

Prokuratura i Prawo

Wrzesień 2003 r.

9
ISSN 1233-2577



Prokuratura Krajowa

Spis treści

Prof. dr hab. Kazimierz Marszał, Uniwersytet Śląski w Katowicach Względna dewolutywność zażalenia w postępowaniu przygotawczym	7
Stanisław Łagodziński, Prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie w stanie spoczynku Przedmiot odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego	18
Krzysztof Eichstaedt, sędzia Sądu Okręgowego w Łodzi Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym	28
Paweł Świerk, aplikant Prokuratury Rejonowej w Jarosławiu Badanie poligraficzne po nowelizacji kodeksu postępowania karnego	48
Dr hab. Andrzej Adamski, prof. UMK w Toruniu Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet	58
Dr Antoni Dermont, Gdańsk Ustawowa zamiana „mienia” na „rzecz” w kodeksie karnym	75
Krzysztof Karsznicki, prokurator Prokuratury Apelacyjnej w Łodzi, del. do Ministerstwa Sprawiedliwości Modele rozwiązania problemu prostytucji na przykładzie Holandii i Szwecji	93

Glosy

do postanowienia SN z dnia 29 stycznia 2002 r., sygn. I KZP 30/01 (dot. wykładni art. 198 k.k.) – oprac. dr Józef Gurgul	103
do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 2002 r., sygn. WZ 13/02 (dot. wykładni art. 558 k.p.k.) – oprac. Jarosław Matras	113

Recenzje

książki M. Zbrojewskiej, Dobrowolne poddanie się karze w kodeksie postępowania karnego – oprac. Anna Hordyńska	121
---	-----

Materiały szkoleniowe

Bogdan Sałata, zastępca Prokuratora Apelacyjnego we Wrocławiu Problemy prawne związane ze ściganiem przestępczości ubezpieczeniowej w praktyce prokuratorskiej	129
--	-----

Odpowiedzi na pytania prawne

Dr hab. Ryszard A. Stefański, Zastępca Prokuratora Generalnego Podmioty uprawnione do złożenia wniosku o orzeczenie środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody	145
---	-----

Z Orzecznictwa Europejskiego Trybunału	
Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 15 lipca 2002 r. w sprawie Kalashnikov przeciwko Rosji (dot. warunków odbywania kary pozbawienia wolności) – oprac. prof. dr hab. Bożena Gronowska	155
Sprawozdania i informacje	
Konferencja dotycząca gromadzenia i prezentacji dowodów elektronicznych (Namur, 8–9 maja 2003 r.) – oprac. Arkadiusz Lach . . .	163



Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

31-033 Kraków, ul. Westerplatte 9
tel. (012) 422 87 55, fax (012) 422 38 50
e-mail: wydawnictwo@ies.krakow.pl

ISSN 1233-2577 nakład 3500 egz.

Artykuły



Kazimierz Marszał

Względna dewolutywność zażalenia w postępowaniu przygotowawczym

I.

Dewolutywność jest cechą środków odwoławczych polegającą na tym, że z wniesieniem środka odwoławczego (skargi odwoławczej) wiąże się następstwo w postaci przesunięcia sprawy do wyższej instancji w celu wydania orzeczenia w wyniku jej zbadania przez tenże sąd¹. Dewolutywność stanowi zwyczajne następstwo wniesienia środka odwoławczego, pozwalające na rozpoznanie skargi odwoławczej i zbadanie sprawy przez organ wyższego rzędu (sąd wyższej instancji), złożony z lepiej kwalifikowanych funkcjonariuszy (sędziów), umożliwiające wydanie prawidłowego wyroku lub uchylenie wadliwego wyroku i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

O względnej dewolutywności mówimy wówczas, kiedy na podstawie szczególnego przepisu organ (sąd) pierwszej instancji (*ad quo*) może uwzględnić środek odwoławczy, zmieniając lub uchylając zaskarżone orzeczenie, bez potrzeby przekazania skargi odwoławczej organowi (sądowi) drugiej instancji (*ad quem*)². Przekazanie środka odwoławczego do organu (sądu) drugiej instancji następuje tylko wówczas, gdy nie uwzględniono go w postępowaniu przed organem *ad quo*.

Uregulowanie szczególne, przewidujące względną dewolutywność, a więc możliwość uwzględnienia środka odwoławczego w postępowaniu odwoławczym przed organem pierwszej instancji (*ad quo*), jednocześnie zawiera warunki, od jakich ustawodawca uzależnia możliwość załatwienia środka odwoławczego w postępowaniu odwoławczym przez organ pierwszej instancji.

W polskim procesie karnym instytucję względnej dewolutywności zamieszczono w postępowaniu zażaleniowym.

Uprawnienie do orzekania przez sąd pierwszej instancji w zakresie wniesionego zażalenia przewidywał Kodeks postępowania karnego z 1928 r. (art. 469 § 1)³, jak i Kodeks postępowania karnego z 1969 r. (art. 412 § 1)⁴.

¹ Por. K. Marszał, Proces karny, Katowice 1998, s. 410–411.

² Tamże.

³ Dz. U. z 1928 r., Nr 33, poz. 313.

⁴ Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 96.

Uregulowanie zamieszczone w ostatnim z nich przejęte zostało przez obowiązujący Kodeks postępowania karnego, z tym jednak, że zakres orzekania w pierwszej instancji co do wniesionego zażalenia rozszerzono na postanowienia kończące postępowanie⁵.

W Kodeksie postępowania karnego z 1997 r. względną dewolutywność przewidziano w art. 463 § 1 k.p.k., według którego „Sąd, na którego postanowienie złożono zażalenie, może je uwzględnić, jeżeli orzeka w tym samym składzie, w którym wydał zaskarżone postanowienie; w innych wypadkach prezes sądu przekazuje zażalenie, niezwłocznie wraz z aktami lub niezbędnymi odpisami akt sprawy, sądowi powołanemu do rozpoznania zażalenia”.

W motywach, które zadecydowały o wprowadzeniu omawianej instytucji do polskiego procesu karnego, stwierdza się, że „Zażalenie rozpoznaje przede wszystkim ten sąd, który wydał zaskarżone postanowienie (...). System ten jest praktyczniejszy – a o to tylko idzie – niż system bezwzględnej przesyłania zażalenia do wyższej instancji. Sąd, który wydał zaskarżone postanowienie, może zaraz po jego wydaniu spostrzec, że się omylił, że nie miał na względzie pewnych okoliczności, które by skłoniły do innego orzeczenia – trzeba dać temu sądowi możliwość naprawienia niesłusznego postanowienia bez uciekania się do sądu wyższego”⁶.

Zatem u podstaw omawianej regulacji leżą względy ekonomiki procesowej, a szczególnie dążność do przyspieszenia i uproszczenia dokonywania korektur wadliwych postanowień⁷.

W odniesieniu do zażalenia mamy więc w polskim procesie karnym do czynienia z wyjątkiem od reguły bezwzględnej dewolutywności, przewidzianym w art. 463 § 1 k.p.k., który upoważnia organ *ad quo* w postępowaniu zażaleniowym, a więc organ, który wydał zaskarżone postanowienie, do rozstrzygnięcia wniesionego zażalenia przez jego uwzględnienie, co powoduje, że nie ma już wówczas potrzeby przekazania wniesionego zażalenia sądowi odwoławczemu.

Uregulowanie zamieszczone w art. 463 § 1 k.p.k. ma z mocy art. 465 § 1 k.p.k. odpowiednie zastosowanie do zażaleń na postanowienia prokuratora i prowadzącego dochodzenie.

Przy stosowaniu przepisu art. 463 § 1 k.p.k. muszą więc być brane pod uwagę odmienne regulacje odnoszące się do postępowania przygoto-

⁵ Ten zabieg ustawowy spotkał się ze słuszną krytyką. Por. S. Zabłocki, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, pod red. Z. Gostyńskiego, t. II, Warszawa 1998, s. 547.

⁶ Por. A. Mogilnicki, E. S. Rappaport, Kodeks postępowania karnego. Cz. II. Motywy ustawodawcze, Warszawa 1929, s. 561.

⁷ Por. Z. Doda, Zażalenie w procesie karnym, Warszawa 1985, s. 227; S. Zabłocki, *op. cit.*, s. 544; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 1999, s. 660.

wawczego, a z drugiej strony warunki określone tym przepisem, pozwalające w ogóle na jego stosowanie.

W pierwszej kolejności trzeba zwrócić uwagę na to, że w postępowaniu przygotowawczym mamy do czynienia z zażaleniami na postanowienia prokuratora oraz na postanowienia prowadzącego postępowanie przygotowawcze nie będącego prokuratorem. W tym ostatnim wypadku zażalenie to rozpoznaje prokurator sprawujący nadzór nad tym postępowaniem (art. 465 § 3 k.p.k.).

W odniesieniu do zażeń na postanowienia prokuratora występują dwie grupy, kiedy zażalenie rozpoznaje:

- prokurator nadrzędny lub
- sąd, w wypadkach przewidzianych w ustawie.

Wśród postanowień prokuratora kończących postępowanie (zamykających drogę do wydania wyroku) mamy do czynienia ze specyficzną regulacją, kiedy występuje „podinstancja” w postaci prokuratora nadrzędnego (art. 306 § 2 k.p.k.), gdy zasadniczym organem rozpoznającym zażalenie jest sąd. Innym razem organem rozpoznającym zażalenie jest prokurator nadrzędny (art. 330 § 2 k.p.k.).

Dalsze wywody prowadzone w odniesieniu do zażeń na postanowienia prokuratora, kiedy zażalenie przysługuje do prokuratora nadrzędnego, będą miały odpowiednie zastosowanie do zażeń na postanowienia prowadzącego postępowanie przygotowawcze nie będącego prokuratorem.

II.

Pierwszą kwestię, która się pojawia w postępowaniu przygotowawczym na tle stosowania art. 463 § 1 w związku z art. 465 § 1 k.p.k. można sprowadzić do pytania, czy organ *ad quo* jest zobowiązany do ustosunkowania się do wniesionego zażalenia i w jakiej formie powinien to uczynić? Kwestii tej powołane przepisy wyraźnie nie regulują. Przepis art. 463 § 1 k.p.k. stanowi, że organ *ad quo*, który wydał zaskarżone postanowienie, może się do niego przychylić. W odniesieniu do postępowania sądowego sąd czyni to na posiedzeniu. Już jednak kwestią jest to, czy prezes sądu *ad quo* powinien skierować zażalenie na posiedzenie sądu w każdym wypadku jego wniesienia, czy tylko wówczas, gdy dostrzeże możliwość uwzględnienia wniesionej skargi odwoławczej? Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 24 sierpnia 2001 r., I KZP 12/01⁸, staje na stanowisku, że prezes sądu jest zobowiązany w każdym wypadku wnieść zażalenie na posiedzenie sądu, aby umożliwić mu uwzględnienie wniesionego środka odwoławczego, gdyż w przeciwnym razie przepis art. 463 § 1 k.p.k. byłby martwą literą. Taki punkt widzenia był i jest

⁸ OSNKW 2001, nr 9–10, poz. 73.

reprezentowany w literaturze zarówno na tle Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.⁹, jak i obowiązującego Kodeksu postępowania karnego¹⁰.

Wskazany punkt widzenia może być zakwestionowany z kilku powodów.

Po pierwsze, powołany przepis przewidując możliwość uwzględnienia zażalenia przez sąd *ad quo*, milczy na temat drogi procesowej, poza wskazaniem posiedzenia, która ma doprowadzić do uwzględnienia zażalenia. Jeśli staje się na stanowisku, reprezentowanym przez Sąd Najwyższy w powołanej uchwale, że prezes sądu *ad quo* jest zobowiązany w każdym wypadku wniesienia zażalenia do skierowania go na posiedzenie sądu, który wydał zaskarżone postanowienie, to w ten sposób ustala się normę wyinterpretowaną z art. 463 § 1 k.p.k., której ten wyjątkowy przepis nie przewiduje.

Po drugie, trzeba zwrócić uwagę na konsekwencje praktyczne, jakie pogląd wypowiedziany przez Sąd Najwyższy implikuje dla postępowania zażaleniowego. Bezpośrednią konsekwencją tego poglądu jest konieczność przyjęcia, że w razie wniesienia zażalenia w każdej sprawie powinno być wydane postanowienie sądu ustosunkowujące się do złożonego środka odwoławczego. Wobec tego wniesienie zażalenia powinno skutkować skierowaniem na posiedzenie sądu *ad quo*, bez względu na to, czy jest ono słuszne czy też niesłuszne, czy nawet oczywiście niesłuszne. W dwóch ostatnich sytuacjach skierowanie zażalenia na posiedzenie trzeba uznać za zbędne, powodujące, że w tym etapie proces toczy się na „jałowym biegu”. Takie stanowisko z funkcjonalnego punktu widzenia jest zaprzeczeniem tezy o potrzebie sprawnego i zgodnego z ekonomiką procesową dokonywania czynności procesowych.

Po trzecie, stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy jest zaprzeczeniem *ratio legis* regulacji zamieszczonej w art. 463 § 1 k.p.k., która ma na celu usprawnienie postępowania i wyeliminowania dość oczywistej wadliwości zaskarżonego postanowienia. Nie może to jednak oznaczać interpretacji rozszerzającej przepisu wyjątkowego, jakim jest art. 463 § 1 k.p.k., i tworzenie podinstancji na poziomie postępowania zażaleniowego przed sądem *ad quo*. Należy przecież pamiętać, że sąd *ad quem* w myśl reguły jest właściwym sądem odwoławczym do rozpoznania zażalenia. Przeto na etapie postępowania zażaleniowego przed sądem *ad quo* badanie wniesionego zażalenia powinno być ograniczone do sytuacji na tyle oczywistych, że gdyby były znane w chwili orzekania zaskarżonym postanowieniem zapadłoby postanowienie innej treści, zgodnej zresztą z żądaniem skarżącego. Wydawanie postanowienia przez sąd *ad quo*, gdy nie ma przesłanek do uchylenia lub zamiany zaskarżonego postanowienia, należy uznać za sprzeczne z celami tej regulacji.

⁹ Por. Z. Doda, *op. cit.*, s. 227 i nast.

¹⁰ Por. S. Zabłocki, *op. cit.*, s. 547.

W tej sytuacji przyjmując należy, że prezes sądu *ad quo* nie ma obowiązku wnoszenia na posiedzenie i wydawania postanowienia w każdym wypadku złożenia zażalenia.

Wobec braku wyraźnej regulacji w tym obszarze opowiadam się za analogicznym stosowaniem w takich wypadkach uprawnienia (a nie obowiązku) prezesa sądu do wniesienia zażalenia na posiedzenie sądu *ad quo*, kiedy będą istniały powody wskazujące na możliwość uwzględnienia wniesionego zażalenia.

Oczywiście przyjmując trzeba, że sąd *ad quem* nie może zwrócić zażalenia sądowi *ad quo* z powodu braku w aktach sprawy postanowienia sądu *ad quo*, wydanego w ramach art. 463 § 1 k.p.k. także dlatego, że sąd *ad quem* jest organem uprawnionym do jego rozpoznania.

W postępowaniu przygotowawczym dla wydania postanowienia nie wymaga się posiedzenia, gdyż decyzje takie są podejmowane jednoosobowo. W związku z tym teza o obowiązku wnoszenia zażalenia na posiedzenie jest w tym etapie procesowym bezprzedmiotowa. To jednak nie czyni nieaktualnym w całej rozciągłości wyżej sformułowanego pytania. Chodzi o to, czy organ prokuratorski *ad quo* powinien rozpoznać zażalenie i dać temu wyraz w decyzji procesowej dołączonej do akt sprawy? Inaczej mówiąc, czy organ *ad quo* powinien albo uwzględnić zażalenie, albo wydać postanowienie innej treści, które powinno być załączone do akt sprawy? Decyzją pozytywną organu prokuratorskiego w związku z wniesionym zażaleniem jest uwzględnienie zażalenia w formie postanowienia. Taka decyzja „konsumuje” wniesione zażalenie, co powoduje, że nie ma już potrzeby przekazania sprawy organowi wyższego rzędu.

Sąd Najwyższy w powołanej wyżej uchwale w odniesieniu do postępowania sądowego stwierdza, że sąd *ad quo* w wyniku rozpoznania zażalenia na posiedzeniu wydaje rozstrzygnięcie w postaci postanowienia o uwzględnieniu zażalenia lub postanowienie formalne o przekazaniu zażalenia sądowi wyższej instancji (*ad quem*).

W odniesieniu do drugiej z wymienionych alternatyw rozstrzygnięć wskazanych przez Sąd Najwyższy można mieć istotne zastrzeżenie ze względu na to, że stanowi ona przykład nadmiernego i niepotrzebnego formalizmu, będącego zaprzeczeniem wskazanego wyżej *ratio legis* art. 463 § 1 k.p.k. Według przytoczonego przepisu – w jego ramach – możliwa jest merytoryczna decyzja wyłącznie w postaci uwzględnienia zażalenia wyrażona w postaci postanowienia. Decyzji merytorycznej odmawiającej uwzględnienia zażalenia przepis ten nie przewiduje. Natomiast twierdzenie, że w razie braku podstaw do uwzględnienia zażalenia sąd *ad quo* ma wydać formalne postanowienie o przekazaniu zażalenia sądowi powołanemu do jego rozpoznania, nie znajduje oparcia w analizowanym art. 463 § 1 k.p.k. Przepis ten przewiduje bowiem uwzględnienie zażalenia, które wymaga wydania posta-

nowienia. W przeciwnym razie prezes sądu przekazuje zażalenie sądowi drugiej instancji, co oznacza, że w razie skierowania zażalenia na posiedzenie sądu *ad quo*, a ten nie uwzględnia wniesionego zażalenia, zażalenie to przewodniczący składu sądowego przekazuje prezesowi sądu, który powinien postąpić zgodnie z brzmieniem powołanego przepisu.

Ten sam model powinien funkcjonować w postępowaniu przygotowawczym tym bardziej, że organem *ad quo* jest podmiot, który wydał zaskarżone postanowienie, najlepiej zorientowany w okolicznościach sprawy, oczywiście z uwzględnieniem odmienności występujących w tym stadium procesowym. W razie braku podstaw do uwzględnienia zażalenia, nie ma potrzeby wydania postanowienia o przekazaniu zażalenia prokuratorowi nadzrędnemu lub sądowi, w zależności od ich kompetencji, bo tego art. 463 § 1 w zw. z art. 475 § 1 k.p.k. nie wymaga. W takiej sytuacji prokurator, na którego postanowienie wniesiono zażalenie, przekazuje je instancji wyższej z towarzyszącym pismem.

III.

Z treści art. 463 § 1 k.p.k. wynika, że uwzględnienie zażalenia przez sąd *ad quo* jest możliwe, jeżeli orzeka on w tym samym składzie, w którym wydał zaskarżone postanowienie. Powszechnie w literaturze przyjmuje się, że orzekanie w tym trybie dotyczy sądu *ad quo* złożonego z imiennie tych samych sędziów¹¹. Ten punkt widzenia znajduje oparcie w motywach ustawodawczych¹².

Powstaje pytanie, czy wskazana reguła identyczności imiennej składu sądzącego ma zastosowanie do prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, który wydał zaskarżone postanowienie? Chodzi o to, czy zażalenie może uwzględnić tylko ten prokurator, który wydał zaskarżone postanowienie, czy też każdy inny równorzędny prokurator?

W stanie prawnym przewidzianym w Kodeksie postępowania karnego z 1969 r., w którym przepis art. 413 § 1 zawierał zapis identyczny jak w art. 463 § 1 obowiązującego k.p.k., zdania na ten temat były podzielone. Według jednych, zażalenie mógł uwzględnić jedynie ten prokurator, który wydał zaskarżone postanowienie¹³. Inni byli odmiennego zdania, uważając, że kwe-

¹¹ Zob. przypis 7.

¹² Por. A. Mogielnicki, E. S. Rappaport, *op. cit.*, s. 560 i nast.

¹³ Por. M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski, *Postępowanie karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 260; A. Kaftal, *Środki odwoławcze w postępowaniu przygotowawczym w świetle przepisów k.p.k.*, Palestra 1972, nr 5, s. 48; S. Kalinowski, *Polski proces karny*, Warszawa 1971, s. 51; J. Bednarzak, (w:) J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego – Komentarz*, Warszawa 1971, s. 317.

ścię ujętą w powyższym pytaniu należy rozstrzygać w sposób zgodny z zasadą indyferencji¹⁴. Ten punkt widzenia szerzej uzasadniał J. Grajewski¹⁵, twierdząc, że w prokuraturze panuje zasada indyferencji, w myśl której z procesowego punktu widzenia obojętne jest, który funkcjonariusz prokuratury załatwia daną sprawę, natomiast przepisy Kodeksu postępowania karnego dotyczące składu orzekającego w poszczególnych instancjach mają przede wszystkim znaczenie ze względu na zasadę bezpośredniości, która odnosi się do problematyki związanej z dowodami i polega na tym, by sąd orzekający w sprawie karnej wszystkie ustalenia faktyczne opierał na materiale dowodowym najbardziej oryginalnym, uzyskanym w czasie trwającego postępowania karnego, gdzie cały skład sądu styka się zarówno z źródłem, jak i ze środkiem dowodowym. Taka sytuacja – jak się dalej twierdzi – nie zachodzi w postępowaniu przygotowawczym. Brak jest bowiem w tym stadium procesowym przepisu, który by nakładał na organy prowadzące postępowanie, w tym także na prokuratora, obowiązek zbierania dowodów, prowadzenia postępowania przygotowawczego od początku do końca przez tego samego funkcjonariusza Policji lub prokuratora.

Ten punkt widzenia dość powszechnie powtarzany jest we współczesnej literaturze¹⁶.

Podkreśla się w niej także, iż stosowanie art. 463 § 1 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym odbywa się odpowiednio (art. 465 § 1 k.p.k.), czyli z uwzględnieniem odmienności obu stadiów procesowych, tj. obowiązywania w stadium postępowania przygotowawczego odmiennych reguł, np. zasady indyferencji i zasady substytucji, w myśl której prokurator wyższego rzędu może zlecić czynności prokuratorowi podwładnemu¹⁷.

Rozważana kwestia jest dość złożona.

Przytoczona argumentacja na rzecz tezy, że wymóg zachowania warunku tego samego składu orzekającego na tle art. 463 § 1 k.p.k. nie dotyczy prokuratora w razie wniesienia zażalenia na jego postanowienie, jest nieuprawniona.

Po pierwsze, odwoływanie się do argumentów, które w postępowaniu sądowym, w przeciwieństwie do prokuratora, mają uzasadniać konieczność ciągłości w zakresie składu sądzącego, nie ma żadnego związku z uregulo-

¹⁴ Por. Z. Doda, *op. cit.*, s. 229.

