem wyszukiwarki http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx, s. 11.

Na tle wieloodmianowej konstrukcji przestępstwa paserstwa trudno uniknąć problemów wykładniczych dotyczących granic między znamionami czasownikowymi oraz ustalenia zakresu kryminalizacji. Część z nich rozstrzygana jest w zasadzie jednolicie³, ale są też zagadnienia nasuwające więcej pytań. Należy do nich kwestia, czy w czynnościach sprawczych paserstwa, obejmujących nabycie rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego, jej przyjęcie, pomoc do zbycia i pomoc do ukrycia, mieści się zbycie lub ukrycie przedmiotu wykonawczego. W ciągu ostatnich kilku lat była ona przedmiotem publikowanych orzeczeń SN⁴, który opowiedział się przeciwko utożsamianiu pomocy do zbycia rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego z jej niekryminalizowanym zbyciem⁵ oraz pomocy do ukrycia przedmiotu wykonawczego paserstwa z jego ukryciem, również nienależącym do czynności sprawczych tego przestępstwa⁶, a także za oczywiste uznał, że czynność wykonawcza polegająca na przyjęciu rzeczy może mieć jakikolwiek cel, także jej ukrycie⁷. Na tym tle wyrok SN z dnia 28 czerwca 2017 r. zasługuje na uwagę, ponieważ wydaje się odchodzić od dotychczasowej linii orzeczniczej w kierunku trudnym do zaakceptowania.

W sprawie objętej glosowanym wyrokiem sąd pierwszej instancji przypisał oskarżonemu czyn polegający na tym, że „w pomieszczeniach gospodarczych i garażowych, ukrywał pojazdy i motocykle, pochodzące z czynu zabronionego, kradzieży na terenie Niemiec, a stanowiące miennie znacznej wartości” i zakwalifikowany z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art.

³ Dotyczy to np. rozróżnienia czynności sprawczych polegających na nabyciu i przyjęciu przedmiotu wykonawczego paserstwa, zob. W. Gutekunst, (w:) O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, Prawo karne. Część szczególna, Wrocław – Warszawa 1980, s. 355; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Komentarz, t. III, Warszawa 2016, s. 437, 440; E. Pływaczewski, Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim, Toruń 1986, s. 78, 80; K. Indecki, Przestępstwo paserstwa w Kodeksie karnym z 1969 r. Analiza dogmatyczna, Łódź 1991, s. 63–65; M. Budyn-Kulik, Wybrane dogmatyczne i kryminologiczne aspekty paserstwa, Prawo w Działaniu 2013, t. 13, s. 34.

⁴ Zob. zwłaszcza wyrok SN z dnia 22 września 2011 r., sygn. III KK 48/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 8; wyrok SN z dnia 24 maja 2011 r., sygn. III KK 360/10, LEX nr 860619; wyrok SN z dnia 4 listopada 2016 r., sygn. II KK 246/16, LEX nr 2152390.

⁵ Zob. wyrok SN z dnia 22 września 2011 r., który we wskazanym zakresie spotkał się z aprobatą glosatorów, zob. W. Wołski, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2011 r., sygn. III KK 48/11, PS 2012, nr 7–8 s. 204; J. Satko, Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karne z dnia 22 września 2011 r., sygn. III KK 48/11, OSP 2012, nr 9, poz. 83, s. 568–569; tak samo wyrok SN z dnia 3 marca 2015 r., sygn. V KK 356/14, LEX nr 1729288.

⁶ Zob. wyrok SN z dnia 24 maja 2011 r., sygn. III KK 360/10, LEX nr 860619.

⁷ Zob. wyrok SN z dnia 4 listopada 2016 r., sygn. II KK 246/16, LEX nr 2152390.