¹⁵ J. Grajewski, Względna dewolutywność zażalenia w postępowaniu karnym, *Palestra* 1975, nr 5, s. 92 i nast.

¹⁶ Por. S. Zabłocki, *op. cit.*, s. 544–545; T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego, Komentarz, Kraków 2001, s. 1074; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 1999, s. 661.

¹⁷ Por. M. Syta, Tryb rozpoznawania zażaleń w nowym Kodeksie postępowania karnego, *Prokuratura i Prawo* 1998, nr 2, s. 34–35; S. Wiewiórka, Kontrola instancyjna postanowień prokuratora o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego, *Prokuratura i Prawo* 2002, nr 12, s. 20–21.

waniem zamieszczonym w art. 463 § 1 k.p.k. Ten ostatni przepis określa warunek w postaci tożsamości składu sądu, który wydał zaskarżone postanowienie, z powodu odwoływania się do konieczności zachowania zasady bezpośredniości, lecz dlatego, że możliwość wyjątkowego uwzględnienia przez sąd *ad quo* wniesionego zażalenia ma umożliwić tylko sądowi, który wydał zaskarżone postanowienie, naprawienie dostrzeżonego błędu. Przepis ten nie przewiduje możliwości orzekania w tym zakresie przez inny, zmieniony imiennie skład.

Po drugie, orzekanie w trybie art. 463 § 1 w związku z art. 465 § 1 k.p.k. przez innego prokuratora niż ten, który wydał zaskarżone postanowienie, może spowodować decyzje zbyt pochopne, bez należytego dystansu, jaki mógł sobie wyrobić prokurator wydający zaskarżone postanowienie na podstawie dogłębnej znajomości okoliczności danej sprawy.

Po trzecie, twierdzenie o tym, że zawarte w art. 465 § 1 k.p.k. wyrażenie o odpowiednim stosowaniu przepisów dotyczących zażaleń na postanowienia sądu do zażaleń na postanowienia prokuratora i prowadzącego postępowanie przygotowawcze, ma jakoby powodować konieczność stosowania odmiennej wykładni art. 463 § 1 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym ze względu na inne reguły obowiązujące w tym etapie procesowym, jest za daleko idące i nieuprawnione. Faktem jest, że art. 465 § 1 k.p.k. stanowi, że w postępowaniu przygotowawczym mają odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące zażaleń na postanowienia sądu do postanowień prokuratora i prowadzącego postępowanie przygotowawcze. Z mocy tej ogólnej regulacji w postępowaniu przygotowawczym ma odpowiednie zastosowanie art. 463 § 1 k.p.k. Wyrażenie zawarte w art. 465 § 1 k.p.k., o odpowiednim stosowaniu przepisów o zażaleniu na postanowienia sądu do postanowień prokuratora i prowadzącego postępowanie przygotowawcze oznacza tylko tyle, że skoro powołane przepisy nie mogą być stosowane wprost, bo dotyczą przecież postanowień sądowych, to na mocy wskazanego przepisu w grę wchodzi ich odpowiednie stosowanie do podobnych sytuacji, jakie mają miejsce w postępowaniu sądowym. Zatem przepisy o zażaleniu na postanowienie sądu mają odpowiednie zastosowanie do postanowień prokuratora i prowadzącego postępowanie przygotowawcze w sytuacjach nimi określonych. Oznacza to, że art. 463 § 1 k.p.k. ma zastosowanie w postępowaniu przygotowawczym w odniesieniu do zażaleń na postanowienia prokuratora i prowadzącego to postępowanie w zakresie, jaki ten przepis przewiduje. Zatem nie ma podstaw do twierdzenia, aby z mocy art. 465 § 1 k.p.k. uległ modyfikacji co do swej istoty art. 463 § 1 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym. Ostatni z powołanych przepisów wymaga, aby zarówno w postępowaniu sądowym, jak i w postępowaniu przygotowawczym o uwzględnieniu zażalenia orzekał ten sam imienny organ, który wydał zaskarżone postanowienie. Tylko temu samemu imiennie organowi ustawodawca przyznał uprawnienie do uwzględnienia zażalenia i nie ma żadnej racjonalnej pod-

stawy do twierdzenia jakoby w postępowaniu przygotowawczym nie miał mieć zastosowania jeden z zasadniczych składników decydujących o stosowaniu przepisu art. 463 § 1 k.p.k., a mianowicie w postaci identyczności imiennej organu, który wydał zaskarżone postanowienie z organem, który jest uprawniony do uwzględnienia wniesionej skargi zażaleniowej.

Po czwarte, twierdzenie, że w postępowaniu przygotowawczym o uwzględnieniu zażalenia może orzekać każdy z prokuratorów, jest przeciwne *ratio legis* art. 463 § 1 k.p.k.

Z tego co już na wstępie stwierdzono, powołany przepis ma umożliwić tylko i jedynie organowi, który wydał zaskarżone postanowienie, aby mógł je uwzględnić bez potrzeby kierowania skargi zażaleniowej do instancji odwoławczej.

Po piąte, nie jest uprawnione twierdzenie, że obowiązująca zasada indyferencji przesądza o tym, że w ramach art. 463 § 1 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym nie ma konieczności zachowania tożsamości prokuratora, który wydał zaskarżone postanowienie. Twierdzenie, że ze względu na zasadę indyferencji każdy z prokuratorów jest uprawniony do dokonywania czynności postępowania przygotowawczego, a więc, że także w ramach art. 463 § 1 k.p.k. może orzekać każdy z prokuratorów, jest na tyle ogólne, że wymaga uściślenia. Prowadzone rozważania w ramach art. 463 § 1 k.p.k. nie odnoszą się ogólnie do postępowania przygotowawczego, lecz muszą się koncentrować na postępowaniu zażaleniowym w tym stadium procesowym. Oznacza to, że mamy tutaj do czynienia z ograniczeniami, które wynikają z regulacji postępowania zażaleniowego. W postępowaniu tym zasada indyferencji ulega na tyle ograniczeniom, że zaskarżonego postanowienia nie może zmieniać lub uchylać jakikolwiek równorzędny prokurator. Wprawdzie Kodeks postępowania karnego przewiduje w postępowaniu przygotowawczym możliwość orzekania przez innego prokuratora w ramach podjęcia, wznowienia i nadzwyczajnego wznowienia umorzonego postępowania przygotowawczego, ale wskazane uprawnienia występują na innej płaszczyźnie procesowej.

Wobec tego przyjmując należy, że zasada indyferencji nie ma albo ma niewielkie znaczenie dla postępowania zażaleniowego przed prokuratorem *ad quo*. Nie może zatem przesądzać o tym, że do uwzględnienia zażalenia w ramach art. 463 § 1 k.p.k., jest uprawniony każdy prokurator, a nie tylko ten, który wydał zaskarżone postanowienie.

Po szóste, przyjęcie nawet tezy o obowiązywaniu w postępowaniu przygotowawczym zasady indyferencji nie upoważnia do twierdzenia, że zasada ta zakłada konieczność takiej interpretacji art. 463 § 1 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczej, która pozbawia ten przepis jednego z jego najistotniejszych składników, jakim jest tożsamość organu, który wydał zaskarżone postanowienie i który może uwzględnić wniesione zażalenie. Zasada indyfe-

rencji w postępowaniu przygotowawczym jest bowiem regułą ogólną. Natomiast przepis art. 463 § 1 k.p.k. jest unormowaniem szczególnym upoważniającym w jego ramach do uwzględnienia zażalenia tylko przez organ, który wydał zaskarżone postanowienie. Przeto w razie kolizji tych norm prawnych musi mieć pierwszeństwo przepis szczególny przed regułą ogólną. Powoduje to, że w postępowaniu zażaleniowym w stadium postępowania przygotowawczego ma zastosowanie art. 463 § 1 w związku z art. 465 § 1 k.p.k. z uwzględnieniem jego dwóch składników: możliwość tylko uwzględnienia zażalenia przez organ *ad quo* działający w tym samym składzie imiennym, w jakim wydano zaskarżone postanowienie. W przeciwnym razie kontrola zaskarżonego postanowienia następuje w instancji odwoławczej.

IV.

W ramach dewolutywności względnej pozostają jeszcze dwa zasadnicze problemy dotyczące zakresu uwzględnienia zażalenia oraz zaskarżalności wydanego postanowienia przez organ *ad quo*.

Trzeba przyjąć, że zażalenie można uwzględnić tylko w całości, odpowiednio modyfikując lub uchylając zaskarżone postanowienie. W pełni trzeba się zgodzić z wywodami Z. Dody¹⁸, że częściowe uwzględnienie zażalenia mogłoby powodować tak daleko idące niekorzystne konsekwencje, że lepiej z tej możliwości zrezygnować.

Kolejne zagadnienie dotyczy zaskarżalności postanowień wydanych na podstawie art. 463 § 1 w związku z art. 465 § 1 k.p.k. W tym zakresie trzeba stwierdzić, że skoro postanowienie wydaje organ *ad quo*, to jest postanowienie zapadające w pierwszej instancji. A skoro tak, to podlega ono zaskarżeniu według ogólnych reguł zamieszczonych w art. 459 k.p.k. Jeśli postanowienie było zaskarżalne i w następstwie wniesionego zażalenia zostało postanowieniem uchylone lub zmienione, to najczęściej to postanowienie uwzględniające zażalenie będzie podlegało zaskarżeniu zażaleniem. O tym jednak przesądzi reguła wskazana wyżej. W takiej sytuacji jest wykluczone kolejne uwzględnienie zażalenia przez ten sam organ ze względu na przepis art. 40 § 1 pkt 6 k.p.k. po nowelizacji z dnia 10 stycznia 2003 r. Zatem nie ma obawy, aby organ pierwszej instancji nie dopuścił do skontrolowania określonego postanowienia przez organ odwoławczy.

Na koniec niniejszych wywodów nasuwa się ogólna uwaga. Dotąd nie ma dostępnych informacji na temat funkcjonowania art. 463 § 1, także w związku z art. 465 § 1 k.p.k., a zwłaszcza co do liczby uwzględnionych zażaleń w tym trybie i wnoszonych zażaleń od tych postanowień. Można jednak podnieść wątpliwości, czy omawiany tryb postępowania rzeczywiście przyczynia

¹⁸ Z. Doda, *op. cit.*, s. 232 i nast.

się do przyspieszenia i uproszczenia postępowania. Jeśliby występowała dość znaczna częstotliwość wnoszenia zażeń na postanowienia wydane w ramach art. 463 § 1 k.p.k., to taki stan ani nie upraszcza, ani nie przyspiesza postępowania.

Przedmiot odmowy wszczęcia postępowania przygotowawczego

W okresie ostatnich kilku lat w jednostkach organizacyjnych prokuratury wystąpiło zjawisko procesowego rozstrzygnięcia o prawności podejmowanych w uprzednio toczącym się i prawomocnie zakończonym postępowaniu karnym przygotowawczym bądź sądowym rozstrzygnięć incydentalnych lub kończących te postępowania. Miało to związek z zachowaniem stron niezadowolonych z zapadłych rozstrzygnięć, które po wykorzystaniu w postępowaniu instancyjnym środków odwoławczych przewidzianych przepisami kodeksu postępowania karnego wносиły pisma tytułowane „zawiadomienie o przestępstwie”, zarzucając ich treścią bezprawność podjętego rozstrzygnięcia procesowego.

Strony składające tego rodzaju „zawiadomienia o przestępstwie”, wносиły w szczególności o wszczęciu postępowania przygotowawczego oraz ścigania karne:

- 1) w sprawach zakończonych merytorycznie prawomocnym wyrokiem skazującym – sędziów uczestniczących w wydaniu wyroku, oddalających wnoszone środki odwoławcze, w tym również sędziów Sądu Najwyższego oddalających kasację;
- 2) w sprawach zakończonych merytorycznie wniesieniem aktu oskarżenia – prokuratorów wnoszących bądź popierających oskarżenie;
- 3) w sprawach zakończonych merytorycznie odmową wszczęcia bądź umorzeniem postępowania przygotowawczego – prokuratorów wydających postanowienia o odmowie lub umorzeniu postępowania, prokuratorów nadrzędnych, którzy, nie przychylając się do zażalenia, skierowali je do sądu, a również sędziów, którzy nie uwzględnili złożonego środka odwoławczego;
- 4) w sprawach w fazie postępowania przygotowawczego lub sądowego – prokuratorów oraz sędziów podejmujących rozstrzygnięcia w przedmiocie dowodów rzeczowych, stosowania tymczasowego aresztowania bądź inne decyzje procesowe.

Obok tego rodzaju pism wnoszonych przez uczestników procesu karnego niezadowolonych z zapadających rozstrzygnięć i żądających ścigania karnego sędziów i prokuratorów podejmujących owe rozstrzygnięcia, do jednostek organizacyjnych prokuratury napływa również znacząca ilościowo korespondencja osób – dotkniętych zaburzeniami zdrowia psychicznego – zawiadamiających o faktach popełnianej na ich szkodę urojonej przestępczo-

ści. Są to zazwyczaj pisma informujące o różnych formach i postaciach ich inwigilowania przez określone władze i urzędy bądź nieustalone osoby, niekorzystnym oddziaływaniu na stan ich zdrowia „falami radiowymi, magnetycznymi” itp.

Jednostki organizacyjne prokuratury są również adresatem korespondencji pochodzącej od działających na terenie kraju niezliczonej ilości stowarzyszeń typu: miłośników ziemi, zdrowego regionu, zwirowiska, twórczości literackiej określonego pisarza krajowego lub zagranicznego, przejrzystości w życiu publicznym, przeciwdziałania zjawiskom korupcji, ofiar wojny itp. itd., które uzurpują sobie status instytucji społecznej oraz w sprawach złożonych uprzednio „zawiadomień o przestępstwie” – uprawnienia procesowe wynikające z treści art. 306 § 1 k.p.k. Uwzględniając, iż niemała ilość tych stowarzyszeń zawiązywana jest przez osoby nie znajdujące miejsca w normalnej działalności publicznej bądź cierpiące na nadmiar wolnego czasu, owe „zawiadomienia o przestępstwie” pochodzące od tych instytucji mają niejednokrotnie charakter przeciwdziałania „przestępczości wirtualnej”, a niekiedy nawet prowokacji politycznej. Jako przykłady tego rodzaju „zawiadomień o przestępstwie” można wskazać: żądanie ścigania karnego osoby, której autorska interpretacja wykonania hymnu narodowego nie znalazła uznania w subiektywnych upodobaniach artystycznych donoszącego, ścigania karnego osoby, która w drodze wyborów objęła urząd publiczny skutkiem „ukrycia swego prawdziwego nazwiska”, a nawet ścigania członków władzy ustawodawczej i wykonawczej z powodu pełnienia swych konstytucyjnych obowiązków („stanowienia i wykonywania niesłusznych ustaw”).

Brak przejrzystych uregulowań proceduralnych, czy tego rodzaju zawiadomienia mieszczą się w kategorii normatywnej zawiadomienia o przestępstwie i wymagają podjęcia procesowego rozstrzygnięcia przewidzianego treścią art. 305 § 1 k.p.k., tudzież pomijanie tej problematyki w piśmiennictwie spowodował, że praktyka postępowania z tymi zawiadomieniami jest wysoce zróżnicowana – poczynając od pozostawiania ich bez biegu aż do procesowego rozstrzygnięcia odmową wszczęcia. Na występujące przypadki – nazwijmy to – patologii procesowej w zakresie rozstrzygnięcia odmową wszczęcia „zawiadomień o popełnieniu przestępstwa” skierowanych przeciwko sędziom i prokuratorom w związku z podejmowanymi przez nich rozstrzygnięciami procesowymi w prowadzonych postępowaniach karnych, zwracały uwagę pisma Prokuratora Krajowego z dnia 1 grudnia 1998 r., Nr PR I 901/45/98 oraz z dnia 7 października 2001 r., Nr PR I 902/21/01. Uwzględniając występujące nadal w tym zakresie przypadki patologii procesowej – np. rozstrzygnięcie odmową wszczęcia zawiadomienia skazanego o przestępstwie niezasadnego oddalenia kasacji, znaczącą ilość tego rodzaju korespondencji wpływającej do jednostek organizacyjnych prokuratury, uciążliwość tych petentów wynikającą z ich rysów pieniaczych bądź psy-

chiatrycznych, a także niepoddawanie się jakiegokolwiek racjonalnej argumentacji, uznałem za wskazane publiczne poruszenie tej tematyki celem wypracowania jednolitego stanowiska. Jest to o tyle istotne i konieczne, że zbędne zajmowanie się tego rodzaju zawiadomieniami o przestępstwie powoduje wymierne szkody społeczne w postaci odrywania sędziów, prokuratorów i funkcjonariuszy policji od ścigania karnego istniejącej rzeczywiście przestępczości. Skala tego zjawiska – niewątpliwie wyższa w jednostkach nadrzędnych i na stanowiskach funkcyjnych z racji wpływających tu skarg i środków odwoławczych – jest niemożliwa do jego ilościowego określenia z uwagi na brak stosownej sprawozdawczości. Z racji pełnionej uprzednio funkcji naczelnika wydziału nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym oceniam, że załatwianie tego rodzaju korespondencji stanowiło około 10% codziennych moich czynności służbowych, zaś najbardziej aktywne na tym polu osoby składały nawet kilkanaście takich zawiadomień w stosunku rocznym.

Przepisy polskiej procedury karnej okresu XX wieku dotyczące wszczęcia postępowania przygotowawczego pozostawały co do swej istoty w zasadzie niezmiennie. Postępowanie to zostało podporządkowane zasadzie legalizmu, obligującej oskarżyciela publicznego do jego wszczęcia, jeżeli wszczęcie to było faktycznie zasadne, a prowadzenie postępowania prawnie dopuszczalne. Podobnie też była uregulowana problematyka podstawy i przedmiotu procesu. O ile przez podstawę procesu będziemy rozumieć wiadomość pozwalającą na wnioskowanie, że zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa, zaś przez przedmiot procesu skonkretyzowany czyn wyczerpujący znamiona czynu zabronionego¹, to stosowne przepisy procedury karnej z 1928, 1969 i 1997 r. (odpowiednio art. 228, 255 i 303) statuowały, że postępowanie przygotowawcze wszczyna się, jeżeli zachodzi podejrzenie popełnienia przestępstwa. Terminu dopełniającego podejrzenie jako podejrzenie uzasadnione nie formułował jedynie kodeks z 1928 r., zaś kodeks aktualnie obowiązujący stanowi, że postanowienie o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia wydaje się z urzędu lub na wniosek, określając czyn będący przedmiotem postępowania i jego kwalifikację prawną. Podobne rozstrzygnięcia dotyczące konkretyzacji czynu i jego oceny prawnokarnej zawierały również kodeksy poprzednio obowiązujące (odpowiednio art. 236 § 1 i art. 257 § 1).

Regulacje prawnokarne odmowy wszczęcia postępowania karnego były we wspomnianych kodeksach nieco zróżnicowane. O ile art. 305 k.p.k., mówiąc o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia, zastrzega przy tym właściwość prokuratora do wydania postanowienia o odmowie wszczęcia

¹ L. Schaff, Wszczęcie postępowania karnego a problematyka podstawy i przedmiotu procesu, PiP 1959, nr 2.

śledztwa i wniosek taki wynikał również ze słów art. 230 § 1 k.p.k. z 1928 r. – „organ uprawniony do prowadzenia dochodzenia lub śledztwa odmawia ścigania”, to art. 258 § 1 k.p.k. z 1969 r. nie zawierał wprost w swej treści tego rodzaju regulacji prawnej. Wyprowadzano ją jedynie z racjonalnej kompetencji organu uprawnionego do prowadzenia śledztwa, że organ nie mający uprawnień do wszczynania śledztwa nie posiada również uprawnień do podejmowania decyzji o odmowie jego wszczęcia.

Podobne różnicowanie występuje również, gdy chodzi o wskazanie powodów odmowy wszczęcia postępowania. O ile przepisy art. 230 § 1 k.p.k. z 1928 r. i art. 258 § 2 k.p.k. z 1969 r. mówiły wprost w swej treści, że odmawia się wszczęcia postępowania przygotowawczego, jeżeli okoliczności przytoczone w zawiadomieniu nie dają podstawy do jego wszczęcia, to art. 305 § 1 k.p.k. nakazuje jedynie podjęcie postanowienia o wszczęciu bądź odmowie wszczęcia niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia. Nie wskazanie wprost w treści art. 305 § 1 k.p.k. powodów podjęcia postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego nie oznacza dowolności zapadających decyzji. Rodzaj podejmowanych w tym zakresie rozstrzygnięć procesowych wynika z treści art. 17 k.p.k. określającego przesłanki procesowe, a również *a contrario* treści art. 303 k.p.k. Jeżeli uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa obliuguje oskarżyciela publicznego – zgodnie z zasadą legalizmu – do wszczęcia postępowania przygotowawczego, to oczywistym jest, że brak takiego uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa – wyjąwszy dyspozycję art. 307 k.p.k. – stanowi podstawę do niezwłocznego podjęcia postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego (dochodzenia lub śledztwa).

W piśmiennictwie powszechnie przyjmuje się, iż wydanie postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego warunkowane jest uprzednim złożeniem zawiadomienia o przestępstwie i stanowi reakcję organu procesowego na otrzymane zawiadomienie. Informacje pochodzące z własnych ustaleń organu ścigania karnego bądź innych źródeł niż zawiadomienie, nie wymagają – po ich negatywnym zweryfikowaniu – podjęcia postanowienia o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego².

Godzi się jednak zauważyć, że jeżeli przepisy art. 230 § 1 k.p.k. z 1928 r. i art. 258 § 1 k.p.k. z 1969 r. warunkowały decyzję odmawiającą wszczęcia postępowania przygotowawczego uprzednim zawiadomieniem – „jeżeli okoliczności przytoczone w zawiadomieniu nie dają podstawy do wszczęcia

² T. Grzegorzczak, Odmowa wszczęcia postępowania przygotowawczego, PiP 1979, nr 4; J. Peczeniuk, Odmowa wszczęcia postępowania przygotowawczego, PiP 1995, nr 2; Z. Młynarczyk, Czynności sprawdzające i odmowa wszczęcia postępowania karnego, Prok. i Pr. 1995, nr 5; W. Grzeszczyk, Przebieg postępowania przygotowawczego, Warszawa 1997, s. 81–82; R. A. Stefański, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, pod red. Z. Gostyńskiego, Warszawa 1998, t. II, s. 46.

postępowania...”, to przepis art. 305 § 1 k.p.k. warunkuje decyzję odmawiającą wszczęcia uprzednim otrzymaniem zawiadomienia o przestępstwie. Tego rodzaju terminologia ustawowa informacji przekazywanej organowi ścigania o określonym zdarzeniu faktycznym jako zawiadomienie o przestępstwie różni się od uregulowań poprzednich i musi skutkować określone następstwa w praktyce procesowego rozstrzygnięcia odmową wszczęcia. Terminologia ta musi w szczególności obligować organ ścigania karnego do selekcji otrzymywanych zawiadomień oraz czynienia przedmiotem procesowego zainteresowania jedynie tych spośród nich, które informują o zdarzeniach posiadających cechy przedmiotowe czynów typizowanych w obowiązującym porządku prawnym jako czyny zabronione. Ustawowa treść art. 305 § 1 k.p.k. zawiadomienia o przestępstwie, to tylko i wyłącznie informacja o zdarzeniu zawierającym przedmiotowe cechy czynu, o jakim mowa w art. 115 § 1 k.k. definiującym pojęcie czynu zabronionego. Skoro podstawą wszczęcia postępowania przygotowawczego jest uzasadnione podejrzenie popełnienia przestępstwa, a więc czynu, „który zewnętrznie przedstawia się jako zespół określonych znamion ustawowych dających się zakwalifikować z danego przepisu części szczególnej kodeksu karnego lub innej ustawy szczególnej”³, to również decyzja odmawiająca wszczęcia z uwagi na negatywne przesłanki procesowe bądź brak uzasadnionego podejrzenia, może odnosić się do zdarzenia tak opisanego treścią zawiadomienia. Rozsądek i racjonalność działania organu ścigania tudzież jego ustawowe zadania wyłączają możliwość procesowego interesowania się zawiadomieniem informującym o obojętnych prawnokarnie zjawiskach życia codziennego bądź też zjawiskach urojeniowych, którym zawiadamiający przypisuje cechę bezprawności. Czy można bowiem bez narażenia się na ośmieszenie bądź nawet zarzut kształtowania swej wiedzy prawniczej na „Procesie” Franza Kafki rozstrzygać procesowo w majestacie prawa zawiadomienie o przestępstwie oszustwa polegającym na „niepłaceniu czynszu dzierżawnego przez TP SA za wszczepiony przekaźnik w ucho środkowe donoszącego”. Było to wszak autentyczne „zawiadomienie o przestępstwie” osoby niewątpliwie cierpiącej na zaburzenia psychiczne i nie odosobnione wśród napływających do organów ścigania karnego.

Tego rodzaju zawiadomienie o przestępstwie oraz wskazane przykładowo wyżej jakie wpływają do jednostek organizacyjnych prokuratury, nie mogą być traktowane jako zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa w rozumieniu art. 305 § 1 k.p.k., a przeto nie wymagają podjęcia procesowego rozstrzygnięcia w postaci postanowienia o odmowie wszczęcia dochodzenia lub śledztwa. Zawiadomienia informujące o obojętnych prawnokarnie zjawiskach życia codziennego bądź też zjawiskach urojeniowych, „nie są oparte

³ Z. Młynarczyk, Wszczęcie śledztwa i dochodzenia, Prok. i Pr. 1995, nr 4.

na racjonalnych przesłankach obiektywnie uprawdopodobniających fakt popełnienia przestępstwa⁴. Podobnie też należy oceniać zawiadomienia zarzucające przestępczość decyzji merytorycznej podjętej w ramach kompetencji danego organu w prowadzonym na podstawie ustawy postępowaniu karnym przygotowawczym lub sądowym. Pisma te z istoty swej są wyrazem niezadowolenia z podjętej decyzji procesowej, a ich rozpoznanie podlega określonym w ustawie procesowej zasadom postępowania odwoławczego bądź skargowego. Sposób zaś i podstawę procesowego ich rozstrzygnięcia wyznacza strona normatywna treści żądania, a nie życzeniowa postawa żądającego.

Jakakolwiek więc próba przenoszenia poza kontrolę instancyjną merytorycznej oceny podjętego rozstrzygnięcia procesowego, a zwłaszcza przeniesienia jej na grunt odrębnego postępowania karnego w kontekście przestępczości zapadłego rozstrzygnięcia, to nic innego jak pozaustawowe i pozaprawne „klonowanie” spraw karnych. Zjawisko to raz uruchomione nie znajdzie nigdy definitywnego rozwiązania, bowiem zarzut „popełnienia przestępstwa” przez prokuratora bądź sędziego może być podniesiony przeciwko każdemu kolejnemu postanowieniu o odmowie wszczęcia, które nie uwzględni życzenia strony.

Jaki więc przyjąć sposób postępowania z tego rodzaju pismami – „zawiadomieniami o przestępstwie”, skoro przepisy procedury karnej nie przewidują tu odrębnych rozstrzygnięć dotyczących korespondencji pochodzącej od osób cierpiących na zaburzenia psychiczne, korespondencji wnoszonej „gwoli swawoli”, dla wywołania medialnej sensacji bądź też prowokacji politycznej. Rozwiązania tego problemu nie znajdziemy w cechach osobowych i motywach działania autora korespondencji, a tylko i wyłącznie w jej treści, mając przy tym na uwadze ustawowe zadania organów prokuratury, wyznaczające zakres jej działania, a polegające na strzeżeniu praworządności i czuwaniu nad ściganiem przestępstw⁵, podstawowe zasady procesu karnego, a także życiowy rozsądek. Wszystko to uzasadnia w mojej ocenie pozostawianie owej korespondencji bez procesowego biegu, jak czyni się to ze zweryfikowanymi negatywnie informacjami pochodzącymi z własnych ustaleń organu ścigania karnego i który to sposób postępowania przewidują przepisy Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 kwietnia 1992 r. – Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. z 1993 r., Nr 38, poz. 193 z późn. zm.). Mając te względy na uwadze, a zwłaszcza treść art. 2 ustawy o prokuraturze, prokurator nie posiada uprawnień do procesowego interesowania się zjawiskami obojętnymi prawnokarnie bądź należącymi do kompetencji innych władz

⁴ W. Grzeszczyk, *Przebieg...*, s. 82.

⁵ Por. art. 2 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, Dz. U. z 1994 r., Nr 19, poz. 70 z późn. zm.

lub urzędów. Nie posiada też uprawnień do rozstrzygnięcia o protestach wyborczych, zgodności z Konstytucją aktów prawnych, czy wreszcie sporządzenia recenzji o autorskiej interpretacji wykonania utworu. „Klonowaniu” zaś spraw karnych stoi na przeszkodzie niedopuszczalność orzekania o tym samym przedmiocie w innym postępowaniu karnym – *ne bis in idem procedatur*. Odrzucanie przy tym domniemania, że to co zostało prawomocnie ustalone w procesie karnym odpowiada prawdzie obiektywnej – *pro veritate habetur*, prowadziłyby do „permanentnego sądenia” prawomocnych orzeczeń i zupełnego zachwiania porządku prawnego.

Mając powyższe na uwadze, należy w odniesieniu do wymienionych na wstępie „zawiadomień o przestępstwie” stosować moim zdaniem następującą zasadę praktycznego postępowania.

Ad 1. Wyrok jako procesowe rozstrzygnięcie właściwego sądu o zasadności wniesionej przez oskarżyciela skargi podlega stosownej kontroli instancyjnej w postępowaniu odwoławczym, co regulują szczegółowo przepisy działu IX kodeksu postępowania karnego o postępowaniu odwoławczym. Również w odniesieniu do prawomocnych wyroków obowiązująca procedura karna przewiduje w dziale XI – w razie zaistnienia przewidzianych ustawą okoliczności – nadzwyczajne środki zaskarżenia. Istnieje też określona treścią art. 101 i 102 k.p.k. instytucja nieważności orzeczeń oraz nieważności przewidzianej ustawą z dnia 23 lutego 1991 r. o uznaniu za nieważne orzeczeń wydanych wobec osób represjonowanych za działalność na rzecz niepodległego bytu Państwa Polskiego (Dz. U. Nr 34, poz. 149). W tych tylko ramach ustawowych uregulowań środków zaskarżenia możliwa jest merytoryczna kontrola orzeczeń sądowych i rozpoznawanie jako środków odwoławczych przez właściwy procesowo organ owych zawiadomień, stanowiących wyraz niezadowolenia strony z zapadłego rozstrzygnięcia. Wszelkie zaś inne – poza tymi ustawowymi uregulowaniami – rozpoznawanie przez organ ścigania otrzymywanych zawiadomień stron, a zwłaszcza rozstrzygnięcie o zgodności z prawem zapadłego orzeczenia sądowego, jest godzeniem w konstytucyjną zasadę niezawisłości sądu.

Ad 2. Akt oskarżenia jako przewidziana ustawą procesową skarga uprawnionego oskarżyciela wnoszona do sądu z żądaniem wszczęcia postępowania sądowego i ukarania oskarżonego za zarzucone mu przestępstwo, podlega kontroli sądowej w fazie wstępnej przed rozprawą sądową. Obok kontroli warunków formalnych aktu oskarżenia sprawowanej przez prezesa sądu w trybie art. 337 k.p.k., art. 339 k.p.k. przewiduje także kontrolę merytoryczną zasadności wniesionego oskarżenia, gdy proces ze względów prawnych bądź faktycznych byłby niedopuszczalny. Mianowicie według art. 339 § 3 pkt. 1 i 2 k.p.k., prezes sądu kieruje sprawę na posiedzenie, jeżeli zachodzi potrzeba podjęcia przez sąd rozstrzygnięcia o umorzeniu postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt. 2–11 k.p.k., względnie też

umorzenia postępowania z powodu oczywistego braku faktycznych podstaw oskarżenia. Wspomniane w tej mierze „zawiadomienie o przestępstwie”, w istocie swej kwestionuje zasadność wniesionego aktu oskarżenia i stanowi faktycznie wniosek o jego rozpoznanie przez sąd w trybie art. 339 § 3 pkt. 1 lub 2 k.p.k. W takim też trybie podlega ono przekazaniu właściwemu sądowi celem jego rozpoznania. Przekazaniu celem stosownego wykorzystania podlegają też tego rodzaju pisma wpływające w toku trwającego postępowania sądowego, albowiem w tej fazie procesu sąd jest gospodarzem danej sprawy.

Poza powyższym uregulowaniem, brak jest podstaw prawnych do sprawowania przed rozprawą sądową merytorycznej kontroli zasadności wniesionego oskarżenia, a zwłaszcza przenoszenia tej kontroli wbrew zasadzie *ne bis in idem procedatur* na grunt innego postępowania karnego. Oskarżonemu w ramach prawa do obrony służą wszelkie przewidziane prawem wnioski i czynności zmierzające do wykazania niezasadności oskarżenia, zaś ich ocena oraz ocena zasadności oskarżenia następuje w treści orzeczenia kończącego postępowanie sądowe. Uwzględniając powyższe, poza uregulowaniem przewidzianym treścią art. 339 § 3 pkt. 1 i 2 k.p.k., wszelkie inne „zawiadomienia” kwestionujące zasadność wniesienia lub popierania oskarżenia przez prokuratora nie mogą uzyskać żadnego biegu procesowego i należy pozostawić je bez rozpoznania, informując o powyższym wnoszącego dane pismo.

Ad 3. Podejmowane w postępowaniu przygotowawczym decyzje kończące te postępowania w postaci postanowień o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania (dochodzenia lub śledztwa) podlegają – w ramach nadzoru procesowego nad postępowaniem przygotowawczym uregulowanym przepisami kodeksu postępowania karnego – kontroli instancyjnej prokuratora nadrzędnego oraz sądu właściwego do rozpoznania sprawy, w zakresie i na warunkach określonych treścią art. 306, 330 i 465 § 2 k.p.k. Szczególną formą procesowego nadzoru instancyjnego jest także wzruszenie prawomocnych postanowień kończących postępowanie przygotowawcze, przez podjęcie na nowo w trybie art. 327 § 1 k.p.k. prawomocnie umorzonego postępowania, wznowienie na podstawie art. 327 § 2 k.p.k. prawomocnie umorzonego postępowania *ad personam*, a nadto uchylene w trybie art. 328 k.p.k. przez Prokuratora Generalnego prawomocnego postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego⁶.

Obok procesowego nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym określonego przepisami kodeksu postępowania karnego istnieje również nadzór służbowy sprawowany w ramach wewnętrznego funkcjonowania organów prokuratury w oparciu o wspomniany już Regulamin wewnętrznego

⁶ R. A. Stefański, (w:) Kodeks..., s. 120.

urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury. Merytoryczny zakres tego nadzoru ogranicza art. 8 ust. 5 ustawy o prokuraturze, według którego polecenie dotyczące treści czynności procesowej, wydane przez prokuratora przełożonego innego niż prokurator bezpośrednio przełożony, nie może obejmować sposobu zakończenia postępowania przygotowawczego. Szczegółowe regulacje w tym zakresie co do badania sprawy w trybie nadzoru służbowego, prokuratorów uprawnionych do jego prowadzenia w zależności od rodzaju zapadłego w sprawie merytorycznego rozstrzygnięcia (odmowa wszczęcia, umorzenie postępowania *in rem i in personam*) i orzekania przez prokuratora w trybie instancyjnym (art. 330 § 2 k.p.k.), a także rodzaju podejmowanego rozstrzygnięcia tudzież informowania o możliwości pozostawienia bez biegu lub bez rozpoznania dalszych składanych w sprawie pism, zostały zawarte w treści § 201 i 324 tegoż regulaminu.

Składane przez strony „zawiadomienia o przestępstwie” przeciwko prokuratorom i sędziom podejmującym rozstrzygnięcia procesowe w przedmiocie odmowy wszczęcia lub umorzenia postępowania przygotowawczego stanowią w istocie rzeczy przewidziane treścią § 201 oraz 318–324 cyt. regulaminu wnioski o zbadanie w trybie nadzoru służbowego sprawy, w której uprawomocniło się postanowienie o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania bądź też skargi na działanie prokuratora. Uregulowania te stanowią więc wyłączną podstawę prawną badania sprawy w trybie nadzoru służbowego, oceny jej merytorycznej zasadności i zasadności podnoszonych zarzutów. Oczywiście jest, że badanie to dotyczy wyłącznie podniesionego zarzutu niepodzielenia racji żalącego i podjęcia skutkiem tego decyzji, w czym skarżący dopatruje się przestępności działania autora procesowego rozstrzygnięcia.

Istotnym argumentem przeciwko dopuszczalności omawianej praktyki jest również treść art. 66 ustawy o prokuraturze, dotyczącego odpowiedzialności dyscyplinarnej prokuratora za popełnione przezeń przewinienia służbowe. Przewinienia te mogą polegać w szczególności na oczywistej i rażącej obrazie przepisów prawa. Tych zaś nie stanowi wydanie orzeczenia mieszczącego się w granicach przyznanym uprawnień i dotkniętego przy tym uchybieniem w ocenie zgromadzonego materiału dowodowego, które mogą i powinny być skorygowane w ramach nadzoru instancyjnego⁷.

Ad 4. Przytoczone wyżej argumenty odnoszą się w równym stopniu do podejmowanych w toku prowadzonego postępowania karnego postanowień incydentalnych w przedmiocie środków zapobiegawczych czy też dowodów rzeczowych. Przeciwko tym rozstrzygnięciom służą przewidziane przepisami

⁷ Orzeczenie SN z dnia 17 listopada 2001 r., sygn. III SZ 8/01.

k.p.k. środki zaskarżenia i tylko w tym zakresie podlegają one instancyjnej kontroli procesowej.

Oceniając zaś całościowo takie postępowanie stron, a zwłaszcza podejrzanych i oskarżonych, jest to szczególna z ich strony forma obrony zmierzająca do zmiany ról procesowych i przekształcenia w ściganego, ścigający procesowy organ postępowania karnego.

Zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej w ujęciu procesowym

I.

Rozwijająca się przestępczość na terytorium Polski zobowiązuje do szukania ciągle to nowych rozwiązań zmierzających do jej zwalczania. Jednym ze sposobów mającym na celu jej zwalczanie jest możliwość zarządzenia przez sąd kontroli operacyjnej. Przewiduje ją: ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 101, poz. 1092 z późn. zm.), ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 1990 r., Nr 78, poz. 462 z późn. zm.) oraz ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2002 r., Nr 74, poz. 676).

Kontrola operacyjna, co wynika z jej istoty ma charakter niejawny i może polegać na:

1. kontrolowaniu treści korespondencji,
2. kontrolowaniu zawartości przesyłek,
3. stosowaniu środków technicznych umożliwiających uzyskiwanie w sposób niejawny informacji i dowodów oraz ich utrwalanie, a w szczególności treści rozmów telefonicznych i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych (np. internetem)¹.

Działania operacyjne pełnią służebną rolę wobec procesu karnego. Efekty działań operacyjnych znajdują swoją realizację w postępowaniu karnym. Działania operacyjne wyprzedzają postępowanie przygotowawcze, dostarczając prowadzącemu to postępowanie uzasadnienie do wszczęcia postępowania przygotowawczego w danej sprawie oraz niezbędnych informacji dotyczących sprawców czynu przestępczego oraz wskazują źródła dowodowe w danej sprawie. Nierzadko bywa również i tak, że działania operacyjne są prowadzone równolegle z postępowaniem przygotowawczym, dostarczając różnych istotnych informacji do tego postępowania. Działaniami

¹ Zobacz: art. 19 ust. 6 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tekst jedn. Dz. U. z 2000 r., Nr 101, poz. 1092 z późn. zm.); art. 9e ust. 7 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 1990 r., Nr 78, poz. 462 z późn. zm.); art. 27 ust. 6 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2002 r., Nr 74, poz. 676).

operacyjnymi są zatem prawnie określone, utajnione czynności organów ścigania oraz środki i metody ich stosowania, poza granicami postępowania karnego, w zakresie zwalczania przestępczości².

Prowadzone przez policję działania operacyjne mają przede wszystkim na celu: rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw oraz wykroczeń (argument z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji). Zarządzona natomiast przez sąd kontrola operacyjna ma na celu zapobieżenie, wykrycie, ustalenie sprawców, a także uzyskanie i utrwalenie dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw enumeratywnie wymienionych w przepisie art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji. Podobnie także Straż Graniczna może prowadzić kontrolę operacyjną w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów umyślnych przestępstw ściganych z oskarżenia publicznego, o których mowa w przepisach ustawy (art. 9e ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej). Natomiast Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego w granicach zadań, do jakich została powołana, wykonuje czynności operacyjno-rozpoznawcze i dochodzeniowo-śledcze w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw oraz ścigania ich sprawców, a także uzyskiwania i przetwarzania informacji istotnych dla ochrony bezpieczeństwa państwa i jego porządku konstytucyjnego (art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu).

Wspomnieć należy również, iż także kodeks postępowania karnego w art. 237 k.p.k. i następnie przewiduje po wszczęciu postępowania możliwość zarządzenia kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych w celu wykrycia i uzyskania dowodów dla toczącego się postępowania karnego lub zapobieżenia popełnienia nowego przestępstwa, zaś przepis art. 218 § 1 k.p.k. daje podstawę do żądania wydania korespondencji i przesyłek mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego.

II.

Na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji zarządzić kontrolę operacyjną może sąd okręgowy w formie postanowienia wydanego na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji po uzyskaniu uprzednio pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo też na pisemny wniosek komendanta wojewódzkiego policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego.

Nie w każdej jednak sprawie sąd będzie mógł zarządzić kontrolę operacyjną. Można to będzie jedynie dokonać w przypadku, kiedy wykonywane

² S. Pi ku l s k i, Działania operacyjne policji, WPP 1996, nr 2.

przez policję czynności operacyjno-rozpoznawcze, będą podejmowane w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw:

- 1) przeciwko życiu, określonych w art. 148–150 k.k.,
- 2) określonych w art. 134, art. 135 § 1, art. 136 § 1, art. 156 § 1 i 3, art. 163 § 1 i 3, art. 164 § 1, art. 165 § 1 i 3, art. 166, 167, 173 § 1 i 3, art. 189, 204 § 4, art. 223, 228, 229, 232, 245, 246, 252 § 1–3, art. 253, 258, 269, 280–282, 285 § 1, art. 286, 296, 299, § 1–6 oraz w art. 310 § 1, 2 i 4 k.k.,
- 3) przeciwko obrotowi gospodarczemu, określonych w art. 297–306 k.k., powodujących szkodę majątkową lub skierowanych przeciwko mieniu, jeżeli wysokość szkody lub wartość mienia przekracza pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę, określonego na podstawie odrębnych przepisów,
- 4) skarbowych, jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznoprawnej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę, określonego na podstawie odrębnych przepisów,
- 5) nielegalnego wytwarzania, posiadania lub obrotu bronią, amunicją, materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi lub substancjami psychotropowymi albo ich prekursorami oraz materiałami jądrowymi i promieniotwórczymi,
- 6) określonych w art. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 554 i Nr 160, poz. 1083 oraz z 1998 r., Nr 113, poz. 715),
- 7) określonych w art. 20 ustawy z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów (Dz. U. Nr 138, poz. 682; z 1997 r., Nr 88, poz. 554 i Nr 104, poz. 661 oraz z 2000 r., Nr 120, poz. 1268),
- 8) ściganych na mocy umów i porozumień międzynarodowych (art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji).

Katalog tych przestępstw jest zamknięty, co oznacza, iż jedynie podejmowanie przez policję działań w kierunku zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz dowodów popełnienia przestępstw, o których mowa powyżej, może spowodować zarządzenie przez sąd kontroli operacyjnej. Dostrzec należy jednak, iż owy katalog obok przestępstw bardzo niebezpiecznych dla porządku prawnego, jakimi niewątpliwie są zbrodnie zabójstwa, czy też zamachu na życie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, zawiera także przestępstwa o niezbyt dużym ciężarze gatunkowym, jak chociażby przestępstwo podłączenia się do cudzego aparatu telefonicznego (art. 285 § 1 k.k.), zagrożone karą do 3 lat pozbawienia wolności. W zaistniałej sytuacji rodzi się pytanie związane z ewentualnym nadużywaniem możliwości, jaką daje policji kontrola operacyjna. Wydaje się jednak, iż wystarczającą gwarancją

stosowania kontroli operacyjnej jedynie w niezbędnym zakresie jest fakt, iż o jej przeprowadzeniu decyduje niezawisły sąd.