294 § 1 k.k. (s. 2)⁸. Po rozpoznaniu apelacji na korzyść oskarżonego sąd odwoławczy uniewinnił go, uznając, że powyższy opis czynu nie zawierał kompletu znamion paserstwa, ponieważ „samo ukrywanie rzeczy uzyskanych za pomocą czynu zabronionego pozostaje bezkarne” (s. 6). Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się prokurator, zarzucając mu w kasacji naruszenie art. 291 § 1 k.k. i art. 443 k.p.k. Skarżący zakwestionował stanowisko, że posłużenie się czasownikiem „ukrył” nie odpowiada znamionom paserstwa, wskazując, że jego konsekwencją był błędny pogląd o niedopuszczalności uchylecia zaskarżonego wyroku ze względu na art. 443 k.p.k. Ze znamion „przyjął lub pomógł do ukrycia” wynika bowiem, że sprawcą paserstwa jest także osoba, która przyjmuje rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego i w ten sposób udziela pomocy w jej ukryciu, a podjęte przez nią działania, jako zmierzające do uniemożliwienia odnalezienia rzeczy przez osobę rzecz tę poszukującą, prowadzić mogą w konsekwencji również do ukrycia tej rzeczy przed osobą uprawnioną (s. 6). Sąd Najwyższy uznał kasację za zasadną, w wyniku czego uchylił wyrok sądu drugiej instancji, przekazując sprawę do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie SN brak w dyspozycji art. 291 § 1 k.k. czynności sprawczej określonej terminem „ukrywa” nie oznacza, że paserstwa nie można popełnić w ten właśnie sposób (s. 8). Uznając, że czynność polegająca na ukrywaniu rzeczy nie mieści się w zakresie znamion czasownikowych „nabywa”, „pomaga do zbycia”, „pomaga do ukrycia”, SN poddał wykładni czasownik „przyjmuje”. Zwrócił uwagę na to, że oznacza on objęcie rzeczy przez sprawcę w posiadanie, by władać nią nie jak właściciel, ale w innym celu, uzgodnionym z osobą przekazującą, przy czym nie jest konieczne fizyczne wydanie rzeczy, a wystarczy np. złożenie jej w pomieszczeniu będącym we władaniu pasera, o ile jest on tego świadomy (s. 8). Wywiódł stąd wniosek, że „przyjęcie”, o którym mowa w art. 291 § 1 k.k. może przybrać różną postać, w tym np. przechowania, użyczenia, użytkowania, przekazania innej osobie, a także (...) ukrywania” (s. 9), zaznaczając, że przedstawiona interpretacja nie budzi wątpliwości w judykaturze i przytaczając fragment uzasadnienia swojego wyroku z dnia 4 listopada 2016 r., w którym stwierdził m.in., że „W świetle art. 291 § 1 k.k. nie ma znaczenia cel przyświecający przyjmującemu rzecz pochodzącą z czynu zabronionego. Skoro realizacją czynności wykonawczej będzie każde przyjęcie rzeczy, to oczywiste jest, że będzie nią

⁸ Numery stron w nawiasach odnoszą się do glosowanego wyroku w formie dostępnej za pośrednictwem http://www.sn.pl/orzecznictwo/SitePages/Baza_orzeczen.aspx.

także przyjęcie rzeczy w celu ukrycia⁹ (s. 9). Następnie SN dodał, że na zaakceptowanie wykładni sądu odwoławczego nie pozwala *argumentum ad absurdum*. Wynika z niej bowiem, że na podstawie art. 291 § 1 k.k. odpowiedzialności karnej podlega osoba, która jedynie pomogła innej osobie w ukryciu rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego, a nie podlega ten, kto sam na prośbę innej osoby tę rzecz ukrył (s. 9–10). Nawiązując w dalszej kolejności do własnego stanowiska przeciwnego utożsamianiu zawartego w opisie paserstwa znamienia „pomoc do zbycia” ze zbyciem rzeczy¹⁰, SN zaznaczył, że pogląd ten nie ma charakteru uniwersalnego i nie przekłada się na relację pojęć „ukrywa” i „pomaga do ukrycia”. Zdaniem SN, zbycie rzeczy nie zostało wymienione wśród znamion paserstwa, ponieważ zakłada władanie rzeczą jak właściciel, będące efektem jej nabycia. Zbywca rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego musiał wcześniej ją nabyć, a zatem popełnia przestępstwo z art. 291 § 1 k.k. w czasie nabycia rzeczy. Słusznie natomiast powołany przepis zawiera zwrot „pomógł do zbycia”, ponieważ „osoba niewładająca rzeczą pochodzącą z czynu zabronionego jak właściciel, choć nie może jej zbyć, może przecież pomóc osobie władającej w zbyciu tej rzeczy” (s. 10).