Obok zakresu przedmiotowego uzasadniającego przeprowadzenie kontroli operacyjnej, bardzo istotnym problemem jest jej zakres podmiotowy, czyli innymi słowy, wobec kogo można zarządzić kontrolę operacyjną. Uważam, iż konstrukcja przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji daje możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej nie tylko wobec osób fizycznych, ale także osób prawnych i innych jednostek (np. w odniesieniu do korespondencji czy paczek przychodzących do firmy oraz jej telefonów), albowiem kontrola operacyjna jest zarządzana w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw enumeratywnie wymienionych w przepisie art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji. Do realizacji natomiast tych celów niewystarczającym może się okazać zarządzenie kontroli operacyjnej jedynie wobec osoby fizycznej, jeżeli chociażby działalność przestępcza jest nierozzerwalnie związana np. z działalnością gospodarczą. Aby jednak możliwym było zarządzenie kontroli operacyjnej musi istnieć całkiem realne, a nie tylko hipotetyczne, niebezpieczeństwo popełnienia jednego z przestępstw wskazanym w powyżej cytowanym przepisie, bądź też musi istnieć realna możliwość wykrycia lub ustalenia sprawców takiego przestępstwa, albo też dostarczenia dowodów jego popełnienia.

Kolejnym istotnym problemem jest kwestia, czy można zarządzić kontrolę operacyjną wobec osoby korzystającej z immunitetu.

Warto wspomnieć przy tej okazji, iż immunitety dzielimy na dwie grupy, to jest materialnoprawne, które uchylają przestępność zachowania podmiotu oraz formalnoprawne, które ograniczają się jedynie do uniemożliwienia samego ścigania karnego i wymagają zgody uprawnionego organu do pociągnięcia do odpowiedzialności³.

Art. 80 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.) stanowi, iż sędzia nie może być zatrzymany ani pociągnięty do odpowiedzialności karnej sądowej lub administracyjnej bez zezwolenia właściwego sądu dyscyplinarnego. Nie dotyczy to zatrzymania w razie ujęcia sędziego na gorącym uczynku przestępstwa, jeżeli zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. Do czasu wydania uchwały zezwalającej na pociągnięcie sędziego do odpowiedzialności karnej sądowej lub administracyjnej wolno podejmować tylko czynności niecierpiące zwłoki.

Podobnie także przedstawia się zakres immunitetu prokuratorskiego. Art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tekst jedn. Dz. U.

³ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego – komentarz, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1998, s. 89.

z 2002 r., Nr 21, poz. 206) stanowi bowiem, iż prokurator nie może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej sądowej lub administracyjnej bez zezwolenia właściwego sądu dyscyplinarnego ani zatrzymany bez zgody przełożonego dyscyplinarnego. Nie dotyczy to zatrzymania na gorącym uczynku popełnienia przestępstwa. Do czasu wydania zezwolenia na pociągnięcie prokuratora do odpowiedzialności karnej wolno przedsięwziąć tylko czynności niecierpiące zwłoki, zawiadamiając o tym niezwłocznie prokuratora przełożonego.

Zgodnie z art. 18 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r., Nr 85, poz. 937 z późn. zm.) Prezes Najwyższej Izby Kontroli nie może być bez uprzedniej zgody Sejmu pociągnięty do odpowiedzialności karnej ani pozbawiony wolności. Prezes Najwyższej Izby Kontroli nie może być zatrzymany lub aresztowany, z wyjątkiem ujęcia go na gorącym uczynku przestępstwa i jeżeli jego zatrzymanie jest niezbędne do zapewnienia prawidłowego toku postępowania. O zatrzymaniu niezwłocznie powiadamia się Marszałka Sejmu, który może nakazać natychmiastowe zwolnienie zatrzymanego.

Jak natomiast czytamy w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (Dz. U. z 1996 r., Nr 73, poz. 350 z późn. zm.), poseł lub senator nie może być pociągnięty do odpowiedzialności za działania wynikające z wykonywania mandatu ani w czasie trwania mandatu, ani po jego wygaśnięciu, chyba że narusza dobra osobiste innych osób.

Immunitet dyplomatyczny uregulowany został w art. 578 k.p.k. oraz następne i wskazuje on na fakt, iż nie podlegają orzecznictwu sądów polskich osoby z niego korzystające.

Zestawienie powyższe wskazuje na to, iż podmioty posiadające immunitety nie mogą być jedynie pociągnięte do odpowiedzialności bez zgody odpowiedniego organu, albo też nie podlegają orzecznictwu sądów polskich (immunitet dyplomatyczny). Oznacza to zatem, iż wobec osób, które korzystają z powyższych immunitetów, nie ma przeszkód prawnych do zarządzenia kontroli operacyjnej, albowiem kontrola operacyjna ma na celu zapobieżenie, wykrycie, ustalenie sprawców, a także uzyskanie i utwalenie dowodów ściganych z oskarżenia publicznego umyślnych przestępstw, z tym tylko, iż materiały uzyskane w drodze zarządzenia kontroli operacyjnej osoby korzystającej z immunitetu będzie można wykorzystać procesowo jedynie w wypadku uzyskania zgody od właściwego organu do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej⁴.

⁴ Zobacz także S. Ho c, Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa, WPP 1992, nr 3–4.

Właściwym do rozstrzygnięcia wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej jest sąd okręgowy, którego właściwość miejscową określa się ze względu na siedzibę składającego wniosek organu policji. Innymi słowy właściwym miejscowo do rozpoznania przedmiotowego wniosku jest sąd okręgowy, który ma siedzibę w tej samej miejscowości, co uprawniony podmiot składający wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej. Wynika więc z tego, iż nie każdy sąd okręgowy będzie orzekał w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej, a jedynie ten, w którym siedzibę ma komendant wojewódzki policji. W sytuacji zatem, gdy wniosek takowy został złożony do sądu, który nie jest właściwy miejscowo, sąd ten powinien postąpić zgodnie z treścią art. 35 § 1 k.p.k. Rozstrzygnięcie wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej przez niewłaściwy miejscowo sąd okręgowy nie stanowi jednak wystarczającego powodu do uchylenia zaskarżonego postanowienia w przypadku złożenia zażalenia, chyba że skarżący wykaże, iż obraza przepisów postępowania dotycząca kwestii właściwości miejscowej mogła mieć wpływ na treść zapadłego orzeczenia (argument z art. 438 pkt 2 k.p.k.).

Wniosek o zarządzenie przez sąd okręgowy kontroli operacyjnej powinien zawierać oprócz elementów niezbędnych dla pisma procesowego, o których jest mowa w treści art. 119 § 1 k.p.k., a zatem:

- oznaczenie organu, do którego wniosek jest kierowany oraz sprawy, której dotyczy,
 - oznaczenie oraz adres wnoszącego pismo procesowe,
 - treść wniosku wraz z jego uzasadnieniem,
 - datę i podpis składającego pismo,
- a także:
- numer sprawy i jej kryptonim, jeżeli został jej nadany,
 - opis przestępstwa z podaniem, w miarę możliwości, jego kwalifikacji prawnej,
 - okoliczności uzasadniające potrzebę zastosowania kontroli operacyjnej, w tym stwierdzonej albo prawdopodobnej bezskuteczności lub nieprzydatności innych środków,
 - dane osoby, wobec której stosowana będzie kontrola operacyjna, ze wskazaniem miejsca lub sposobu jej stosowania,
 - cel, czas i rodzaj prowadzonej kontroli operacyjnej.

W przypadku potrzeby zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanej lub oskarżonego, we wniosku organu policji o zarządzeniu kontroli operacyjnej zamieszcza się ponadto jeszcze informację o toczącym się wobec tej osoby postępowaniu (art. 19 ust. 5 i 7 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji).

Jeżeli złożony do sądu wniosek nie będzie odpowiadać wymaganiom formalnym, to wówczas należy postąpić w sposób wskazany w treści art. 120 § 1 k.p.k., a więc wezwać składającego wniosek do usunięcia braku

formalnego pisma procesowego w terminie 7 dni, pod rygorem uznania go za bezskuteczny, o czym jednocześnie należy pouczyć podmiot wzywany do usunięcia braku formalnego.

Wprawdzie ustawa o policji reguluje kwestie dotyczącą postępowania z wnioskiem o zarządzenie kontroli operacyjnej, to jednak mając na uwadze treść art. 1 k.p.k. („postępowanie karne w sprawach należących do właściwości sądów toczy się według przepisów niniejszego kodeksu”), należy uznać, iż istnieje racjonalne uzasadnienie do postąpienia w sposób wskazany powyżej, w przypadku wystąpienia braków formalnych wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej zwłaszcza, iż ustawa o policji kwestii tej nie reguluje odmiennie.

Wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej sąd okręgowy rozpoznaje na posiedzeniu w składzie 1 sędziego. Jest to zatem kolejny wyjątek od wynikającej z treści przepisu art. 30 § 1 k.p.k. zasady, iż na posiedzeniu sąd okręgowy rozpoznaje sprawy w składzie trzech sędziów.

W posiedzeniu sądu może wziąć udział wyłącznie prokurator i przedstawiciel organu policji wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej. Przepisy ustawy o Policji jednoznacznie wyłączają uczestnictwo w posiedzeniu jakichkolwiek innych podmiotów. Zachodzić zatem będzie konieczność powiadomienia przez sąd podmiotów uprawnionych do wzięcia udziału w posiedzeniu. Z uwagi na sformułowanie treści art. 19 ust. 11 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji stwierdzić należy, iż niestawiennictwo prawidłowo powiadomionych o terminie posiedzenia prokuratora i przedstawiciela organu policji wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej nie będzie tamować przebiegu posiedzenia i rozpoznania złożonego wniosku. Brak jednak dowodu powiadomienia o terminie posiedzenia skutkować musi jego przerwaniem lub odroczeniem (argument z art. 117 § 2 k.p.k.).

Zaznaczyć należy jednak, iż biorący udział w posiedzeniu sądu przedstawiciel organu policji wnioskującego o zarządzenie kontroli operacyjnej powinien na terminie posiedzenia przedstawić stosowne upoważnienie, wystawione w zależności od tego, kto wystąpił do sądu z wnioskiem, o którym mowa powyżej, to jest albo przez Komendanta Głównego Policji, albo też przez komendanta wojewódzkiego policji.

Jak wynika z art. 85 § 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.) sędzia nie podlega postępowaniu sprawdzającemu przewidzianemu w ustawie z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 1999 r., Nr 11, poz. 95 z późn. zm.). Treść tego przepisu rozciąga się także na asesorów sądowych, a to za sprawą art. 136 § 2 u.s.p., z którego to przepisu wynika, iż do asesorów sądowych, którym powierzono pełnienie czynności sędziowskich, stosuje się przepisy dotyczące sędziów, z wyjątkiem art. 66, art. 68 § 2, art. 69–75, art. 77 § 1–5 i § 7, art. 91 § 1–4 i § 9–11, art. 98 oraz

art. 102 ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych. Wśród wyłączonych przepisów nie znajduje się wspomniany już wcześniej art. 85 § 4, dlatego też asesory podobnie jak i sędziowie nie podlegają postępowaniu sprawdzającemu przewidzianemu w ustawie z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych.

Analogicznie sytuacja przedstawia się w odniesieniu do prokuratorów. Z art. 62a ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tekst jedn. Dz. U. z 2002 r., Nr 21, poz. 206) wynika jednoznacznie, iż do prokuratorów stosuje się odpowiednio m.in. przepis art. 85 § 4 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz. U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.). Jednakże z uwagi na treść art. 100 ust. 1 ustawy o prokuraturze, asesory prokuratorscy nie są wyłączeni z mocy prawa z procedury sprawdzenia przewidzianej w ustawie z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych, albowiem wprowadzie do asesorów powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące prokuratorów, z wyłączeniem jednak m.in. przepisu art. 62a ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze.

Sąd, rozpoznając wniosek o zarządzenie kontroli operacyjnej, zobowiązany jest do dokonania ustaleń pod kątem istnienia przesłanek ustawowych uzasadniających jej zarządzenie, a zatem gdy zajdzie konieczność ustalenia:

- czy kontrola operacyjna, o której zarządzenie zwrócił się do sądu uprawniony podmiot, ma na celu zabezpieczenie, wykrycie, ustalenie sprawców, uzyskanie i utrwalenie dowodów ściganych z oskarżenia publicznego jednego z przestępstw enumeratywnie wskazanego w przepisie art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji,
- czy istnieje pisemna zgoda na zarządzenie kontroli operacyjnej pochodząca od Prokuratora Generalnego, w sytuacji gdy z wnioskiem wystąpił Komendant Główny Policji lub od właściwego miejscowo prokuratora okręgowego, w sytuacji gdy z wnioskiem wystąpił komendant wojewódzki policji,
- czy stosowane inne środki niż zarządzenie kontroli operacyjnej okazały się już bezskuteczne lub co najmniej zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne. Owe prawdopodobieństwo należy jednak wykazać. Nie można poprzestać jedynie, np. w uzasadnieniu orzeczenia o zarządzeniu kontroli operacyjnej, na powtórzeniu zwrotu ustawowego.

Biorąc pod uwagę fakt, iż kontrola operacyjna dotyka sfery prywatności i z zasady prowadzona jest w taki sposób, aby osoba, której dotyczy, nie miała o tym żadnej wiedzy, w tym także w przyszłości, na sądzie ciążyć będzie obowiązek bardzo wnikliwego sprawdzenia istnienia ustawowych przesłanek uzasadniających zarządzenie kontroli operacyjnej zwłaszcza, iż oso-

ba, której wniosek dotyczy, nie posiada prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu (nawet po zakończonej kontroli operacyjnej), mimo iż postanowienie to bezpośrednio jej dotyczy.

Wprawdzie zasadą jest, iż o rozpoczęciu kontroli operacyjnej decyduje sąd, to jednak ustawa o policji przewiduje dwa wyjątki od tej zasady. Pierwszy dotyczy przypadku, kiedy w sytuacji niecierpiącej zwłoki, jeżeli mogłoby to spowodować utratę informacji lub zatarcie albo zniszczenie dowodów przestępstwa, Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki może sam zarządzić przeprowadzenie kontroli operacyjnej. Ustawa wymaga jednak, aby przed podjęciem takiej decyzji był on w posiadaniu pisemnej zgody na zarządzenie kontroli operacyjnej pochodzącej od właściwego prokuratora. Zarządzając kontrolę operacyjną, podmiot, o którym mowa jest wyżej, zobowiązany jest do jednoczesnego zwrócenia się do właściwego miejscowo sądu okręgowego o wydanie postanowienia w tej sprawie. Możliwość ta powoduje zagrożenie dla zasady, iż to sąd, a nie inny podmiot decydować będzie w ogóle o rozpoczęciu kontroli operacyjnej. Niebezpieczeństwo takie powstaje w związku z nieostrym sformułowaniem przepisu art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji (dotyczy to zwrotu: „w przypadkach niecierpiących zwłoki”). Ocena, czy zachodzi przypadek niecierpiący zwłoki, zależeć będzie od podmiotów zarządzających kontrolę operacyjną (Komendant Główny Policji lub właściwy komendant wojewódzki). Niepokojącym zjawiskiem byłoby nadużywanie tej możliwości, zwłaszcza w sytuacji dokładnego badania przez sąd przesłanek ustawowych uzasadniających zarządzenie kontroli operacyjnej. Wydaje się jednak, iż obowiązek uzyskania pisemnej zgody pochodzącej od prokuratora oraz konieczność wystąpienia do sądu z wnioskiem o wydanie postanowienia w tej sprawie będzie stanowić skuteczne zabezpieczenie przed odwróceniem zasady, iż to postanowienie niezawisłego sądu, a nie decyzja Komendanta Głównego Policji czy też komendanta wojewódzkiego decydować będzie o rozpoczęciu kontroli operacyjnej, bo i tak zgoda na prowadzenie kontroli operacyjnej musi pochodzić od sądu. Pogląd taki jest uzasadniony literalnym brzmieniem przepisu art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji. W razie bowiem nie udzielenia przez sąd zgody, o której jest mowa powyżej, w terminie 5 dni od dnia zarządzenia kontroli operacyjnej organ zarządzający (Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki) wstrzymuje kontrolę operacyjną oraz dokonuje protokolarnego, komisyjnego zniszczenia materiałów zgromadzonych podczas jej stosowania⁵.

⁵ W rozporządzeniu z dnia 18 marca 2002 r. (Dz. U. z 2002 r., Nr 24, poz. 252) Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji określił sposób dokumentowania prowadzonej przez policję kontroli operacyjnej, przechowywania i przekazywania wniosków, zarządzeń i materiałów uzyskanych podczas stosowania tej kontroli, a także przetwarzania i niszczenia tych materiałów.

Literalna wykładnia art. 19 ust. 3 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji nieodparcie prowadzi do wniosku, iż wstrzymanie kontroli operacyjnej zarządzanej przez Komendanta Głównego Policji lub właściwego komendanta wojewódzkiego w przypadkach niecierpiących zwłoki, następuje zarówno w sytuacji, gdy sąd nie uwzględni wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej, jak i wówczas, kiedy w terminie 5 dni, licząc od zarządzenia tej kontroli przez podmiot wskazany powyżej, sąd nie podejmie decyzji co do wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej. Zasadne byłoby zatem kierowanie sprawy na posiedzenie sądu okręgowego przed upływem owego terminu 5 dni. Skierowanie sprawy na posiedzenie w tym czasie jest istotne z co najmniej dwóch powodów. Charakter przestępstw, co do których może być stosowane zarządzenie kontroli operacyjnej oraz pojawiająca się możliwość bezpowrotnej utraty informacji lub zatarcie czy też zniszczenie dowodów, uzasadnia szybkość działania sądu w przypadku rozpoznania takiego wniosku, który jest złożony z jednoczesnym zarządzeniem kontroli operacyjnej przez podmiot do tego uprawniony, o którym mowa jest w ustawie z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji. Ponadto wydanie przez sąd postanowienia w terminie 5 dni będzie stanowiło swojego rodzaju kontrolę nad zasadnością zarządzenia kontroli operacyjnej przez Komendanta Głównego Policji lub przez komendanta wojewódzkiego.

Drugi z wyjątków od zasady, iż to sąd decyduje o rozpoczęciu kontroli operacyjnej, dotyczy sytuacji, kiedy to kontrola operacyjna prowadzona jest za wyrażoną na piśmie zgodą osoby będącej nadawcą lub odbiorcą przekazu informacji. W sytuacji takiej kontrolę operacyjną zarządza organ policji właściwy do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych w danej sprawie (art. 19 ust. 18 i 19 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji).

Dostrzec należy także to, iż w postępowaniu o zarządzanie kontroli operacyjnej rola prokuratora jest ograniczona, albowiem sprowadza się do wyrażenia zgody na prowadzenie kontroli operacyjnej przez policję oraz możliwości brania udziału w posiedzeniu sądu, którego przedmiotem jest rozstrzygnięcie o zasadności złożonego wniosku o zarządzanie kontroli operacyjnej. Prokurator jednak, podobnie zresztą jak i sam bezpośrednio zainteresowany, nie posiadają prawa do złożenia zażalenia na postanowienie sądu. Wniosek taki należy wyciągnąć bezpośrednio z treści przepisu art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji, z którego to przepisu wynika, iż zażalenie na postanowienie sądu w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej przysługuje organowi policji, który złożył wniosek o wydanie tego postanowienia. Nie wymienienie w tym przepisie obok organu policji prokuratora oraz podmiotu, którego zarządzenie kontroli operacyjnej bezpośrednio dotyczy, pozbawia ich prawa do wniesienia zażalenia na postanowienie sądu. Takie rozwiązanie ustawowe, które pozbawia podmiot, którego zarządzenie kontroli operacyjnej bezpośrednio dotyczyło, prawa do złożenia za-

żalenie należy poddać krytyce. Chociaż ustawa zapewnia dwuinstancyjne postępowanie sądowe w kwestii dotyczącej zarządzenia kontroli operacyjnej, to jednak nie tylko organ policji, ale także podmiot, którego kontrola operacyjna dotyczy, powinien mieć prawo, po zakończonej kontroli operacyjnej do wniesienia zażalenia na wydane postanowienie, celem zbadania celowości i zasadności zarządzanej kontroli operacyjnej, zwłaszcza iż nawet prokurator nie posiada takiego uprawnienia.

Zawarty w treści art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji zwrot, iż do zażeń stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego nie pozostawia żadnych wątpliwości, iż zażalenie na postanowienie sądu okręgowego w przedmiocie kontroli operacyjnej rozpoznawać będzie sąd apelacyjny w składzie 3 sędziów (argument z art. 26 k.p.k. w zw. z art. 30 § 2 k.p.k.). O terminie posiedzenia toczącego się przed sądem odwoławczym należy zaś powiadomić: organ policji składający zażalenie oraz prokuratora (argument z art. 464 § 1 zd. 2 k.p.k.). W kontekście art. 464 § 1 k.p.k. nasuwa się jednak dość zasadnicze pytanie, a mianowicie, czy organ policji składający zażalenie jest stroną w rozumieniu powyższego przepisu. Dział III kodeksu postępowania karnego zatytułowany „Strony, obrońcy, pełnomocnicy, przedstawiciel ustawowy” wymienia jako strony: oskarżyciela publicznego, pokrzywdzonego, oskarżyciela posiłkowego, oskarżyciela prywatnego, powoda cywilnego i oskarżonego. Brak wymienienia w tym katalogu jako strony organu policji nie pozbawia go jeszcze automatycznie takiego charakteru. Doktryna bowiem różnie definiuje pojęcie strony. Według niektórych jest to podmiot interesów uwikłanych w spór procesowy (M. Cieślak, *Proces karny*, s. 35). Inni natomiast podnoszą, iż chodzi o podmiot stosunku prawnego występujący w procesie we własnym imieniu (K. Marszał, *Polska procedura karna*, s. 135)⁶. W świetle powyższych poglądów doktryny oraz brzmienia przepisu art. 19 ust. 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji, nakazującego odpowiednie stosowanie do zażeń przepisów kodeksu postępowania karnego stwierdzić należy, iż organowi policji przysługiwać będzie prawo do występowania przed sądem apelacyjnym jako sądem odwoławczym, zwłaszcza iż przysługuje mu prawo do złożenia zażenia.

Ustawa o Policji nakazuje także, aby czynności sądu związane z rozpoznawaniem wniosków o zarządzenie kontroli operacyjnej (należy to także odnieść do postępowania odwoławczego) były realizowane w warunkach przewidzianych dla przekazywania, przechowywania i udostępniania informacji niejawnych oraz w drodze odpowiedniego zastosowania przepisów wydanych na podstawie art. 181 § 2 k.p.k. Na podstawie tego przepisu Minister Sprawiedliwości wydał w dniu 1 grudnia 1998 r. rozporządzenie w sprawie sposobu przechowywania protokołów zeznań obejmujących okoliczno-

⁶ Cytat za: T. Grzegorzczak, *op. cit.*, s. 146.

ści, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy państwowej, służbowej albo związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz. U. z 1998 r., Nr 148, poz. 975), z którego to m.in. wynika, iż protokoły, w których zawarte są wiadomości stanowiące tajemnicę państwową, uważa się za dokument tajny, który podlega rejestracji w dzienniku ewidencji wykonanych dokumentów i w dzienniku korespondencji dokumentów tajnych lub tajnych specjalnego znaczenia, zaś dokumenty tajne i akta tajne przechowywane są w kancelarii tajnej sądu. Rozporządzenie to utraciło jednak moc z dniem 1 lipca 2003 r., w związku z wejściem w życie z tym dniem nowego rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2003 r., wydanego na podstawie przepisu art. 181 § 2 k.p.k., w sprawie sposobu postępowania z protokołami przesłuchań i innymi dokumentami lub przedmiotami, na które rozciąga się obowiązek zachowania tajemnicy państwowej, służbowej albo związanej z wykonywaniem zawodu lub funkcji (Dz. U. z 2003 r., Nr 108, poz. 1023).

Zarządzenie kontroli operacyjnej przez sąd okręgowy może nastąpić jedynie na ściśle określony okres czasu, który musi być wskazany w sentencji postanowienia sądu. Sentencja postanowienia obok określenia czasu trwania kontroli operacyjnej powinna także dokładnie precyzować, na czym ma polegać owa kontrola operacyjna. Oznaczenie to powinno być na tyle dokładne, aby na etapie wykonania postanowienia sądu nie pojawiły się kłopoty natury interpretacyjnej. Odnosić się to będzie przede wszystkim do dokładnego oznaczenia osoby, korespondencji, przesyłek oraz numerów telefonów, których dotyczyć będzie miała kontrola operacyjna.

Art. 19 ust. 8 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji stanowi, iż kontrolę operacyjną zarządza się na okres nie dłuższy niż 3 miesiące. Sąd okręgowy może, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji lub komendanta wojewódzkiego policji, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego prokuratora, na okres nie dłuższy niż kolejne 3 miesiące, wydać postanowienie o jednorazowym przedłużeniu kontroli operacyjnej, jeżeli nie ustały przyczyny zarządzenia tej kontroli. Treść przepisu pozwala wyciągnąć wniosek, iż przez okres pierwszych trzech miesięcy stosowania kontroli operacyjnej może mieć miejsce kilkakrotne jej przedłużanie, z tym tylko, aby łączny czas stosowania kontroli operacyjnej nie przekroczył trzech miesięcy. Natomiast przedłużenie na okres dalszych trzech miesięcy kontroli operacyjnej może mieć miejsce jedynie w drodze jednorazowego przedłużenia. Za poglądem takim w sposób jednoznaczny przemawia wykładnia językowa.

W art. 19 ust. 9 cytowanej wyżej ustawy czytamy natomiast, iż w uzasadnionych przypadkach, gdy podczas stosowania kontroli operacyjnej pojawią się nowe okoliczności istotne dla zapobieżenia lub wykrycia przestępstwa albo ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, sąd okręgowy, na pisemny wniosek Komendanta Głównego Policji, złożony po uzyskaniu

pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może wydać postanowienie o kontroli operacyjnej przez czas oznaczony również po upływie okresów, o których mowa w ust. 8 art. 19 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji. Dostrzec należy, iż brak w ustawie określenia terminu, na jaki można zarządzić najdłużej prowadzenie kontroli operacyjnej, prowadzić może do wniosku, iż może to powodować poddawanie niektórych osób „nieustającej” kontroli operacyjnej. Wydaje się jednak, iż wystarczającą gwarancją tego, iż sytuacja taka nie będzie miała miejsca jest fakt, iż zarówno o stosowaniu, jak i o przedłużaniu stosowania kontroli operacyjnej decyduje niezawisły sąd, który, wydając postanowienie w tym zakresie, może zapoznać się ze zgromadzonymi już podczas kontroli operacyjnej materiałami uzasadniającymi wnioski o dalsze stosowanie kontroli operacyjnej.

Niezależnie jednak od czasu, na jaki kontrola operacyjna została zarządzona przez sąd, należy ją przerwać niezwłocznie po ustaniu przyczyn uzasadniających jej zarządzenie. Zaprzestanie kontroli operacyjnej z powodu ustania przyczyn jej zarządzenia nie wiąże się z potrzebą wydania postanowienia.

Sposób, w jaki policja postąpi ze zebranymi w czasie kontroli operacyjnej materiałami, uzależniony jest od tego, czy zawierają one dowody pozwalające na wszczęcie postępowania karnego oraz czy mają znaczenie dla toczącego się postępowania karnego. W przypadku pozytywnej odpowiedzi Komendant Główny Policji lub komendant wojewódzki przekazuje wspomniane powyżej materiały z ewentualnym wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego właściwemu prokuratorowi. Materiały te podlegają odczytaniu na rozprawie w trybie art. 393 § 1 k.p.k., a zatem mogą być wykorzystane jako materiał dowodowy (art. 19 ust. 15 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji). W przeciwnej sytuacji uzyskane podczas kontroli operacyjnej materiały przechowywane są po zakończeniu kontroli przez okres 2 miesięcy, po czym następuje ich protokolarne (komisyjne) zniszczenie (art. 19 ust. 17 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji).

Odnosić należy także, iż dopiero od 19 marca 2002 r. sądy orzekają w kwestii zarządzenia kontroli operacyjnej, zaś do tego czasu zgodnie z obowiązującą treścią ustawy o Policji, o kontroli korespondencji oraz stosowaniu środków umożliwiających uzyskanie w sposób tajny informacji oraz utrwaleniu dowodów, decydował minister właściwy do spraw wewnętrznych po uzyskaniu zgody Prokuratora Generalnego. Przepisy w tym zakresie zostały zmienione ustawą z dnia 27 lipca 2001 r. o zmianie ustawy o Policji, ustawy o działalności ubezpieczeniowej, ustawy – Prawo bankowe, ustawy o samorządzie powiatowym oraz ustawy – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz. U. z 2001 r., Nr 100, poz. 1084).

Stwierdzić należy, iż zmiana ustawy o policji, dająca sądowi okręgowemu prawo do decydowania o zarządzeniu podsłuchu, pozbawiając tego prawa

jednocześnie, jak to miało miejsce przed nowelizacją ustawy o policji Ministra Spraw Wewnętrznych, jest zmianą idącą w pożądanym kierunku. To bowiem niezawili sąd, a nie urzędujący minister powinien decydować w tak ważnej kwestii jak zarządzenie kontroli operacyjnej, zwłaszcza iż dotyczy ona „naruszenia” sfery prywatności. Sąd powinien mieć również nadzór, czego ustawa już nie przewiduje, nad wykorzystywaniem informacji uzyskanych z kontroli operacyjnej, a także nad procesem ich niszczenia. Rozwiązanie takie przyczyniłoby się zapewne do zwiększenia poczucia bezpieczeństwa obywateli, iż zebrane o nich w sposób operacyjny informacje nie zostaną wykorzystane w sposób sprzeczny z ustawą, a ponadto znacznie wzmocniłoby pozycję sądu w całym postępowaniu, kosztem zmniejszenia pozycji policji.

Z uwagi na to, iż opracowanie niniejsze ogranicza się jedynie do kwestii proceduralnych związanych z zarządzeniem kontroli operacyjnej nie porusza ono problematyki związanej z warunkami technicznymi i organizacyjnymi zarządzenia kontroli operacyjnej.

III.

W sposób bardzo podobny została uregulowana kwestia dotycząca zarządzenia kontroli operacyjnej na podstawie przepisów ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz. U. z 1990 r., Nr 78, poz. 462 z późn. zm.). Zasadnicza różnica dotyczy w zasadzie tylko rodzajów przestępstw, których zapobieżenie, wykrycie oraz ustalenie sprawców i utrwalenie dowodów może spowodować zarządzenie kontroli operacyjnej, a także podmiotu, który może o nią wystąpić do sądu.

Z art. 9e ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej wynika, iż przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez Straż Graniczną w celu zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców oraz uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw:

- 1) określonych w art. 264 k.k.,
- 2) określonych w art. 270–275 k.k. w zakresie dokumentów uprawniających do przekraczania granicy państwowej,
- 3) skarbowych, o których mowa w art. 133 § 1 pkt 1 k.k.s., jeżeli wartość przedmiotu czynu lub uszczuplenie należności publicznej przekraczają pięćdziesięciokrotną wysokość najniższego wynagrodzenia za pracę określonego na podstawie odrębnych przepisów,
- 4) pozostających w związku z przekraczaniem granicy państwowej lub przemieszczaniem przez granicę państwową towarów oraz przedmiotów określonych w przepisach o oznaczaniu wyrobów znakami skarbowymi

- akcyzy, o broni, amunicji oraz o materiałach wybuchowych, a także o przeciwdziałaniu narkomanii,
- 5) określonego w art. 103 ustawy z dnia 25 czerwca 1997 r. o cudzoziemcach,
 - 6) określonych w art. 228, 229 i 231 k.k., popełnionych przez funkcjonariuszy lub pracowników Straży Granicznej w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych,
 - 7) ściganych na mocy umów międzynarodowych,
- gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne, sąd okręgowy, na piśmie wniosek Komendanta Głównego Straży Granicznej, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, lub na piśmie wniosek komendanta oddziału Straży Granicznej, złożony po uzyskaniu zgody Komendanta Głównego Straży Granicznej i pisemnej zgody właściwego miejscowo prokuratora okręgowego może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną.

Analizując przepisy ustawy o Straży Granicznej, wyraźnie dostrzegalne jest to, iż całkiem podobnie jak w ustawie o Policji uregulowane zostały następujące kwestie: zarządzenie kontroli operacyjnej w przypadkach niecierpiących zwłoki, czas trwania kontroli operacyjnej, skład i właściwość sądu, rozpoznawanie zażaleń na postanowienia sądu itd. W tym stanie rzeczy za zbyt liczne należy uznać ponowne przytaczanie tych samych argumentów, skoro zostało to już uczynione w związku z omawianiem problematyki związanej z zarządzeniem kontroli operacyjnej na podstawie ustawy o Policji.

Warto nadmienić jednak, iż możliwość zarządzenia przez sąd kontroli operacyjnej z inicjatywy Straży Granicznej wprowadzona została z dniem 16 listopada 2001 r. przez ustawę z dnia 11 kwietnia 2001 r. o zmianie ustawy o Straży Granicznej oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2001 r., Nr 45, poz. 498).

IV.

Kolejną ustawą, która przewiduje możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej przez sąd jest ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. z 2002 r., Nr 74, poz. 676). Ustawa ta nie zawiera jak poprzednie dwie ustawy jednoznacznego katalogu przestępstw dających podstawę do zarządzenia kontroli operacyjnej.

Art. 27 ust. 1 cytowanej powyżej ustawy stanowi, iż przy wykonywaniu czynności operacyjno-rozpoznawczych, podejmowanych przez ABW w celu realizacji zadań określonych w art. 5 ust. 1 pkt 2, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nie-

skuteczne lub nieprzydatne, sąd, na pisemny wniosek Szefa ABW, złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, może, w drodze postanowienia, zarządzić kontrolę operacyjną. Natomiast w powołanym powyżej przepisie art. 5 ust. 1 pkt 2 czytamy, iż do zadań ABW należy m.in. rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw:

- a) szpiegostwa, terroryzmu, naruszenia tajemnicy państwowej i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa,
- b) godzących w podstawy ekonomiczne państwa,
- c) korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz. U. Nr 106, poz. 679; z 1998 r., Nr 113, poz. 715 i Nr 162, poz. 1126; z 1999 r., Nr 49, poz. 483 oraz z 2000 r. Nr 26, poz. 306), jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa,
- d) w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa,
- e) nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej zagłady oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowym oraz ściganie ich sprawców.

Analiza powyżej zacytowanych przepisów prowadzi to wniosku, iż katalog przestępstw dających podstawę do przeprowadzenia kontroli operacyjnej określony został w sposób nieostry, co może w przyszłości stanowić powód do rozbieżności interpretacyjnych i wiązać się z nadużywaniem kontroli operacyjnej przez Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego.

Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu weszła w życie z dniem 14 czerwca 2002 r. Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 6 czerwca 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa (tekst jedn. Dz. U. z 1999 r., Nr 51, poz. 526 z późn. zm.) w art. 10 ust. 1 przewidywała, iż Szef Urzędu Ochrony Państwa, po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, mógł zarządzić na czas określony kontrolę korespondencji, a także stosowanie środków technicznych, umożliwiających uzyskiwanie w sposób tajny informacji oraz utrwalanie dowodów⁷.

Kolejna różnica pomiędzy kontrolą operacyjną zarządzoną na podstawie ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu a poprzednimi ustawami regulującymi tą samą problematykę dotyczy sądu, który jest właściwy do zarządzenia kontroli operacyjnej. Do wydania postanowienia w przedmiocie zarządzenia kontroli operacyjnej na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji

⁷ Zobacz także: S. Hoc, *op. cit.*; P. Tomaszewski, Uwagi do artykułu na temat Refleksje na marginesie art. 10 ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa, WPP 1992, nr 3–4.

Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu właściwy jest tylko Sąd Okręgowy w Warszawie. Z jednej strony tak określona właściwość jest uzasadniona charakterem przestępstw, których może dotyczyć kontrola operacyjna, lecz z drugiej strony może to być powodem do nadużywania trybu zarządzania kontrolą operacyjną w sytuacji niecierpiącej zwłoki, która daje możliwość zarządzenia Szefowi ABW kontroli operacyjnej po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego, co przy braku ostrego określenia katalogu przestępstw, w odniesieniu do których może mieć miejsce kontrola operacyjna, może prowadzić do jej nadużywania.

Pozostałe kwestie dotyczące zarządzenia kontroli operacyjnej na podstawie ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu są w zasadzie analogiczne z rozwiązaniami przyjętymi w tym zakresie zarówno przez ustawę z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji, jak i przez ustawę z dnia 12 października 1990 r. o Staży Granicznej.

V.

Od kontroli operacyjnej, jaka może być przeprowadzona przez: Policję na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji, Straż Graniczną na podstawie ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej oraz Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, należy odróżnić możliwość zarządzenia przez sąd kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych na podstawie art. 237 k.p.k. i następnych. Chociaż instytucja ta ma wiele cech wspólnych z kontrolą operacyjną zarządzaną na podstawie wcześniej cytowanych ustaw, to jednak cechami dość istotnie je różniącymi jest: etap postępowania, w którym mogą być prowadzone, ich zakres przedmiotowy oraz możliwości związane ze złożeniem zażalenia. Kontrola operacyjna odnosi się bowiem nie tylko do kontroli i utrwalania treści rozmów telefonicznych, jak to ma miejsce w rozwiązaniu przewidzianym przez treść przepisu art. 237 § 1 k.p.k., ale ponadto dotyczy także chociażby kontroli korespondencji, kontroli zawartości przesyłek oraz utrwalania nie tylko treści rozmów telefonicznych, ale i innych informacji przekazywanych za pomocą sieci telekomunikacyjnych. Nadmienić należy jednak, iż art. 218 § 1 k.p.k. przewiduje możliwość żądania przez sąd lub prokuratora wydania korespondencji i przesyłki mających znaczenie dla toczącego się postępowania, natomiast art. 241 k.p.k. w brzmieniu ustalonym przez ustawę z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155 – ustawa wchodzi w ży-

cie z dniem 1 lipca 2003 r.) przewiduje, iż przepisy dotyczące kontroli i utrwalania rozmów będą miały także zastosowanie do kontroli oraz utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów lub przekazów informacji, w tym korespondencji przesłanej pocztą elektroniczną.

Zasadniczą kwestią, która wymaga zajęcia stanowiska, jest problem dotyczący etapu postępowania karnego, na jakim może być stosowany podsłuch procesowy. Niewątpliwie może on być stosowany już z chwilą wszczęcia postępowania przygotowawczego. Zastanowienia wymaga jedynie fakt czy na wcześniejszym etapie, to jest już w fazie przeprowadzania czynności sprawdzających oraz w ramach wykonywania czynności niecierpiących zwłoki dopuszczalny jest podsłuch procesowy.

W. Osiecki dopuszcza możliwość zarządzenia podsłuchu procesowego w ramach prowadzonego dochodzenia w niezbędnym zakresie (art. 308 k.p.k.), natomiast nie widzi możliwości jego zarządzenia w ramach prowadzonych czynności sprawdzających, albowiem nie mają one charakteru procesowego (art. 307 k.p.k.)⁸.

Taki sam pogląd wyraził T. Grzegorzczuk⁹ oraz R. A. Stefański¹⁰. Również i K. Dudka wskazała, iż w ramach czynności sprawdzających, które nie mają charakteru procesowego, zarządzanie kontroli i utrwalania rozmów w trybie procesowym nie jest dopuszczalne¹¹.

Wynikający z treści art. 307 k.p.k. zakres czynności sprawdzających wyraźnie wskazuje, iż mają one pozaprocessowy charakter, zwłaszcza, iż jak wskazuje treść tego przepisu, prowadzone są one w celu zebrania materiałów uzasadniających podjęcie decyzji o wszczęciu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego. Natomiast w ramach czynności w niezbędnym zakresie podejmowane są czynności procesowe zmierzające do zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa (art. 308 k.p.k.), w tym także istnieje możliwość przesłuchania w tym trybie osoby podejrzanej. Okoliczności te jednoznacznie przemawiają za ich procesowym charakterem.

Reasumując pragnę podnieść, iż całkowicie podzielam zaprezentowane powyżej poglądy doktryny, uważając je za trafne.

Jak wskazuje treść art. 238 § 1 k.p.k. podsłuch procesowy może być stosowany najdłużej przez okres sześciu miesięcy, podczas gdy kontrola operacyjna nie ma określonego w sposób jednoznaczny maksymalnego czasu jej stosowania.

⁸ W. Osiecki, Kontrola rozmów telefonicznych w ustawodawstwie polskim, NP. 1987, nr 9.

⁹ T. Grzegorzczuk, *op. cit.*, s. 465–466.

¹⁰ Kodeks postępowania karnego – komentarz, pod red. Z. Gostyńskiego, Dom Wydawniczy ABC 1998, s. 601.

¹¹ K. Dudka, Kontrola i utrwalanie rozmów telefonicznych w projekcie kodeksu postępowania karnego z 1991 r., PS 1994, nr 7–8.

Kolejna istotna różnica podsłuchu procesowego i kontroli operacyjnej dotyczy podmiotów uprawnionych do wniesienia zażalenia. W przypadku zarządzania kontroli operacyjnej, prawo do wniesienia zażalenia przysługuje jedynie organowi wnioskującemu jej przeprowadzenie (zobacz art. 19 ust. 20 ustawy o Policji oraz art. 9e ust. 19 ustawy o Straży Granicznej), podczas gdy w przypadku zarządzenia podsłuchu procesowego zgodnie z treścią art. 240 k.p.k., w brzmieniu ustalonym przez ustawę z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155 – ustawa wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2003 r.), na postanowienie dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych przysługuje zażalenie i osoba, której dotyczy zaskarżone orzeczenie, może w zażaleniu domagać się zbadania zasadności oraz legalności kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych. Tego dość istotnego prawa pozbawiona jest osoba, której dotyczy postanowienie o zarządzeniu kontroli operacyjnej.

Warto zastanowić się także, czy w trakcie trwania postępowania karnego dopuszczalne jest zarządzenie kontroli operacyjnej w oparciu o ustawy omawiane wcześniej, czy też możliwe jest jedynie zastosowanie rozwiązań wynikających wyłącznie z przepisów kodeksu postępowania karnego.

P. Tomaszewski prezentuje pogląd wypowiedziany jeszcze na gruncie ustawy o Urzędzie Ochrony Państwa, iż niedopuszczalna jest kontrola operacyjna w toku postępowania karnego, albowiem byłoby to sprzeczne z treścią przepisów kodeksu postępowania karnego rugujących kwestię np. zarządzenia podsłuchu¹².

Podobnie także R. A. Stefański wskazuje, iż w trakcie postępowania przygotowawczego nie jest możliwe zarządzenie podsłuchu operacyjnego¹³.

S. Hoc dopuszcza natomiast możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej w trakcie trwania postępowania karnego¹⁴. Podobne stanowisko reprezentuje K. Dudka¹⁵.

Analizując przepisy dające podstawę do zarządzenia kontroli operacyjnej w kontekście kodeksu postępowania karnego, uważam, iż istnieje prawna możliwość do zarządzenia kontroli operacyjnej w trakcie trwania postępowania przygotowawczego. Przemawiają za tym następujące argumenty.

Przede wszystkim obowiązujące przepisy nie zabraniają zarządzenia kontroli operacyjnej w trakcie trwania postępowania karnego. Jedynie w trakcie postępowania sądowego, kiedy to sąd jest gospodarzem toczącego się postępowania, należy uznać to za wykluczone. W postępowaniu sądowym jest

¹² P. Tomaszewski, *op. cit.*

¹³ Kodeks postępowania karnego – komentarz, pod red. Z. Gostyńskiego, *op. cit.*, s. 602.

¹⁴ S. Hoc, *op. cit.*

¹⁵ K. Dudka, *op. cit.*

zatem możliwe zarządzenie tylko podsłuchu procesowego na podstawie przepisu art. 237 k.p.k. i następnych, a nie podsłuchu operacyjnego.

Przepisy art. 19 ust. 5 ustawy z dnia 6 czerwca 1990 r. o Policji, art. 9e ust. 6 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej i art. 27 ust. 5 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu dopuszczają możliwość zarządzenia kontroli operacyjnej wobec osoby podejrzanej, stanowiąc, iż w przypadku, gdy zajdzie konieczność zarządzenia kontroli operacyjnej wobec m.in. podejrzanego, we wniosku o zarządzenie kontroli operacyjnej zamieszcza się informację o toczącym się wobec tej osoby postępowaniu, zaś przepisy art. 19 ust. 15, art. 9e ust. 16 i art. 27 ust. 15 odpowiednio wcześniej cytowanych ustaw stanowią, iż w przypadku uzyskania dowodów mających znaczenie dla toczącego się postępowania przekazuje się je właściwemu prokuratorowi i w postępowaniu przed sądem podlegają odczytaniu w trybie art. 393 § 1 k.p.k., a zatem wynika z tego, iż stanowią one pełnowartościowy materiał dowodowy oczywiście pod warunkiem, iż zostaną one uzyskane w sposób zgodny z przepisami ustawy.