W świetle powyższych rozważań SN uznał, że określenie czynności sprawczej czynu przypisanego oskarżonemu czasownikiem „ukrył” nie oznacza, że doszło do skazania za czyn o zdekompletowanym zespole znamion oraz ocenił jako rażąco błędną konstatację sądu odwoławczego, że w razie uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy do ponownego rozpoznania na uzupełnienie opisu czynu „o konieczne znamiona z art. 291 § 1 k.k.” nie pozwalałby pośredni zakaz *reformationis in peius*. W ocenie SN takie uzupełnienie w ogóle nie było potrzebne, ponieważ opis czynu w wyroku skazującym „odzwierciedlał w swej treści wszystkie ustawowe znamiona” przestępstwa z art. 291 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k., a gdyby nawet przy ponownym rozpoznaniu sprawy zmieniono w nim słowo „ukrył” na „przyjął”, to nie naruszonyby art. 443 k.p.k., skoro, „jak już wcześniej wskazano, „ukrycie” rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego należy uznać za jedną z postaci „przyjęcia” rzeczy, o jakim stanowi art. 291 § 1 k.k.” (s. 11).

Głosowane orzeczenie nasuwa kilka krytycznych uwag na gruncie prawa karnego materialnego. Podkreślić zarazem należy, iż nie zmierzają one w kierunku podważenia tezy, że opis czynu przypisanego nie musi

⁹ Wyrok SN z dnia 4 listopada 2016 r., sygn. II KK 246/16, LEX nr 2152390.

¹⁰ Zob. wyrok SN z dnia 22 września 2011 r., sygn. III KK 48/11, OSNKW 2012, nr 1, poz. 8.

powtarzać znamion przestępstwa, o ile odpowiada treści tych znamion¹¹. Oceny wymaga natomiast to, czy czyn określony w wyroku pierwszoinstancyjnym jako „ukrywanie” rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego, a w uzasadnieniu wyroku SN nazywany też jej „ukryciem”, rzeczywiście mieści się w ramach którejkolwiek z czynności sprawczych paserstwa.

Zgodzić należy się ze stanowiskiem SN, że „Skoro realizacją czynności wykonawczej będzie każde przyjęcie rzeczy, to oczywiste jest, że będzie nią także przyjęcie rzeczy w celu ukrycia”. Tak samo słuszna jest teza: „Przyjęcie rzeczy pochodzącej z kradzieży (art. 291 § 1 k.k.) to objęcie jej przez sprawcę w posiadanie, jednak nie po to, by władać nią jak właściciel, ale w innym, uzgodnionym z osobą przekazującą, celu, także wówczas, gdy polega na ukryciu takiej rzeczy”¹². Wskazane wypowiedzi nawiązują do powoływanego już wyroku SN z 4 listopada 2016 r. Problem jednak w tym, że – w odróżnieniu od tamtej sprawy – czyn przypisany oskarżonemu w sprawie objętej glosowanym wyrokiem nie został określony przez sąd pierwszej instancji jako przyjęcie przedmiotu wykonawczego¹³, lecz jako jego ukrywanie („w pomieszczeniach gospodarczych i garażowych, ukrywał pojazdy i motocykle¹⁴, pochodzące z czynu zabronionego”), które SN w uzasadnieniu swojego wyroku określa zamiennie słowem „ukrycie”. Należałoby zatem nie tyle rozważać kwestię, czy przyjęcie (rzeczy) obejmuje też przyjęcie w celu ukrycia, co raczej

¹¹ Zob. postanowienie SN z dnia 4 września 2014 r., sygn. V KK 156/14, LEX nr 1532786; wyrok SN z dnia 1 września 2015 r., sygn. V KK 212/15, Prok. i Pr. 2015, dodatek „Orzecznictwo”, nr 12, poz. 10; wyrok SN z dnia 4 listopada 2016 r., sygn. II KK 246/16, LEX nr 2152390. Jak stwierdził SN w wyroku z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. II KK 141/14, OSNKW 2015, nr 5, poz. 42, „wystarczające jest użycie wyrażenia znaczeniowo równorzędnego albo zastąpienie wyrażenia ustawowego takim określeniem, które swą treścią wypełnia znaczenie znamienia przypisywanego przestępstwa”.

¹² Biuletyn SN 2017, nr 11, s. 21. Samo w sobie słuszne jest też stwierdzenie skarżącego prokuratora, że sprawcą paserstwa jest osoba, która przyjmuje rzecz uzyskaną za pomocą czynu zabronionego i w ten sposób udziela pomocy w jej ukryciu, co może prowadzić do ukrycia tej rzeczy przed osobą uprawnioną (s. 6).

¹³ W sprawie objętej wyrokiem z dnia 4 listopada 2016 r. paserstwo zostało opisane w wyroku skazującym sądu pierwszej instancji jako przyjęcie rzeczy do ukrycia, co w ocenie sądu odwoławczego nie odpowiadało znamionom tego przestępstwa, ponieważ nie było możliwości stwierdzenia, „czy oskarżeni przedmiot przestępstwa mieli faktycznie przyjąć na własność, czy też pomóc do jego ukrycia”. SN słusznie więc uznał, że za prawidłowością wskazanego opisu czynu przemawia irrelewantność celu czynności polegającej na przyjęciu rzeczy.

¹⁴ Na marginesie trzeba by zapytać, dlaczego motocykle zostały wymienione obok pojazdów, skoro motocykl jest podkategorią pojazdu (zob. art. 2 pkt 31 i 45 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym, tekst jedn. Dz. U z 2017 r., poz. 1260 ze zm.).

zadać pytanie, czy ukrycie lub ukrywanie (rzeczy) jest z istoty swojej poprzedzone (jej) przyjęciem, a ujmując najkrócej: czy jeśli ktoś ukrywa rzecz, to znaczy, że ją przyjął. Mimo że fundamentalny dla rozstrzygnięcia problem wykładniczy nie został tak postawiony, to tylko twierdząca odpowiedź na powyższe pytanie uzasadnia aprobatę dla wyroku sądu pierwszej instancji. Można ją też odnaleźć wyraźnie wyeksplikowaną w końcowej części uzasadnienia, gdzie SN stwierdza, że „ukrycie” rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego należy uznać za jedną z postaci „przyjęcia” rzeczy, o jakim stanowi art. 291 § 1 k.k.” Jest to już twierdzenie różne od zawartego w wyroku z dnia 11 listopada 2016 r., a nawet we wcześniejszych rozważaniach uzasadnienia glosowanego wyroku. O ile dotąd SN uznawał, że jeśli ktoś przyjmuje rzecz, to czynność ta może łączyć się (następczo) z ukryciem, o tyle rozstrzygnięcie omawianej sprawy opiera się na założeniu, że jeśli ktoś ukrył lub ukrywa rzecz, to znaczy, że ją przyjął¹⁵. Ukrycie rzeczy nie jest tu już traktowane jako możliwy cel, ani nawet – jak sugerował autor kasacji – możliwy skutek jej przyjęcia, ale jako rozumiana przedmiotowo czynność, która wchodzi w zakres czynności sprawczej określonej jako przyjęcie (rzeczy). Podkreślić należy, iż wyrażając taką ocenę, SN nie odnosi się do konkretnych okoliczności, które mogą, choć nie muszą, utożyc się w sposób określony w uzasadnieniu glosowanego wyroku, ale wypowiada się w sposób zgeneralizowany. Nie stwierdza, że w rozpoznawanym stanie faktycznym ukrycie lub ukrywanie rzeczy było poprzedzone jej przyjęciem, lecz zakłada, że takie powiązanie analizowanych czynności jest regułą. W świetle ustawowego opisu paserstwa poglądu tego nie można zaakceptować.

Na gruncie ustawowego opisu paserstwa ukrycie rzeczy objęte pomocą świadczoną przez pasera rozumiane jest jako utrudnienie lub uniemożliwienie odszukania rzeczy przez inne osoby¹⁶, w szczególności

¹⁵ Zaznaczyć tu trzeba, że w sprawie zakończonej wspomnianym już wyrokiem SN z dnia 24 maja 2011 r., sygn. III KK 360/10, skazanie w pierwszej instancji nastąpiło – podobnie jak w sprawie objętej glosowanym wyrokiem – za paserstwo opisane jako „ukrycie” rzeczy. Ustalenia faktyczne w tej sprawie wskazywały na to, że „oskarżony chciał schować rzeczy, a następnie zbyć je w tajemnicy przed wszelkimi osobami, zaś wiedzę o tym i środki uzyskane ze sprzedaży rzeczy zachować dla siebie”. Rozpoznając kasację od wyroku sądu odwoławczego, SN – mimo skoncentrowania swoich rozważań na braku zamiaru udzielenia pomocy – stwierdził: „słowo „ukrywać” ma inny krąg desygnatów niż termin „przyjmować”. Dlatego użyty w opisach czynów wyraz „ukrył” nie oznacza tego samego, co słowo „przyjął”.