Zarządzanie kontroli operacyjnej następuje na podstawie wniosku uprawnionego organu (Policji, Straży Granicznej i Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego), natomiast podsłuch procesowy zarządzany jest przez sąd na wniosek prokuratora. W tym miejscu warto nadmienić, iż zgodnie z treścią art. 311 § 1 k.p.k. (zobacz także art. 312 k.p.k.), w brzmieniu ustalonym przez ustawę z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych (Dz. U. z 2003 r., Nr 17, poz. 155 – ustawa wchodzi w życie z dniem 1 lipca 2003 r.), śledztwo prowadzi Policja, jeżeli nie prowadzi go prokurator. Skoro określone śledztwo będzie prowadziła Policja, to trudno oczekiwać, aby z wnioskiem, np. o zarządzenie podsłuchu, występował prokurator, skoro można to uczynić także na podstawie przepisów ustawy o Policji, do czego wystarczający jest już tylko wniosek Policji.

VI.

Przejęcie przez niezawisły sąd orzekania w kwestii dotyczącej zarządzenia podsłuchu operacyjnego należy uznać za właściwy kierunek zmian w naszym ustawodawstwie. Nie powinien w mojej ocenie budzić kontrowersji pogląd, iż zasadność stosowania kontroli operacyjnej, nawet w sytuacji dynamicznego wzrostu przestępczości, powinna należeć do niezawisłego i niezależnego od żadnej władzy arbitra, jakim jest sąd.

Za konieczne uważam także przyznanie prawa, wzorem podsłuchu procesowego, do złożenia zażalenia na postanowienie o zarządzeniu podsłu-

chu operacyjnego lub jego przedłużeniu osobie, której dotyczy postanowienie dotyczące kontroli operacyjnej, albowiem osoba taka ma prawo domagać się zbadania zasadności oraz legalności zarządzonej wobec niej kontroli operacyjnej. Oczywiście ogłoszenie postanowienia takiej osobie można odsunąć w czasie, z tym tylko, iż powinny być wyraźnie zakreślone ustawowo ramy tego odroczenia. Np. treść przepisu mogłaby brzmieć „Doręczenie postanowienia o zarządzeniu kontroli operacyjnej osobie, której ono dotyczy, może zostać odroczone na czas niezbędny – uzasadniony dobrem sprawy, lecz nie później niż 6 miesięcy po ustaniu kontroli operacyjnej”.

Badanie poligraficzne po nowelizacji kodeksu postępowania karnego

I. Dopuszczalność stosowania poligrafu na tle przepisów kodeksu postępowania karnego

1. Trudno jest wskazać na gruncie przepisów k.p.k. z 1997 r. podobny problem, gdzie stanowisko doktryny jest tak bardzo podzielone jak w kwestii wykonywania badań poligraficznych¹.

Dotychczasowe brzmienie uregulowań kodeksowych w tym zakresie rozdziło kontrowersje dotyczące nie tylko zasadności co wręcz legalności stosowania poligrafu w polskim procesie karnym². Nowela styczniowa³ wprowadzająca m.in. zmiany przepisów k.p.k. odnoszących się do tego typu badań wydaje się ostatecznie przecinać spór dotyczący dopuszczalności wykonywania testów poligraficznych na użytek procesu.

2. Art. 171 § 4 pkt 2 k.p.k. z 1997 r., który to miał odnosić się do badań poligraficznych wprowadził bezwzględny zakaz dowodowy „stosowania środków technicznych wpływających na procesy psychiczne przesłuchiwanej osoby albo mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji jej organizmu w związku z przesłuchaniem”.

Wykładnia językowa tego przepisu pozwala na wyciągnięcie następujących wniosków. „Przesłuchiwana osoba” to nikt inny tylko oskarżony, świadek ewentualnie biegły czy kurator składający wyjaśnienia (zeznanie) przed

¹ Do przeciwników stosowania poligrafu w procesie karnym zalicza się m.in. T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2001, s. 450–451; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego – Komentarz*, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 2001, s. 414–417; natomiast do zwolenników należy S. Waltoś, *Proces karny – Zarys systemu*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 359, czy J. Wiśniewski, (w:) *Kryminalistyka*, pod red. J. Wiśniewskiego, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 1999, s. 386–387.

² Por. A. Gaberle, *W kwestii badań poligraficznych w polskim procesie karnym*, PiP 2002, nr 4, s. 19–30.

³ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych. (Dz. U. z 4 lutego 2003 r., Nr 17, poz. 155).

organem procesowym⁴. Przesłuchanie jest czynnością, która podlega określonym rygorom, zaś odbierający wyjaśnienia (zeznania) organ procesowy utrwała je w formie protokołu. Rozszerzająca interpretacja⁵ określenia „przesłuchiwana osoba” nie jest niczym uzasadniona. Wynika z tego *a contrario*, że ustawodawca dopuścił możliwość przeprowadzania badań poligraficznych w stosunku do osoby nie przesłuchiwanej, a więc w ramach ekspertyzy wykonanej przez biegłego posiadającego określone wiadomości specjalne.

Natomiast mogą się nasuwać wątpliwości dotyczące wyrażenia „w związku z przesłuchaniem”. Samo sformułowanie „w związku” ma niewątpliwie szerszy zakres pojęciowy niż np. określenia „podczas” czy „w czasie”, które to wskazują na ścisłe powiązanie czasowo-przestrzenne pewnych zdarzeń. Trudno sobie wyobrazić, że osoba podlegająca testom poligraficznym nie była uprzednio przesłuchana przez organ procesowy; co więcej taka czynność procesowa wskazana jest w pewnych wypadkach po przeprowadzeniu badania, oczywiście wtedy, gdy dany organ zapoznał się wcześniej z ekspertyzą. Dlatego należy przyjąć, że jakkolwiek badanie poligraficzne zawsze w pewien sposób pozostaje „w związku z przesłuchaniem”, to jednak na tej podstawie nie można przyjąć tezy, iż zakazane jest stosowanie poligrafu w procesie karnym poza ścisłą czynnością przesłuchania. Na taką możliwość wskazuje gramatyczna analiza art. 171 § 4 pkt 2 k.p.k. z 1997 r., który zredagowany cokolwiek niezręcznie statuuje zakaz dowodowy stosowania poligrafu jedynie w stosunku do osoby przesłuchiwanej.

Nowelizując k.p.k. ustawodawca nie wprowadził zmian w treści omawianego paragrafu (nie licząc przestawienia słów „osoby” i „przesłuchiwanej”), zastosował jedynie zabieg redakcyjny wynikający z rozbudowy art. 171 k.p.k. i po wejściu w życie noweli jest to art. 171 § 5 k.p.k.

3. Zgodnie z art. 171 § 6 k.p.k. z 1997 r. „wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi lub uzyskane wbrew zakazom wymienionym w § 4 nie mogą stanowić dowodu”.

Jak zaznaczono wcześniej, osoba podlegająca badaniu poligraficznemu w ramach ekspertyzy nigdy nie składa wyjaśnień (zeznań), stąd przedmiotem zainteresowania może być wyłącznie to, czy oświadczenia badanego są „złożone w warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi”. Przeciwnicy stosowania poligrafu w procesie karnym argumentują, iż „brak swobody wy-

⁴ Por. R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), J. Bratoszewski, L. Gardocki, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. I, Dom Wydawniczy ABC 1998, s. 456

⁵ Por. J. Widański, Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 21 grudnia 1998 r., Palestra 1999, nr 3–4, s. 237.

powiedzi przy badaniu poligraficznym jest zatem oczywisty, gdyż zakładają to warunki tego badania: jeśli badany ma ograniczyć swoją wypowiedź do słów „tak” lub „nie”, to o swobodzie wypowiedzania się nie ma mowy⁶. Natomiast zwolennicy przeprowadzania badań poligraficznych przytaczają szereg kontrargumentów⁷, z których jeden wydaje się zdecydowanie podważać wyrażony wyżej pogląd. Mianowicie badanie poligraficzne składa się z co najmniej dwóch faz: wywiadu przedtestowego oraz badania *sensu stricto*, czyli przeprowadzania testu⁸. W trakcie takiego wywiadu osoba badana może wypowiadać się co do wszystkich okoliczności związanych z nie tylko z realizacją ekspertyzy, ale szerzej – mających związek ze sprawą. Faza testowa polega zaś na przeprowadzeniu kilku testów, które z kolei są przedzielone przerwami i wywiadami międzypodtestowymi. W zależności od rodzajów testów badany może odpowiadać: „tak”, „nie”⁹, „nie wiem”, lub też nie udzielać żadnej odpowiedzi¹⁰. Istotnym jest to, że pytania zadawane przez biegłego są jedynie bodźcami¹¹, które mogą wywołać określone reakcje badanego, przy czym należy wspomnieć także, iż bodźcem może być nie tylko pytanie, lecz np. okazywana rzecz¹². Trudno mówić w takim wypadku o wyłączeniu swobody osoby badanej.

Na temat swobody wypowiedzi wypowiadał się w przeszłości kilkakrotnie Sąd Najwyższy i jak najbardziej aktualna jest teza zawarta w wyroku z dnia 8 lutego 1974 r.¹³ (na tle art. 157 k.p.k. z 1969 r.): „o niemożności swobodnej wypowiedzi mogą świadczyć tylko takie warunki, w których osoba przesłuchiwana lub składająca oświadczenie ma zupełnie lub w tak znacznym stopniu sparaliżowaną wolę, że nie może podać tego co by chciała, w związku z przedmiotem dokonywanej czynności procesowej”. W podobnym tonie na temat swobody wypowiedzi należy traktować pogląd wyrażony przez S. Wałtosia – „Każde swobodne wypowiedzanie się musi mieścić się w granicach określonych celem danej czynności. Swoboda wypowiedzi nie jest tożsama z dowolnością formy i treści wypowiedzi”¹⁴. Podsumowując powyższe wywody, należy przychylić się do stanowiska, iż swoboda wypowiedzi osoby

⁶ Z. Doda, A. Gaberle, Dowody w procesie karnym, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1995, s. 200–204.

⁷ J. Warylewski, Dopuszczalność stosowania poligrafu w świetle nowej procedury karnej, *Palestra* 2000, nr 5–6, s. 78 oraz cytowana tam literatura.

⁸ Zob. J. Władcki, (w:) *Kryminalistyka...*, s. 381.

⁹ Tamże, s. 382.

¹⁰ Por. M. Kulicki, *Ekspertyza wariograficzna*, *Przegląd Policyjny* 1997, nr 4, s. 18.

¹¹ A. Krzyścin, *Podstawy psychologiczne kryminalistycznego badania poligraficznego* (cz. II), *Problemy Kryminalistyki* 229, s. 14.

¹² M. Kulicki, *Ekspertyza...*, s. 17–18.

¹³ V KR 42/74, OSNKW 1974, nr 6, poz. 115.

¹⁴ Zob. S. Wałtoś, *Proces karny...*, s. 359.

badanej w trakcie przeprowadzania ekspertyzy poligraficznej na pewno nie jest wyłączona.

Treść art. 171 § 6 k.p.k. pozostała bez zmian, przy czym podobnie jak w przypadku art. 171 § 4 k.p.k. na skutek zabiegu redakcyjnego zmieni się tylko jego paragraf, jest to obecnie art. 171 § 7 k.p.k.

4. Nowela styczniowa k.p.k. wprowadza całkiem nowy przepis wcześniej nie znany rozwiązaniom kodeksowym; jest to mianowicie art. 192a k.p.k., którego § 2 został ustalony w następującym brzmieniu: „W wypadkach, o których mowa w § 1, za zgodą osoby badanej biegły może również zastosować środki techniczne mające na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu tej osoby”. Przepis art. 192a § 2 k.p.k., którego pierwowzór znalazł się już w tzw. „projekcie prezydenckim” nowelizacji k.p.k., przewiduje wprost możliwość stosowania poligrafu w procesie karnym, przy spełnieniu obligatoryjnej przesłanki – zgody osoby badanej. Ustawodawca wskazuje także formę, w jakiej badanie to powinno zostać wykonane, jest to ekspertyza biegłego. W swojej treści art. 192a § 2 k.p.k. odsyła do § 1 przedmiotowego artykułu, który wskazuje cel przeprowadzania takich badań; poligraf może zostać użyty: „w celu ograniczenia kręgu osób podejrzanych lub ustalenia wartości dowodowej ujawnionych śladów”. O ile należy wyrazić aprobatę dla kwestii uregulowania wprost wykorzystania poligrafu w procesie, w przepisach k.p.k., to jedynie ujemnie trzeba ocenić fakt, że konstruując ten przepis znów posłużono się wywołującym wątpliwości zwrotem „nieświadome reakcje organizmu” na oznaczenie badań poligraficznych, bo przecież w rzeczywistości reakcje psychofizjologiczne takiej badanej osoby są w pełni świadome¹⁵.

5. Największe wątpliwości na tle dopuszczalności stosowania poligrafu w procesie karnym wprowadził art. 199 k.p.k. – „złożone wobec biegłego albo wobec lekarza udzielającego pomocy medycznej oświadczenia oskarżonego dotyczące zarzucanego mu czynu, nie mogą stanowić dowodu”.

Aby właściwie zinterpretować ten przepis należy odpowiedzieć na pytanie czym jest badanie poligraficzne. Zgodnie z definicją przytoczoną przez J. Widackiego: „badanie poligraficzne jest instrumentalną procedurą ujawniania i rejestrowania śladów emocjonalnych zdarzeń”¹⁶. Mając na uwadze definicję zredagowaną w ten sposób, trzeba stwierdzić, iż działanie biegłego nie jest ściśle ukierunkowane na zdobycie określonych informacji dotyczących czynu zarzucanego oskarżonemu (przepis ten dotyczy wyłącznie

¹⁵ Zob. A. Krzyściń, *Podstawy...*, s. 14–16.

¹⁶ Zob. J. Widacki, *Kryminalistyka...*, s. 377.

oskarżonego), lecz jego celem jest ustalenie bezpośrednich śladów emocjonalnych łączących badanego z określonym zdarzeniem. Oczywiście odpowiadając na pytanie krytyczne, oskarżony będzie dostarczał ekspertowi jakichś wiadomości związanych z takim czynem, ale takie oświadczenie nie będzie stanowiło dowodu i to nie dlatego, że jest składane wobec biegłego, ale z powodu tego, że nie stanowi ono środka dowodowego. Trzeba odróżnić opinię poligraficzną jako całość, która, jak każda inna opinia jest dowodem, od poszczególnych oświadczeń, które dowodem nie są. Istnieje wszakże możliwość, że takie oświadczenia pojawią się w procesie poza opinią, należy je traktować wtedy wyłącznie jako pisma w rozumieniu art. 174 k.p.k., zgodnie z którym „dowodu z wyjaśnień oskarżonego..., nie wolno zastępować treścią pism...”. W tym zakresie art. 199 k.p.k. koresponduje z art. 174 k.p.k. Należy jeszcze przypomnieć, że oskarżony nie składa żadnych oświadczeń dotyczących zarzucanego mu czynu w przeprowadzaniu testów metodą opartą na realiach *modus operandi*¹⁷, w których nie jest on w ogóle pytany o swoją rolę w danym zdarzeniu.

Istniejące wątpliwości, czy aby art. 199 k.p.k. blokował możliwość wykonywania badania poligraficznego w procesie karnym, ustawodawca całkowicie usuwa, wprowadzając wspomnianą wyżej nowelizacją k.p.k. nowy przepis – art. 199a k.p.k.: „Stosowanie w czasie badania przez biegłego środków technicznych mających na celu kontrolę nieświadomych reakcji organizmu badanej osoby możliwe jest wyłącznie za jej zgodą. Przepisu art. 199 nie stosuje się”. Treść tego artykułu, nawiązująca do rozwiązania zaproponowanego w tzw. „projekcie poselskim” nowelizacji k.p.k., składa się z dwóch zdań. Zdanie pierwsze art. 199a k.p.k. stanowi w zasadzie powtórzenie art. 192a § 2 k.p.k.; przewiduje ono możliwość stosowania poligrafu przez biegłego w ramach ekspertyzy i za zgodą badanego. Istotniejsze znaczenie ma zdanie drugie art. 199a k.p.k., które likwiduje pozorną sprzeczność wykonywania takiego badania z treścią art. 199 k.p.k. poprzez wyłączenie jego stosowania w tym wypadku.

Badanie poligraficzne na podstawie orzecznictwa Sądu Najwyższego.

6. W swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy zabrał kilkakrotnie głos na temat stosowania poligrafu w procesie karnym pod rządami k.p.k. z 1969 roku¹⁸. Wyrokiem z 25 września 1976 r. Sąd Najwyższy stwierdził „...że tego rodzaju badania mają charakter pomocniczy i nie mogą stanowić samodziel-

¹⁷ M. Kulicki, Ekspertyza..., s. 18.

¹⁸ S. Baniak, Badania poligraficzne w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego, SKKIP, t. 17, Warszawa 1986, s. 185–195.

nego dowodu dającego podstawę do konkretnych ustaleń...”¹⁹. Glosujący to orzeczenie W. Daszkiewicz i M. Jeż-Ludwichowska z uznaniem przyjęli dopuszczalność takich badań w procesie oraz zaznaczyli, że taki dowód należy zaliczyć do dowodów pośrednich, a nie pomocniczych. W wyroku z 14 grudnia 1977 r.²⁰ Sąd Najwyższy wypowiedział następującą tezę „Sąd Wojewódzki na wniosek stron może dowód z badań wariologicznych przeprowadzić, jednakże badania takie muszą odbywać się z udziałem lekarzy...”. S. Waltoś i J. Widacki w swojej glosie tego wyroku podkreślili to, że Sąd Najwyższy pozytywnie wypowiedział się co do dopuszczalności dowodu z badań poligraficznych, zakwestionowali jednocześnie warunki, których spełnienie czyni badanie takie dopuszczalnym według Sądu. Autorzy glosy zwrócili uwagę na zastosowanie przez Sąd skrótu myślowego, ponieważ nie tylko badanie poligraficzne, ale każdy dowód można przeprowadzić zarówno na wniosek stron, jak i z urzędu. Poza tym glosujący nie zgodzili się co do obowiązkowego udziału lekarzy w takim badaniu wskazując m.in., że nie są to mimo podobieństwa badania lekarskie, a tylko w wątpliwych wypadkach dotyczących zdrowia osoby badanej biegły może skonsultować się z biegłym lekarzem lub psychologiem przed lub po badaniu²¹. W kolejnym wyroku, w którym Sąd Najwyższy ustosunkował się do badań poligraficznych pochodzącym z dnia 8 lipca 1980 r.²² wskazano art. 176 § 1 k.p.k. (w k.p.k. z 1997 r. odpowiednikiem jest art. 193 § 1 i 2 k.p.k.) jako podstawę prawną realizacji takiego badania; zgodnie z treścią tego artykułu ekspertyza poligraficzna powinna być przeprowadzana w formie ekspertyzy przez biegłego posiadającego wiadomości specjalne. J. Gurgul²³, który napisał glosę do powyższego orzeczenia, zaakceptował stanowisko Sądu dotyczące podstawy prawnej realizacji badań poligraficznych, nie zgodził się natomiast z warunkiem obligatoryjnej obecności lekarzy podczas takiego badania oraz z zaliczeniem dowodu z badań poligraficznych do dowodów pomocniczych. W wyroku z 11 lutego 1982 Sąd Najwyższy zawarł następującą tezę: „Badanie prawdomówności za pomocą wariografu nie należy do tych czynności, których przeprowadzenie jeszcze przed wydaniem postanowienia o wszczęciu postępowania jest – w myśl art. 267 k.p.k. – dopuszczalne w niezbędnym zakresie i w granicach koniecznych do zabezpieczenia śladów i dowodów przestępstwa przed ich utratą lub zniekształceniem”²⁴. Do tego wyroku glosę

¹⁹ II KR 171/76, wyrok niepublikowany, teza wraz z glosą W. Daszkiewicza i M. Jeż-Ludwichowskiej, PiP 1979, nr 3.

²⁰ I KR 139/77, wyrok niepublikowany, teza wraz z glosą S. Waltosia i J. Widackiego, Nowe Prawo 1979, nr 7–8, s. 227–233.

²¹ Zob. przypis 18.

²² III KR 211/80, wyrok niepublikowany.

²³ Problemy Praworządności 1981, nr 3, s. 81–85.

²⁴ II KR 6/82, OSNKW 1982, nr 6, poz. 35.

napisali m.in. S. Waltoś i J. Widacki²⁵, w której to autorzy ponownie zaaprobowali dopuszczalność wykonywania takich badań w procesie i zwrócili uwagę na konsekwentną linię orzecznictwa Sądu Najwyższego w tym przedmiocie. Ponadto stwierdzili że zadaniem ekspertyzy poligraficznej nie jest „badanie prawdomówności”, ale ujawnienie i utwalenie emocjonalnych śladów zdarzeń. Poza tym głoszący nie zaakceptowali tezy Sądu Najwyższego, iż badanie takie nie może zostać wykonane w ramach czynności w niezbędnym zakresie, oraz powtórnie negatywnie ustosunkowali się do warunku obecności w takim badaniu lekarzy. Wyjaśnili także, czym jest wy-nik badania poligraficznego z punktu widzenia teorii prawa dowodowego – „jest on poszlaką, a więc faktem dowodowym, który wskazywać może na istnienie lub nieistnienie śladów emocjonalnych zdarzenia w psychice bada-nego”²⁶.

7. Po raz pierwszy na tle uregulowań k.p.k. z 1997 roku Sąd Najwyższy wypowiedział się na temat badań poligraficznych postanowieniem z dnia 21 grudnia 1998 r.²⁷, którego teza jest następująca: „...zebrany dotychczas materiał dowodowy, tak w stadium postępowania przygotowawczego, jak i sądowego (m.in. ekspertyzy osmologiczne, portrety pamięciowe w oparciu o zeznania świadków, ekspertyza wariograficzna) wskazuje na duże prawdopodobieństwo popełnienia przez Wojciecha B. zarzucanych mu zbrodni...”. Aprobującą głosem do tego orzeczenia sporządził J. Widacki²⁸, podkreślając, że: „Sąd Najwyższy uznał jednoznacznie, że ekspertyza poligraficzna (wariograficzna) może być zaliczona w poczet materiału dowodowego, i może być jedną z podstaw dowodzenia winy. Jest to stanowisko słuszne”. W przytoczonej głosie autor poddał także w wątpliwość twierdzenie, że poli-graf rejestruje „nieświadome reakcje organizmu” oraz wywnioskował, że badanie poligraficzne pod rządami nowego k.p.k. winno być przeprowadzane w ramach ekspertyzy.

Zgoda na badanie i czas jego przeprowadzenia

8. W literaturze przedmiotu podkreśla się znaczenie zgody osoby podlegającej badaniu poligraficznemu na przeprowadzenie takich testów²⁹. W tym wypadku oczywiście nie należy odnosić się do treści art. 74 § 2 k.p.k.,

²⁵ Państwo i Prawo 1984, nr 1, s.136–140.

²⁶ Tamże, s. 138–139.