¹⁶ Zob. W. Gutekunst, (w:) O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne...*, s. 357; E. Pływaczewski, *Przestępstwo...*, s. 95–96; M. Budyn-Kulik, *Wybrane...*, s. 35; O. Chybiński, *Paserstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa

przez pokrzywdzonego¹⁷, a także przez organy powołane do ścigania przestępstw¹⁸. Może przybrać różne formy, np. przerobienia rzeczy, przewożenia, przenoszenia, umieszczenia w kryjówce, zamaskowania miejsca ukrycia¹⁹, odwrócenia uwagi osoby szukającej rzeczy²⁰, nadania rzeczy innej postaci lub wyglądu zewnętrznego²¹, zaprzeczenia, że się rzecz posiada²². Ukrycie nie wymaga przemieszczenia rzeczy. Pomijając sporną kwestię ukrycia przez zaniechanie²³, zwrócić tu warto uwagę na rozróżnienie czasowników „ukrywa” i „usuwa” w art. 276 k.k., na tle którego podkreśla się, że o ile usunięcie dokumentu polega na zabranii go i uczynieniu niedostępnym dla osoby uprawnionej, choćby miejsce przechowywania dokumentu było jej znane²⁴, o tyle istotą ukrywania dokumentu jest utajenie miejsca jego przechowywania, czego przykładem może być zaprzeczenie posiadania dokumentu i niewydanie go, mimo żądania osoby uprawnionej²⁵.

Zakres znaczeniowy terminu „ukrycie” wskazuje zatem na to, że czynność ta może być zrealizowana bez przyjęcia rzeczy. Sytuacja taka

1962, s. 52; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Komentarz, t. III..., s. 440.

¹⁷ Zob. M. Budyn-Kulik, Wybrane..., s. 35; E. Pływaczewski, Przepęstwo..., s. 96.

¹⁸ Zob. W. Gutekunst, (w:) O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, Prawo karne..., s. 357; E. Pływaczewski, Przepęstwo..., s. 95.

¹⁹ Zob. K. Indeck, Przepęstwo..., s. 72; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Komentarz, t. III..., s. 441.

²⁰ Zob. K. Indeck, Przepęstwo..., s. 72.

²¹ Zob. B. Michalski, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Komentarz do artykułów 222–316, t. II, Warszawa 2010, s. 1233–1234; E. Pływaczewski, Przepęstwo..., s. 96.

²² Zob. E. Pływaczewski, Przepęstwo..., s. 96.

²³ Zob. J. Satko, Glosa do wyroku SN z dnia 9 sierpnia 2000 r., sygn. V KKN 208/00, OSP 2001, nr 4, poz. 55; wyrok SN z dnia 23 maja 2002 r., sygn. V KKN 404/99 OSNKW 2002, nr 9–10, poz. 72.

²⁴ Zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 28 stycznia 2015 r., sygn. II AKa 740/14, Prok. i Pr. 2015, dodatek „Orzecznictwo”, nr 9, poz. 34 i z dnia 1 marca 2001 r., sygn. II AKa 48/01, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 3, poz. 25; wyrok SN z dnia 2 marca 2012 r., sygn. V KK 283/11, OSNKW 2012, nr 5, poz. 54; J. Satko, Glosa do wyroku SN z dnia 9 sierpnia 2000 r., sygn. V KKN 208/00, OSP 2001, nr 4, poz. 55.