²⁷ IV KO 101/98 teza postanowienia wraz z głosem J. Widackiego, Palestra 1999, nr 3–4, s. 237–239, zob. przypis 4.

²⁸ Tamże, s. 327.

²⁹ Zob. J. Widacki, A. Feluś, Zgoda na badanie przy użyciu poligrafu, Nowe Prawo 1981, nr 4, s. 50–56.

w świetle którego istniałaby teoretyczna możliwość poddania oskarżonego działaniu poligrafu bez jego zgody; art. 192a § 2 k.p.k. i art. 199a k.p.k. wprowadzone nowelą z 10 stycznia 2003 r. kategorycznie wymagają zgody danej osoby na takie badanie, także istota ekspertyzy poligraficznej polega na współpracy biegłego z osobą badaną, co więcej wymaga od badanego pewnej aktywności. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż brak zgody takiej osoby całkowicie przekreśla możliwość wykonania takiego badania. Odmowa udzielona przez tą osobę nie może wywołać w stosunku do niej żadnych ujemnych konsekwencji procesowych.

W tym miejscu trzeba zaznaczyć że inicjatywa użycia poligrafu w procesie nie musi pochodzić wyłącznie ze strony organu procesowego, z takim wnioskiem może wystąpić oskarżony czy osoba podejrzana, a dowód z opinii poligraficznej może być dowodem odciążającym³⁰.

Zgoda jako warunek *sine qua non* przeprowadzania w ogóle testów poligraficznych w procesie powinna zostać złożona wobec organu prowadzącego postępowanie, po wcześniejszym zwięzłym poinformowaniu takiej osoby o celach, zasadach i przebiegu takiego badania. Wszelkie naciski w tym zakresie ze strony organu procesowego, czy szerzej ze strony organów ścigania są niedopuszczalne. Zgoda winna zostać złożona swobodnie, wyraźnie i wprost; należy wykluczyć także możliwość błędu co do treści takiego oświadczenia. To oświadczenie woli, aby nie wzbudzało wątpliwości natury formalnej, powinno znaleźć się w protokole; przy czym nie ma żadnych przeciwwskazań, aby był to protokół przesłuchania podpisany przez osobę udzielającą zgody. Oczywiście formalne utrwalenie takiego oświadczenia należy traktować jako pewien postulat, bo przecież nic nie gwarantuje, iż osoba ta bezpośrednio przed przeprowadzeniem testów lub w ich trakcie odmówi współpracy z ekspertem, a jak zaznaczono wcześniej bez minimum aktywności ze strony osoby badanej niemożliwe jest przeprowadzenie takiego badania i w związku z tym uzyskania opinii poligraficznej jako dowodu w procesie.

Po wyrażeniu zgody przez osobę podlegającą badaniu nic nie stoi na przeszkodzie, aby organ procesowy mógł wydać postanowienie o powołaniu biegłego z zakresu badań poligraficznych.

9. Kapitalne znaczenie dla badania poligraficznego ma czas jego przeprowadzenia. Najpełniej to zagadnienie podkreśla J. Widacki: „Badanie poligraficzne należy przeprowadzać w możliwie najwcześniejszej fazie postępowania, jeśli to tylko możliwe, najlepiej w ciągu pierwszych 48 godzin po zatrzymaniu osoby podejrzanej. Mniej istotny, choć także ważny, jest

³⁰ Zob. R. Jaworski, Wyniki badań poligraficznych jako dowód odciążający, Prokuratura i Prawo 1996, nr 6.

przedział czasu między zdarzeniem (przestępstwem) a badaniem. Ogromnie ważny jest natomiast odstęp czasu pomiędzy wszczęciem sprawy *ad personam* a badaniem. Przesłuchania, wizje lokalne, eksperymenty i inne czynności procesowe przeprowadzane z udziałem podejrzanego, a nadto informacje o sprawie przenikające do mediów i publikowane, rozmowy nawet nieformalne, nieprotokołowane, podejrzanego z prowadzącymi sprawę, biegłymi, a nawet współaresztantami, rozbudowują wiedzę podejrzanego o sprawie, wywołują trudne do uchwycenia skojarzenia i uwrażliwienia emocjonalne, które później uniemożliwiają jednoznaczną interpretację zarejestrowanych przez poligraf zmian emocjonalnych³¹. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 19 sierpnia 1999 roku³²: „Opinia z badania wariograficznego... winna być wykonana jak najszybciej (ocenia się, że do kilkudziesięciu godzin od zatrzymania), inaczej traci swój walor procesowy”. Ten zasługujący na pełną aprobatę pogląd wiąże się z zagadnieniem, czy testy poligraficzne mogą zostać wykonane w ramach czynności w niezbędnym zakresie przeprowadzanych w trybie art. 308 k.p.k. Jak wspomniano wyżej, Sąd Najwyższy wyrokiem z 11 lutego 1982 r. (II KR 6/82) wypowiedział się przeciwko realizacji takich badań w tym stadium postępowania (na gruncie art. 267 k.p.k. z 1969 r.). To kwestia problematyczna, zważywszy, że ustawodawca określił dość obszerny przedział czasowy na przeprowadzanie takich czynności – jest to mianowicie 5 dni. Te kilka dni to krótki okres, mając na uwadze czas trwania całego procesu karnego (badania poligraficzne należy przeprowadzać tylko w sprawach poważniejszych), ale w konkretnych przypadkach może okazać się jednak za długi, aby po jego upływie istniały warunki dla wydania ze wszech stron prawidłowej ekspertyzy poligraficznej. Z drugiej strony należy się zastanowić, czy art. 308 § 1 k.p.k. pozwala na to, aby w ramach czynności w niezbędnym zakresie można było wydawać postanowienia o powołaniu biegłych.

Dla szybkości przeprowadzania badania poligraficznego w procesie znaczenie ma także odpowiednie terytorialne „nasylenie” w pracowni, w których takie badania mogą zostać zrealizowane.

Trzeba dodać, że jakkolwiek czas przeprowadzenia badania jest bardzo ważny, to jednak nie można zaniedbywać z tego powodu podstawowych czynności prowadzących do właściwej realizacji badania, takich jak: konsultacja organu procesowego z biegłym, szczegółowe zapoznanie się eksperta z dotychczasowym materiałem uzyskanym w toku procesu i właściwym zredagowaniu pytań testowych. Należy o tym pamiętać, mając na względzie to,

³¹ J. W i d a c k i, *Kryminalistyka...*, s. 379–380.

³² II A Ka 147/99, tezy wyroku wraz z glosą J. W i d a c k i e g o, *Palestra* 2000, nr 2–3, s. 251–253.

że badanie poligraficzne jest czynnością niepowtarzalną, a kilkakrotne badanie jednej osoby w trakcie procesu byłoby co najmniej nadużyciem.

10. Na koniec trzeba zaznaczyć, że zmiany k.p.k. idą w dobrym kierunku, likwidując ostatecznie wątpliwości dotyczące legalności stosowania poligrafu w polskim procesie karnym. Co do zasadności celów szczegółowych warunków wykonywania takiego badania, rodzaju testów i wartości dowodowej ekspertyzy poligraficznej wypowie się w przyszłości doktryna, a szczególne znaczenie będzie miało w tym względzie orzecznictwo Sądu Najwyższego. Należy pamiętać tylko o tym, że nie można postulować *a priori* pozbawienia organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości możliwości stosowania takich badań, które służą przecież walce z przestępczością.

Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet¹

Wykorzystywanie dzieci do celów seksualnych ma długą, sięgającą czasów starożytnych historię, podobnie jak związane z tym zjawiskiem zakazy prawne². Przemiany cywilizacyjne i postęp techniczny sprawiły, że u schyłku XX wieku eksploatacja seksualna małoletnich przybrała nowe formy i niepokojące rozmiary. W latach 70-tych pojawiła się „moda” na pornografię z udziałem dzieci, co skłoniło rządy Stanów Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i innych państw do podjęcia inicjatyw legislacyjnych mających na celu przeciwdziałanie tej tendencji³. Zakazy prawne przyczyniły się do ograniczenia podaży komercyjnych produktów pornograficznych z udziałem dzieci, lecz nie zlikwidowały na nie popytu. W konsekwencji zjawisko zeszło do „podziemia”, a jego elementem stały się sieci komputerowe, którymi w Stanach Zjednoczonych już w latach 80-tych zaczęto przysyłać obsceniczne prezentacje z udziałem dzieci. Zakaz takiego postępowania, jaki wprowadzono do amerykańskiego ustawodawstwa federalnego w 1985 r.⁴, dał początek serii ustaw i projektów regulacji prawnych skierowanych przeciwko wykorzystywaniu technologii informacyjnych przez pedofilów, oraz mających na celu ochronę przed pornografią małoletnich użytkowników Internetu⁵.

¹ Artykuł jest rozszerzoną wersją referatu przedstawionego na konferencji „Dziecko a Internet, szanse – zagrożenia”, zorganizowanej przez Rzecznika Praw Dziecka w dniu 9 grudnia 2002 r. w Warszawie. Autor dziękuje prof. dr hab. Marianowi Filarowi za uwagi, których część znalazła odbicie w niniejszym opracowaniu.

² Por. J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 191.

³ W 1977 r. Senat amerykański uchwalił ustawę o ochronie dzieci przed eksploatacją seksualną (The Protection of Children Against Sexual Exploitation Act), która wprowadziła sankcje karne za wytwarzanie materiałów przedstawiających dzieci w wieku poniżej lat 16 w trakcie czynności seksualnych. Jednocześnie zastrzeżono kary za sprzedaż, rozpowszechnianie oraz przysyłanie materiałów obscenicznych z udziałem małoletnich. Reakcją rządu brytyjskiego na wzrost popularności pornografii dziecięcej był projekt ustawy o ochronie dzieci (The Protection of Children Act), która została uchwalona w 1978 r. – zob. <<http://www.cyber-rights.org/reports/ukcases.htm>>

⁴ The Computer Pornography and Child Exploitation Prevention Act z 1985 r. – zob. P. N. C h o c k, The use of computers in the sexual exploitation of children and child pornography, *Computer Law Journal* 1987, t. VII, nr 3, s. 383–407.

⁵ The Child Sexual Abuse and Pornography Act z 1986 r. – zabronił produkowania i używania reklamy pornografii dziecięcej. The Child Protection and Obscenity Enforcement Act z 1988 r. zakazał używania komputerów do reklamowania prezentacji pornograficznych z udziałem dzieci. The Telecommunications Act z 1996 r. uznał za przestępstwo federalne nakłanianie za pośrednictwem poczty osoby poniżej lat 18 do czynności seksualnych prawnie zabronionych. The Child Pornography Prevention Act z 1996 r. włączył w zakres definicji prawnej pornografii dziecięcej pseudofotografię oraz prezentacje generowane komputerowo. Ochrona prawna

Internet ze względu na interaktywność, anonimowość i globalny charakter jest idealnym nośnikiem wzorów zachowań wszelkich grup marginalnych społecznie, w tym pedofilów. Stanowi miejsce nawiązywania przez nich wzajemnych kontaktów, wymiany zdjęć i filmów pornograficznych z udziałem dzieci oraz informacji na temat ich „aktorów”. Jest wykorzystywany do zawierania znajomości z dziećmi, ich „uwodzenia”⁶ i umawiania się z nimi na spotkanie. Odgrywa rolę kanału przetrzutowego materiałów fotograficznych stanowiących plon wycieczek seks-turystów z Europy lub USA na Daleki Wschód⁷. Umożliwia dostęp do tysięcy komercyjnych serwerów oferujących pornografię dziecięcą⁸. Tworzy infrastrukturę technologiczną dla kół, grup dyskusyjnych i klubów pedofilów⁹. Integruje tym samym ich środowisko i nadaje mu cechy międzynarodowej podkultury obejmującej także polskich użytkowników sieci¹⁰.

Przedmiotem niniejszego opracowania nie jest analiza socjo-kulturowa tego fenomenu. Koncentruje się ono przede wszystkim na prawnej warstwie zagadnienia i stanowi próbę oceny ustawodawstwa polskiego w dwóch zasadniczych aspektach: a) zgodności zawartych (lub projektowanych) w nim uregulowań z międzynarodowymi standardami karalności czynów związanych z pornografią z udziałem dzieci; b) karnoprawnej ochrony małoletnich użytkowników Internetu przed cyberpornografią.

Oba te zagadnienia – w warunkach globalnej sieci komputerowej, która łączy 194 kraje i ma 600 mln użytkowników – stanowią nie lada wyzwanie dla ustawodawców, organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości wszystkich państw tworzących społeczność międzynarodową. Stawienie mu czoła wymaga od członków tej społeczności ścisłej współpracy w dziedzinie stowienia i stosowania norm prawnych służących kontroli zachowań użytkowni-

dzieli przed pornografią internetową jest przedmiotem dwóch ustaw federalnych The Communications Decency Act z 1997 r. (CDA) oraz The Child Online Protection Act z 1998 (COPA). Pierwsza z tych ustaw została uchylona jako niezgodna z konstytucją przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Druga – z podobnych powodów, mimo uchwalenia przez Kongres i podpisania przez Prezydenta USA, nie weszła w życie.

⁶ Zob. Online grooming and UK law <[http://www.childnet-int.org/downloads/online %20 grooming.pdf](http://www.childnet-int.org/downloads/online%20grooming.pdf)>

⁷ A. C. Hermoso, Sexual Abuse of Children, Child Pornography and Paedophilia on the Internet: An International Challenge, <[http://www.unesco.org/webworld/childscreen/ documents.html](http://www.unesco.org/webworld/childscreen/documents.html)>

⁸ Liczbę miejsc w Internecie, w których dostępna jest pornografia dziecięca, szacuje się na 70–100 tys. – Il pedoporno che sfrutta internet <<http://punto-informatico.it/p.asp?i=42920>>; Około 3000 takich miejsc znajduje się w rosyjskiej domenie internetowej – zob. Lawless Russia – a huge source for child porn, http://www.iol.co.za/index.php?set_id=1&click_id=3&art_id=qw1039016160487B262

⁹ P. Forde, A. Patterson, Paedophile Internet Activity, Trends & Issues in Crime and Criminal Justice, No. 97, Australian Institute of Criminology, November 1998.

¹⁰ Por. M. Wełyczko, Ciemna strona sieci, Trybuna z 3 grudnia 2001 r.; J. Błaszczak i in., Mordcy dzieci, Wprost z 6 października 2002 r. i 13 października 2002 r.

ków Internetu oraz reagowania na przypadki eksploatacji seksualnej dzieci przez osoby propagujące przejawy tego rodzaju nadużyć przy pomocy poczty elektronicznej, stron WWW i innych usług informacyjnych dostępnych w Internecie.

1. Standardy międzynarodowe w dziedzinie karalności pornografii dziecięcej

Problem walki z wykorzystywaniem seksualnym dzieci i pornografią dziecięcą stanął na forum międzynarodowym w połowie lat 90-tych. Początkowo jako temat światowych kongresów¹¹ i konferencji, w tym specjalnie poświęconych przeciwdziałaniu pornografii dziecięcej w Internecie¹², następnie, jako przedmiot regulacji prawa międzynarodowego.

Dwa z tych instrumentów prawnych mają szczególnie istotne znaczenie dla Polski. Pierwszym z nich jest podpisany przez rząd RP w lutym 2002 r. Protokół Opcjonalny do Konwencji NZ o prawach dziecka – dotyczący sprzedaży dzieci, prostytucji dziecięcej i pornografii z udziałem dzieci¹³. Drugi, to Konwencja Rady Europy o Cyberprzestępczości¹⁴, którą rząd polski podpisał w listopadzie 2001 r. Zakres kryminalizacji zachowań związanych z pornografią dziecięcą, jaki przewidują wymienione akty prawa międzynarodowego, jest do siebie zbliżony i obejmuje produkcję, rozpowszechnianie, udostępnianie, sprowadzanie, wysyłanie, oferowanie, sprzedaż i posiadanie prezentacji pornograficznych z udziałem osób poniżej lat 18. Ratyfikacja przez Polskę Protokołu do Konwencji ONZ oraz Konwencji Rady Europy wymaga dostosowania ustawodawstwa polskiego do zawartych w nich postanowień. Aktualny stan polskiej regulacji prawnej, jaką zawiera kodeks karny, nie odpowiada w pełni standardom międzynarodowym w omawianej dziedzinie. Różnice dotyczą głównie takich elementów reglamentacji prawnej zjawiska, jak: wiek ochrony małoletnich przez nadużyciami seksualnymi,

¹¹ Pierwszy Światowy Kongres Przeciwko Komercyjnej Eksploatacji Seksualnej Dzieci odbył się w Sztokholmie w 1996 r., drugi – w Yokohamie w 2001 r. (zob. <http://www.csecworldcongress.org>).

¹² Zob. Sexual Abuse of Children, Child Pornography and Paedophilia on the Internet: An international challenge – Expert Meeting, UNESCO, Paris, 18–19 January 1999 <http://www.unesco.org/webworld/child_screen/documents.html>, oraz Combating Child Pornography on the Internet – An International Conference, Vienna, 29 September – 1 October 1999 <<http://www.stop-childpornog.at>>

¹³ Optional Protocol on the sale of children, child prostitution and child pornography – został przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne NZ 25 maja 2000 r. (General Assembly Resolution A/Res/54/263) i wszedł w życie 12 lutego 2002 r. Polska podpisała ten protokół 13 lutego 2002 r.

¹⁴ Tekst tej konwencji w języku polskim jest dostępny pod następującym adresem internetowym: http://www.vagla.pl/skrypts/cybercrime_konwencja.htm; Zob. też A. Adamski, Przestępczość w cyberprzestrzeni. Prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle projektu konwencji Rady Europy, Wyd. TNOiK, Toruń 2001.

prawne zdefiniowane pojęcia „pornografii dziecięcej” oraz zagadnienie karalności zachowań jej „konsumentów”.

1.1. Wiek ochrony małoletnich

Dzieckiem w rozumieniu Konwencji ONZ o prawach dziecka (art. 1) jest osoba poniżej lat 18. Określone w konwencji uniwersalne standardy ochrony prawnej małoletnich przed różnymi formami wyzysku i nadużyć, w tym „wykorzystywania dzieci w pornograficznych przedstawieniach i materiałach” (art. 34), dotyczą zatem osób należących do tej kategorii wiekowej.

Pomimo ratyfikowania w 1991 r. przez Polskę konwencji ONZ o prawach dziecka, w kodeksie karnym z 1997 r. granicę wieku ochronnego małoletnich przed wykorzystywaniem ich do produkcji pornografii ustalono na lat 15. O wyborze takiego rozwiązania zadecydowało przekonanie, że przyjęcie innej granicy wieku byłoby niekonsekwencją wobec przyznania osobie 15-letniej prawa do dysponowania własnym życiem seksualnym i wyrażania prawnie skutecznej zgody na podejmowanie z nią przez inne osoby czynności seksualnych¹⁵.

Ustawodawstwo karne coraz liczniejszej grupy krajów europejskich reprezentuje odmienne podejście do tego zagadnienia. W Grecji, Hiszpanii, Islandii, Luksemburgu, Portugalii, Szwecji, na Węgrzech i we Włoszech osoba, która nie ukończyła lat 18 nie może wyrazić prawnie relewantnej zgody na utrwalanie czynności seksualnych z jej udziałem, mimo iż granica wieku ochronnego małoletnich na podejmowanie z nimi czynności seksualnych jest w tych krajach tradycyjnie niższa (14–16 lat). Z osobami, które przekroczyły ten próg wiekowy wolno, za ich zgodą, uprawiać seks. Niedozwolone jest natomiast ich fotografowanie lub filmowanie w trakcie czynności seksualnych. Zgoda małoletnich poniżej lat 18 na realizację takich sesji zdjęciowych z ich udziałem nie ma znaczenia prawnego i tego rodzaju praktyk nie legalizuje.

Zakaz wytwarzania, rozpowszechniania, oferowania itd. pornografii z udziałem osób, które nie ukończyły lat 18 jest standardem normatywnym, którego recepcja przez ustawodawstwo karne poszczególnych państw nie wynika wyłącznie z postanowień Konwencji ONZ o prawach dziecka¹⁶. Stanowi też wyraz współczesnej tendencji polityczno-kryminalnej, skierowanej przeciwko wykorzystywaniu Internetu jako medium dystrybucji pornografii

¹⁵ M. Filar, Przesłanki seksualne w nowym kodeksie karnym, (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny – krótkie komentarze, Warszawa 1997, nr 2, s. 43.

¹⁶ Zasada ochrony osób poniżej lat 18 przed wszelkimi formami eksploatacji seksualnej, do których zalicza się handel dziećmi, pornografię dziecięcą i prostytucję dziecięcą, jest propagowana zarówno w ramach Rady Europy [Recommendation R (2000)11 on the fight against trafficking in human beings for the purposes of sexual exploitation], jak i Unii Europejskiej (Council Decision of 29 May 2000 to combat child pornography on the Internet, Official Journal L 138, 09/06/2000 P. 0001–0004).

dziecięcej i publicznego repozytorium zdjęć ofiar praktyk seksualnych pedofilów¹⁷. Społecznie „stygmatyzujący” charakter zdjęć pornograficznych, rozpowszechnianych w Internecie na ogół bez wiedzy małoletnich, których przedstawiają, stwarza sytuację permanentnego pokrzywdzenia tych osób, która może się utrzymywać przez resztę ich dorosłego życia¹⁸. Informacja raz wprowadzona do Internetu na ogół w nim pozostaje. Nie daje się bowiem łatwo usunąć z tej największej na świecie „maszyny do kopiowania danych” – w szczególności, gdy ze względu na swój charakter jest obiektem kolekcjonerskiej pasji osób o nietypowej orientacji seksualnej. Zbiory zgromadzonej przy pomocy Internetu pornografii dziecięcej liczą niekiedy setki tysięcy zdjęć¹⁹ i przedstawiają perwersyjne praktyki seksualne z dziećmi, których wiek nie przekracza na ogół lat 13²⁰. Mimo tego międzynarodowe standardy ochrony prawnej dzieci przed eksploatacją seksualną stawiają ustawodawcom wyższe wymagania w tym względzie.

Konwencja Rady Europy o Cyberprzestępczości uznaje 18 lat za granicę wieku ochronnego małoletnich „aktorów” prezentacji pornograficznych. Dopuszcza jednak możliwość obniżenia tego progu w ustawodawstwie wewnętrznym państw–stron do lat 16. Przystąpienie Polski do Konwencji Rady Europy wymaga więc zmiany przepisów kodeksu karnego i podwyższenia co najmniej o rok obecnego pułapu ochrony małoletnich, jaki określają art. 200 § 2 k.k. i art. 202 § 3 k.k.²¹.