²⁵ Zob. np. wyrok SN z dnia 9 sierpnia 2000 r., sygn. V KKN 208/00, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 84; wyrok SA w Katowicach z dnia 9 sierpnia 2012 r., sygn. II AKa 285/12, OSAK 2012, nr 4, poz. 8 i z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. II AKa 380/15, Biul. SA w Katowicach 2016, nr 2, poz. 6; J. Satko, Glosa do wyroku SN z dnia 9 sierpnia 2000 r...; R. Zawłocki, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316..., s. 852; R. A. Stefański, Przepęstwo niszczenia dokumentów (art. 276 k.k.), Prok. i Pr. 2002, nr 7–8, s. 76.

nastąpi wówczas, gdy ukrycie ogranicza się do utajenia lub zamaskowania miejsca, w którym rzecz się znajduje (np. przykrycia rzeczy, zamknięcia pomieszczenia, usunięcia oznaczeń prowadzących do takiego miejsca, wprowadzeniu innej osoby w błąd co do tego, gdzie znajduje się rzecz), bez uzyskania nad nią jakiegokolwiek rodzaju władztwa faktycznego. Władztwo to może być wówczas wykonywane przez inną osobę – sprawcę czynu, za pomocą którego rzecz została uzyskana, lub osobę, która weszła we władztwo nad taką rzeczą bez wyczerpania znamion jakiegokolwiek czynu zabronionego – a nawet nie być wykonywane przez kogokolwiek. Te same uwagi dotyczą czynu określanego jako ukrywanie, który różni się od ukrycia rozciągnięciem w czasie²⁶. W niektórych przypadkach wskazane zachowania należałoby uznać za wymienioną w art. 291 § 1 k.k. pomoc do ukrycia. Z pewnością kwalifikacji takiej nie można jednak zastosować, gdy rzecz zostaje ukryta nie tylko przed pokrzywdzonym i organami ścigania, ale i przed dotychczasowym posiadaczem zainteresowanym dostępem do niej²⁷ (np. usunięcie znaków na drzewach lokalizujących miejsce zakopania skradzionej biżuterii, zniszczenie mapy, na której oznaczone zostało to miejsce). Nie sposób wówczas mówić o pomocy do ukrycia ze względu nie tylko na brak takiego zamiaru, ale i na brak osoby, której owa pomoc miałyby być świadczona. Pomocą do ukrycia nie będzie też ukrycie rzeczy, która została uzyskana za pomocą czynu zabronionego, a następnie zagubiona lub porzucona przez sprawcę owego czynu. Zauważyć należy, że znamion paserstwa nie zrealizowałoby nawet poprzedzenie ukrycia takiej rzeczy objęciem jej we władztwo przez ukrywającego, ponieważ przyjęcie i nabycie zakładają przejście władztwa nad rzeczą z jednej osoby na drugą²⁸. Wyróżnić można inną jeszcze sytuację, w której znamion paserstwa nie wyczerpie ani osoba ukrywająca rzecz pochodzącą z czynu zabronionego, ani nawet – wbrew kategoriycznym twierdzeniom SN – zbywca tej rzeczy. Teza, że ten, kto zbywa przedmiot wykonawczy paserstwa, popełnia to przestępstwo już w momencie nabycia rzeczy²⁹ nie uwzględnia przypadku, gdy ów zbywca w momencie nabycia rzeczy nie wyczerpał znamion strony podmiotowej ani z art. 291 k.k., ani z art. 292 k.k., a dopiero zbywając rzecz, obejmował fakt jej przestępnego pochodzenia umyślnością albo

²⁶ Zob. D. Mucha, *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1997 roku*, Opole 2014, s. 122; K. Indeck, *Przestępstwo...*, s. 73; E. Pływaczewski, *Przestępstwo...*, s. 96.

²⁷ Zob. wyrok cyt. w przypisie 15.

²⁸ Należałoby wówczas rozważyć kwalifikację z art. 284 § 3 k.k.

²⁹ Pogląd ten można też odnaleźć w literaturze, zob. O. Chybiński, *Paserstwo...*, s. 51–52.

nieumyślnością. Tak samo oceniać należy sytuację, w której dana osoba przyjęła rzecz nie wiedząc, że pochodzi ona z czynu zabronionego, nie godząc się na to i mając uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że pochodzenie rzeczy jest legalne, a ukrywając później tę rzecz, działa już w warunkach strony podmiotowej należącej do znamion paserstwa.

Nie rozstrzygając, czy w sprawie, w której zapadło głosowane orzeczenie, były podstawy do skazania oskarżonego za czyn wyczerpujący którekolwiek z czterech znamion czasownikowych paserstwa, podkreślić trzeba, że nawet jeśli sąd pierwszej instancji ustalił, że oskarżony przyjął pojazdy uzyskane za pomocą czynu zabronionego³⁰, obejmując umyślnością ich pochodzenie, to określenie przypisanego mu czynu czasownikiem „ukrywał” nie wyraża treści ani równorzędnej znaczeniowo z którąkolwiek czynnością sprawczą paserstwa, ani mieszczącej się w zakresie którekolwiek z tych czynności. Ukrywanie rzeczy ma tylko pewien zakres wspólny z czynnościami sprawczymi paserstwa, a zatem zgodzić należy się z sądem odwoławczym, że przypisanie oskarżonemu tak określonego czynu nie odzwierciedlało znamion przestępstwa powołanego w kwalifikacji prawnej.

Próba umocnienia przez SN swojego stanowiska przez nawiązanie do argumentu *ad absurdum* i zarazem do reguły *a minori ad maius* – poza odrębnym problemem dopuszczalnych granic wyjścia poza ramy wykładni językowej w świetle art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP – nie daje się utrzymać w kontekście wspomnianej już konstrukcji form zjawiskowych. Wynika z niej bowiem, że gdyby ukrycie (ukrywanie) przedmiotu wykonawczego miało być objęte znamionami paserstwa, to wskazane pojęcie zostałyby przez ustawodawcę użyte na określenie czynności sprawczej. Wówczas odpowiedzialność karna z art. 291 § 1 k.k. za „pomoc do ukrycia” rzeczy znajdowałyby niekwestionowane podstawy w art. 18 § 3 k.k.³¹ Wykładnia systemowa uwzględniająca inne typy przestępstw jednoznacznie wskazuje na to, że określenie czynności sprawczej typu rodzajowego przestępstwa terminem nawiązującym do strony przedmiotowej pomocnictwa („pomaga”, „ułatwia”, „udziela pomocy”) następuje w sytuacji, gdy zachowanie, którego dotyczy pomoc, nie jest czynem zabronionym, toteż nie byłaby możliwa odpowiedzialność karna oparta na konstrukcji form zjawiskowych³². Nie po to zatem ustawodawca określa

³⁰ Z uzasadnienia głosowanego wyroku wynika, że pomieszczenia, w których ujawniono ukrywane pojazdy, należały do oskarżonego (s. 3), który pojazdy te naprawiał (s. 5).

³¹ Uwzględnienie pomocy do zbycia i do ukrycia rzeczy konieczne byłoby jednak w ustawowym opisie paserstwa nieumyślnego.

³² Zob. art. 204 § 1, art. 208, art. 239, art. 151, art. 152 § 2 k.k.

czynność sprawczą jako pomoc (ułatwianie, udzielanie pomocy), aby skryminalizować również czynność, którą owa pomoc ułatwia, ale aby wyłączyć ją spośród kryminalizowanych zachowań. Trudno zarazem nie dostrzec korelacji znamion czynnościowych paserstwa z wyłączeniem z grona jego podmiotów sprawcy czynu zabronionego, za pomocą której została uzyskana rzecz³³. Luki w ustawowym opisie paserstwa w zakresie zbywania i ukrywania przedmiotu wykonawczego są w pewnej mierze nieuniknionym „skutkiem ubocznym” tego wyłączenia. Ich ewentualne wypełnienie zmierzające do objęcia kryminalizacją zbycia lub ukrycia przedmiotu wykonawczego przez inne osoby nie jest jednak zadaniem organów wymiaru sprawiedliwości i mogłoby nastąpić wyłącznie w wyniku interwencji ustawodawcy.

³³ Nie można zgodzić się ze stanowiskiem opierającym to wyłączenie na konstrukcji czynu współukaranego następczego w postaci wykorzystania owoców przestępstwa (zob. postanowienie SN z dnia 10 kwietnia 2013 r., sygn. III KK 334/12, Biuletyn Prawa Karnego 2013, nr 5, s. 7–10; postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. V KK 82/12, OSNKW 2013, nr 3, poz. 23; wyrok SA w Katowicach z dnia 21 stycznia 2004 r., sygn. II AKa 520/03, LEX nr 142827; wyrok SA w Katowicach z dnia 20 listopada 2014 r., sygn. II AKa 312/14, Biuletyn SA w Katowicach 2015, nr 1, poz. 9; wyrok SA w Łodzi z dnia 11 czerwca 1993 r., sygn. II AKr 145/93, OSA 1993, nr 11, poz. 64; M. Kulik, Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. V KK 82/12, OSP 2013, nr 10, poz. 98, s. 713–715; I. Zgoliński, Kodeks karny. Komentarz, V. Konarska-Wrzošek (red.), Warszawa 2016, s. 1224; M. Budyn-Kulik, Wybrane..., s. 38; J. Satko, Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 23 kwietnia 1996 r., sygn. II Ka 46/96, Palestra 1997, nr 7–8, s. 217). Pominięcie w opisie paserstwa zbycia i ukrycia przedmiotu wykonawczego jednoznacznie wskazuje, że sprawca czynu zabronionego, za pomocą którego uzyskana została rzecz, dokonując dalszych dyspozycji rzeczą, nie wyczerpuje znamion paserstwa (zob. W. Gutekunst, (w:) O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, Prawo karne..., s. 356; D. Mucha, Przestępstwo..., s. 68, 70–71, 75; S. Łagodziński, Glosa do uchwały SN z dnia 18 listopada 1998 r., sygn. I KZP 17/98, Prok. i Pr. 2000, nr 2, s. 94–95; A. Skowron, Glosa do uchwały SN z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 19/13, LEX/el. 2014, a szczególnie uzasadnienie uchwały z dnia 18 grudnia 2013 r., sygn. I KZP 19/13, OSNKW 2014, nr 1, poz. 1). Co więcej, taka wykładnia znajduje oparcie w szerszym założeniu karnoprocesowym wyrażonym w art. 74 § 1 k.p.k., zgodnie z którym oskarżony nie ma obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść i którego realizacją jest również ustawowy opis przestępstwa z art. 239 § 1 k.k., wykluczający odpowiedzialność za „samopolecznictwo”.

Commentary to the Supreme Court judgment of 28 June 2017, file ref. no: III KK 137/17

Abstract

This commentary concerns the interpretation of causative acts in the offence of dealing in stolen property. In its judgment, the Supreme Court found that “hiding” an object of an offence of dealing in stolen property fulfills the verbal criterion of “receiving”. The Court’s view is disapproved based on the linguistic and systemic interpretation of Article 291, § 1 of the Penal Code, as it is possible to hide a thing without actually receiving it. It is, therefore, unacceptable to infer grounds for criminal responsibility for hiding an object of the offence of dealing in stolen property from the causative act described as “help with hiding” such object.

Wiadomości dla Autorów i Czytelników

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że – zgodnie z § 32 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz. U. 2016 r., poz. 2154) – został opracowany i ogłoszony w formie komunikatu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 26 stycznia 2017 r., składający się z 3 części (A., B., C.), wykaz czasopism naukowych, zawierający historię czasopisma z publikowanych wykazów za lata 2013–2016.

Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznano najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z okresu 2013–2016.

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” zamieszczone zostało w części B., pod pozycją 2045, a za publikację na jego łamach przyznano najwyższą liczbę **6 punktów**.

Informacje w tym zakresie można znaleźć pod adresem:
<http://www.nauka.gov.pl/ujednolicony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>

Czasopismo „Prokuratura i Prawo” przeszło ponadto pozytywnie proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości **35.56 pkt**.

Nasze czasopismo od stycznia 2005 r. nie jest dostępne w prenumeracie. Równocześnie na stronie internetowej Prokuratury Krajowej pod adresem www.pk.gov.pl, w zakładce „Prokuratura i Prawo/opublikowane numery”, udostępniliśmy pełne teksty miesięcznika od początku jego istnienia, to znaczy od stycznia 1995 r. do chwili obecnej.

Warunki publikacji

Redakcja prosi o nadsyłanie artykułów i innych materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word 97, dla następujących ustawień: strona niestandardowa (szerokość 17 cm, wysokość 24 cm), marginesy: górny 2 cm, boczne (lewy i prawy) 2,5 cm i dolny 1,5 cm, czcionka Times New Roman w rozmiarze 11 (dla przypisów dolnych 9) oraz pojedynczy odstęp między wierszami. Jednocześnie informujemy, że ramy artykułu nie powinny przekraczać 30 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 20 stron.

Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkuzdaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu (głosy) – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

Materiały należy przesyłać na adresy e-mail: redakcja@pk.gov.pl lub wojciechkotowski@poczta.onet.pl.

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane.

Zgodnie z decyzją Kolegium Redakcyjnego od nr 6/16 nie publikujemy na naszych łamach recenzji książek oraz sprawozdań z konferencji.