„Prezydencki” projekt nowelizacji kodeksu karnego²² przewiduje podwyższenie wieku ochrony małoletnich do lat 18. Czyni to jednak tylko w przypadku „profesjonalnej”, prowadzonej w celu rozpowszechniania, produkcji materiałów pornograficznych. Jednocześnie utrzymuje granicę 15 lat, gdy chodzi o utrwalanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego w in-

¹⁷ Wg szacunków UNICEF, ok. 80% postępowań karnych prowadzonych w sprawach o rozpowszechnianie pornografii dotyczy więcej niż jednego kraju, a 90% z nich wiąże się z Internetem (INHOPE first report).

¹⁸ J. Carr, Child pornography, referat przedstawiony na Drugim Światowym Kongresie Przeciwno Komercyjnej Eksploatacji Seksualnej Dzieci, Yokohama, 17–20 grudnia 2001 r.

¹⁹ W 1998 r. w ramach międzynarodowej operacji policji z kilkunastu państw wymierzonej w członków internetowego klubu pedofilów (The Wonderland Club), zatrzymano 750 tys. zdjęć pornograficznych z udziałem dzieci oraz cyfrowy zapis video seksualnego wykorzystywania małoletnich o łącznym czasie projekcji 1800 godzin. Analiza materiału zdjęciowego przez policję pozwoliła na identyfikację 1263 występujących w nim dzieci. W komputerze jednego z podejrzanych zabezpieczono 180 tys. zdjęć pornograficznych (cyt. za J. Carr, Child pornography, *op. cit.*, s. 24).

²⁰ K. Grzybowska, Wyrozumiałość dla pedofilii, Rzeczpospolita 2001, nr 191.

²¹ Propozycja podwyższenia granicy wieku ochronnego małoletnich do 16 lub 18 lat nie jest niczym nowym. Po roku 1990 wysuwano ją w Polsce kilkakrotnie (por. na ten temat J. Warylewski, *op. cit.*, s. 281 oraz 294–303), nigdy jednak w kontekście Internetu i zobowiązań międzynarodowych Polski.

²² Projekt ustawy z dnia 20 grudnia 2001 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw.

nym celu niż rozpowszechnianie, a więc np. na użytek własny lub wąskiego kręgu osób wymieniających między sobą tego typu materiały. Proponuje zatem unormowanie niezupełnie spójne ze standardami międzynarodowymi, które przyjmują jednolitą granicę wieku ochrony małoletnich, nie różnicując jej w zależności od przeznaczenia lub użytku czynionego materiałów pornograficznych przez ich konsumentów²³.

1.2. Definicja pornografii dziecięcej

Truizmem w odniesieniu do Internetu jest stwierdzenie, że problemy prawne, jakie wiążą się z jego funkcjonowaniem, wymagają rozwiązań globalnych. Formułowane w tym duchu wnioski z konferencji międzynarodowych dotyczących problemu pornografii dziecięcej w Internecie zwracają więc uwagę na konieczność wypracowania minimalnych standardów prawnych przeciwdziałania temu zjawisku, opartych na jego jednolitej definicji²⁴.

Odpowiedzią na ten postulat jest wspomniany Protokół Opcjonalny do Konwencji ONZ o prawach dziecka, który w art. 2 c definiuje pojęcie pornografii dziecięcej (ang. *child pornography*), jako „każde przedstawienie, przy pomocy dowolnych środków, dziecka w trakcie rzeczywistej lub udawanej czynności o wyraźnie seksualnym charakterze, lub każde przedstawienie narządów płciowych dziecka w ich funkcjach seksualnych”²⁵. Osiągnięcie konsensusu w tej sprawie na forum ONZ uznawane jest za spore osiągnięcie, które powinno mieć wpływ na ustawodawstwo państw, które Protokół ratyfikują. W relacji do Internetu i nowych technologii wskazuje się jednak na pewne słabości uzgodnionej definicji. Jej brzmienie nasuwa bowiem wątpliwości, czy w zakres pojęcia pornografii dziecięcej wchodzi tzw. pseudo-fotografie, które nie przedstawiają scen eksploatacji seksualnej dzieci z udziałem realnych osób, lecz postaci wykreowane przy pomocy technik komputerowych²⁶.

Analogiczne zastrzeżenia na gruncie polskiej ustawy karnej budzą art. 200 § 2 i art. 202 § 3 k.k., w których mówi się o treściach pornograficznych z udziałem małoletniego. Jest to sformułowanie, które wyraźnie ogranicza

²³ Należy jednak odnotować, że projekt decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej, o którym mowa wyżej (przypis nr 33), zezwala krajom członkowskim Unii na wyłączenie bezprawności produkcji i posiadania pornografii przedstawiającej dzieci, które osiągnęły wiek dojrzałości seksualnej, gdy tego rodzaju prezentacje są wytwarzane i posiadane za ich zgodą, wyłącznie na ich prywatny użytek (art. 3 ust. 2(b) projektu).

²⁴ Vienna Commitment against Child Pornography on the Internet. Conclusions and recommendations of the international conference “Combating Child Pornography on the Internet”, 29 September to 1 October 1999, A/CONF.187/AUSTRIA/2, April 5, 2000.

²⁵ Article 2(c) Child pornography means any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes.

²⁶ J. Carr, *Child pornography*, *op. cit.*

zakres karalności utrwalania, produkcji, rozpowszechniania i sprowadzania pornografii dziecięcej do przypadków, w których przedstawia ona realne osoby poniżej lat 15, a nie ich wirtualne fantomy²⁷. Na obecnym poziomie techniki coraz trudniej ustalić (nawet ekspertom w dziedzinie grafiki komputerowej), czy przetworzone cyfrowo materiały pornograficzne stanowią zapis rzeczywistości, czy też są jej „elektroniczną parafrazą”²⁸. Międzynarodowe Stowarzyszenie Prokuratorów (IAP) apeluje w związku z tym do ustawodawców, aby ci, tworząc prawo, nie pozostawiali w nim luk wykorzystywanych przez sprawców przestępstw związanych z pornografią dziecięcą do odpięrania stawianych im zarzutów, iż inkryminowane zdjęcia nie przedstawiają prawdziwych ofiar nadużyć seksualnych²⁹. Wydaje się, że do grona adresatów tego apelu można zaliczyć także polskiego ustawodawcę. Na tle regulacji, jaką zawiera art. 202 § 3 k.k., wyżej wspomniana „linia obrony” ma spore szanse powodzenia. Z kolei „wolnościowy model” reglamentacji prawnej pornografii (art. 202 § 1 k.k.), mimo niezaprzeczalnych zalet tego podejścia do zagadnienia karalności rozpowszechniania tzw. pornografii miękkiej, nie może być subsydiarnie wykorzystywany do inkryminowania czynów związanych z pornografią dziecięcą w ramach podkultury, która jest zorientowana na odbiór tego rodzaju treści.

Należy zatem postulować, aby przy kolejnej nowelizacji kodeksu karnego wyeliminować z art. 202 § 3 zwrot „z udziałem małoletniego” na rzecz sformułowań bardziej pojemnych znaczeniowo, które będą ułatwiać ściganie przestępstw seksualnych przeciwko dzieciom także w przypadku produkcji, rozpowszechniania, sprowadzania itd. generowanych komputerowo „realistycznych obrazów osób małoletnich w trakcie czynności o wyraźnym seksualnym charakterze”³⁰. Chociaż prezentacje odpowiadające tej charakterystyce nie dokumentują realnych zdarzeń i nie mogą stanowić dowodu przestępstwa popełnionego na szkodę występujących w nich „małoletnich”, to jak dowodzi praktyka, mogą one być również wykorzystywane przez pedofilów do przekonywania dzieci, że czynności seksualne są czymś naturalnym i stanowią rodzaj „zabawy”³¹.

Pogląd ten, eksponowany w toku dyskusji na temat racjonalizacji zakazu wirtualnej pornografii w USA, nie trafił do przekonania sędziom Sądu Naj-

²⁷ Por. na ten temat krytyczne uwagi J. Warylewskiego (*op. cit.*, s. 289), dotyczące tzw. pornografii symulowanej.

²⁸ Techniki komputerowe umożliwiają produkcję pornografii dziecięcej w oparciu o materiał fotograficzny dowolnej treści. Pozwalają np. na łączenie zdjęć twarzy dzieci z pornografią przedstawiającą osoby dorosłe w sposób, który daje efekty do złudzenia imitujące rzeczywistość.

²⁹ Combating use of the internet to exploit children. Brief Summary of the findings of Working Group I of the International Association of Prosecutors <<http://www.iap.nl.com/>>

³⁰ Rozwiązanie takie przewiduje art. 9 ust. 2 Konwencji Rady Europy o Cyberprzestępczości.

³¹ Combating use of the internet to exploit children, *op. cit.*; J. Carr, Child pornography, *op. cit.*

wyższego Stanów Zjednoczonych. Wspomniana okoliczność nie miała jednak istotnego wpływu na treść wydanego w kwietniu 2002 r. przez ten sąd orzeczenia, stwierdzającego niezgodność *The Child Pornography Prevention Act* (ustawy penalizującej wirtualną pornografię dziecięcą) z Pierwszą Poprawką do Konstytucji USA. Z uzasadnienia wyroku wynika, że zadecydowały o tym racje prawne związane z doktryną ochrony wolności wypowiedzi, a nie przekonanie SN o braku zasadności argumentów natury kryminologicznej w sporze o definicję pornografii dziecięcej³².

Całkowicie odmienne stanowisko w tej kwestii zajmują kraje Unii Europejskiej, zaangażowane w prace nad projektem decyzji ramowej w sprawie zwalczania seksualnej eksploatacji dzieci i pornografii dziecięcej³³. Zgodnie z zaaprobowaną przez ministrów sprawiedliwości krajów Unii definicją „pornografii dziecięcej”, w zakres tego pojęcia wchodzi materiały pornograficzne, które przedstawiają zarówno prawdziwe, jak i realnie nie istniejące dzieci w trakcie czynności o wyraźnie seksualnym charakterze, a także osoby uczestniczące w tego rodzaju czynnościach, które wyglądają jak dzieci. Przyszły „europejski” standard normatywny operuje więc znacznie szerszym ujęciem przedmiotu czynności wykonawczej niż czyni to art. 202 § 3 k.k. oraz znajdujące się w Sejmie projekty zmian kodeksu karnego.

Dyskusje nad kształtem „standardu europejskiego” trwają na forum Komisji Europejskiej od 2000 r. i przebiegają z pewnymi oporami. Ich rezultatem, na obecnym etapie negocjacji nad projektem decyzji ramowej, jest przyjęcie szerokiej definicji pornografii dziecięcej, obejmującej również jej formy „wirtualne”. Od tej zasady przewidziano jednak pewien wyjątek, który dotyczy możliwości wyłączenia z zakresu karalności produkowania i posiadania pornografii „wirtualnej” na użytek prywatny. W tym aspekcie „prezydencki” projekt nowelizacji kodeksu karnego jest mniej restrykcyjny i bliższy podejściu amerykańskiemu niż europejskiemu. Bez względu bowiem na cel działania sprawcy – zakazuje produkcji, utrwalania, sprowadzania etc. treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Odnosi się zatem wyłącznie do pornografii, która przedstawia realnie istniejące osoby³⁴.

1.3. Karalność zachowań odbiorców pornografii dziecięcej

Internetowa pornografia dziecięca ma licznych odbiorców. Oprócz czynnych pedofilów zalicza się do nich przede wszystkim osoby, które same nie

³² Zob. wyrok w sprawie *Ashcroft, Attorney General et al. v. Free Speech Coalition et al.* <<http://www.cdt.org/speech/020416cppa.pdf>> / <<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>> L. Greenhouse, 'Virtual' child pornography ban overturned, *The New York Times*, April 17, 2002.

³³ Council of the European Union, Draft Council Framework Decision on combating the sexual exploitation of children and child pornography, Brussels, 7 October 2002, 12418/02 Public. <<http://register.consilium.eu.int/pdf/en/02/st12/12418en2.pdf>>

³⁴ Ograniczenie to nie dotyczy art. 202 § 1 k.k., o czym była mowa wyżej.

wykorzystują seksualnie dzieci, lecz są zafascynowane taką możliwością i pod wpływem kontaktów z podkulturą pedofilską mogą skłonnościom tym ulegać³⁵. „Oglądacze” stanowią klientelę internetowych serwisów pornograficznych, które mają niekiedy dziesiątki tysięcy subskrybentów, regularnie korzystających z ich usług, zanim nie przeszkodzi im w tym policja³⁶. To oni generują popyt na pornografię dziecięcą, przyczyniając się do eskalacji nadużyć seksualnych dzieci w odpowiedzi na rosnące zapotrzebowanie rynku³⁷. To w ich upodobania do gromadzenia i wymieniania między sobą „obrazków” godzą zakazy przesyłania i pozyskiwania pornografii dziecięcej za pomocą systemu informatycznego oraz posiadania pornografii dziecięcej w systemie informatycznym lub na nośnikach danych, jakie przewiduje art. 9 Konwencji Rady Europy o Cyberprzestępczości. Podobne unormowania zawiera projekt decyzji ramowej Rady i Komisji Europejskiej, który szerzej, niż czyni to Konwencja, zakreśla granice penalizacji zachowań konsumentów pornografii dziecięcej. Uznaje bowiem karalność jej przesyłania (*transmission*), pozyskiwania (*acquisition*) oraz posiadania (*possession*), bez względu na wykorzystywanie w tym celu technologii informacyjnych³⁸.

Polskie uregulowania prawne skierowane są głównie przeciwko producentom i dystrybutorom pornografii dziecięcej. Karalne jest utrwalanie treści pornograficznych z udziałem osoby poniżej lat 15 (art. 200 § 2 k.k.), oraz produkowanie w celu rozpowszechniania, sprowadzanie albo rozpowszechnianie treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej lat 15 (art. 202 § 3 k.k.). Odpowiedzialność karna konsumentów pornografii dziecięcej w zasadzie nie mieści się w aktualnym modelu prawnej reglamentacji zjawiska. Wyjątkiem jest „sprowadzanie” treści pornograficznych (art. 202 § 3 k.k.), czyli zachowanie polegające na ich pozyskiwaniu, także z Internetu, zarówno w celu rozpowszechniania, jak i na użytek prywatny³⁹.

Projekt nowelizacji kodeksu karnego, który został skierowany do Sejmu z inicjatywy Prezydenta RP przewiduje surowszą odpowiedzialność karną za

³⁵ M. Wełyczko, *op. cit.*

³⁶ Z usług spółki Landslide Productions, mającej siedzibę w Teksasie oraz serwery zlokalizowane w Rosji i Indonezji, korzystało – do czasu przerwania jej działalności przez Federalny Urząd Poczty USA – ponad 75 tys. osób z całego świata; por. The Associated Press, 100 arrested in Net child-porn sting, August 8, 2001, <http://news.cnet.com/news/0-1005-200-6814605.html?tag=prntfr>

³⁷ Paradoksalnie, opis tego mechanizmu zawdzięczamy nie badaniom kryminologicznym, lecz dziennikarstwu śledczemu – por. R. Grove, B. Zerega, The Lolita Problem – Investigative Report, Red Herring Magazine, January 3, 2002 <<http://www.redherring.com/mag/issue109/1249.html>>; J. Błaszczyk i in., Mordercy dzieci, Wprost z 6 października 2002 r. i 13 października 2002 r.

³⁸ Zob. <<http://register.consilium.eu.int/pdf/en/02/st12/12418en2.pdf>>

³⁹ Por. J. Wojciechowski, Nie wiadomo, gdzie przebiega granica, Rzeczpospolita z 20 marca 1998 r.; A Marek, Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna, Warszawa 2001, s. 157–158; J. Warylewski, *op. cit.*, s. 286–287.

czyny podejmowane w celu rozpowszechniania (kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5) niż na własny użytek (kara pozbawienia wolności do lat 3). Jednocześnie projekt rozszerza katalog karalnych zachowań odbiorców pornografii dziecięcej o jej „przechowywanie” i „posiadanie”. Pozostawia natomiast poza zakresem kryminalizacji „przesyłanie” treści pornograficznych oraz ich „oferowanie”, czyli zachowania, które zgodnie z Konwencją Rady Europy o Cyberprzestępczości powinny zostać spenalizowane w ustawodawstwie karnym państw–stron tego traktatu międzynarodowego.

Współczesna polityka legislacyjna w dziedzinie kryminalizacji zachowań związanych z pornografią dziecięcą powinna uwzględniać fakt wykorzystywania na szeroką skalę technologii informacyjnych, w szczególności Internetu, przez osoby angażujące się w te zachowania. Konwencja Rady Europy oraz unijny projekt decyzji ramowej spełniają w znacznym stopniu ten postulat, przede wszystkim dzięki temu, że zawarte w nich „modelowe” definicje przestępstw operują szeroką gamą czynności wykonawczych, dostosowanych do specyfiki funkcjonowania Internetu i dostępnych w nim usług.

Polskie ustawodawstwo karne wykazuje w tym zakresie pewne niedomagania, które mogą zostać z niego usunięte w wyniku nowelizacji kodeksu karnego. Propozycje zmian art. 202 k.k. zawarte w tzw. projekcie „prezydenckim”, mimo iż nie przewidują karalności oferowania (reklamowania) i przesyłania pornografii dziecięcej, mają bardzo radykalny charakter. Uchwalenie przez Sejm proponowanego w projekcie zakazu posiadania i przechowywania treści pornograficznych z udziałem małoletnich (art. 202 § 4 projektu nowelizacji k.k.) oznaczać będzie wprowadzenie w Polsce odpowiedzialności karnej „konsumentów pornografii dziecięcej”, a więc jakościową zmianę prawnokarnego modelu reglamentacji omawianego zjawiska.

Powstaje oczywiście pytanie, czy wspomniane zakazy mogą mieć wpływ na ograniczenie popytu na pornografię dziecięcą? Czy perspektywa kar zredukuje zainteresowanie tego typu prezentacjami? Czy sprawi, że obrót nimi stanie się zajęciem bardziej ryzykownym i przez to mniej opłacalnym? Czy wręcz odwrotnie – prohibicja wyzwoli mechanizm „owocu zakazanego”, zmusi członków podkultury do jeszcze głębszego kamuflażu, a porno–biznes do lepszej organizacji, niwecząc tym samym cele polityczno–kryminalne tej regulacji.

Doświadczenia krajów, które zabroniły pod groźbą kar posiadania pornografii dziecięcej są stosunkowo krótkotrwałe i nie dają na te pytania jednoznacznych odpowiedzi. Wyraźnie jednak wskazują, że zakaz ten jest użytecznym instrumentem w zwalczaniu zjawiska, które dzięki Internetowi wymyka się spod kontroli i wymaga zdecydowanej reakcji państwa w celu za-

hamowania obserwowanych tendencji. Aresztowanie 1300 osób w Wielkiej Brytanii w początku 2003 r., 150 – w Norwegii w 2002 r. i 830 – we Włoszech w 2000 r. miało związek z internetową pornografią dziecięcą i nastąpiło w krajach, w których obowiązuje zakaz jej posiadania⁴⁰. W Europie liczba państw o prohibicyjnym podejściu do pornografii dziecięcej systematycznie rośnie, a wspomniany wyżej projekt decyzji ramowej podejście to najprawdopodobniej upowszechni⁴¹.

Warto jednak podkreślić, że penalizacja posiadania czegokolwiek, w szczególności cyfrowego zapisu informacji, jest rozwiązaniem daleko idącym i ryzykownym także dla szanujących prawo obywateli. Konsekwencje, na jakie można narazić inną osobę, umieszczając na twardym dysku jej komputera pliki z pornografią dziecięcą, mogą być dla niej bardzo poważne, choć całkowicie niezasłużone. Z tego powodu, w niektórych ustawodawstwach, zakaz posiadania pornografii dziecięcej opatrzony jest klauzulą uchylającą w określonych sytuacjach odpowiedzialność karną za ten czyn (np. gdy materiał pornograficzny został bez wiedzy i woli podejrzanego przesłany na jego adres). Ekskulpowanie się od odpowiedzialności wymaga jednak przeprowadzenia dowodu, którego ciężar spoczywa na oskarżonym. Musi on więc wykazać, że wszedł w posiadanie pornografii dziecięcej w sposób przez siebie nie zawiniony bądź, że jest osobą uprawnioną (np. ze względu na zawód lub obowiązki służbowe) do jej posiadania⁴².

Na tym tle proponowany zakaz utrwalania, sprowadzania, przechowywania lub posiadania treści pornograficznych (art. 202 § 4 projektu nowelizacji k.k.) wydaje się zbyt kategoriyczny i bezwarunkowy, skoro za zachowanie przedmiotowo bezprawne projektowana regulacja pozwala uznać m.in. przechowywanie w aktach prokuratorskich lub sądowych materiału dowodowego w sprawach o rozpowszechnianie pornografii dziecięcej. Aby paradoks ten wyeliminować, wystarczy po zaimku „kto” dodać zwrot „bez uprawnienia”, bądź w odrębnym przepisie ustanowić kontratyp ustawowy („Nie popełnia przestępstwa, kto, będąc do tego uprawnionym, podejmuje czynności określone w art. 202 § 4 k.k.).

⁴⁰ Por. M. Rybarczyk, Koniec z pedofilią na Wyspach, Newsweek–Polska 2003, nr 4, s. 37; P. Kudzia i in., Zmowa milczenia, Wprost 2003, nr 6, s. 21.; J. Hancock, 1, 491 charged in Internet pedophilia case, Rome (Reuters) <http://www.operationlookout.org/lookoutmag/1491_charged_in_international_in.htm>

⁴¹ Na kryminalizację posiadania pornografii dziecięcej, mimo odrzucenie podobnego projektu w 1997 r., zdecydował się ostatnio ustawodawca francuski. Wg ustawy o władzy rodzicielskiej z dnia 4 marca 2002 r., przestępstwo to jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat dwóch oraz grzywną do 30 tys. euro.

⁴² Rozwiązanie takie przewiduje prawodawstwo brytyjskie – art. 160 the Criminal Justice Act 1988, po nowelizacji tego przepisu przez the Criminal Justice and Public Order Act w 1994 r.

2. Ochrona małoletnich użytkowników Internetu przed cyberpornografią

Ochrona dzieci przed „ciemną stroną Internetu” jest jednym z politycznych priorytetów ery społeczeństwa informacyjnego, jego swoistym imperatywem kategorycznym⁴³. Realizacja tego nakazu jest jednak zadaniem skomplikowanym i kosztownym. Wymaga bowiem zaangażowania szeregu środków o charakterze technicznym – takich jak filtrowanie treści docierających do małoletnich użytkowników sieci, czy ograniczanie, w oparciu o procedury autoryzacyjne, dostępu dzieci do zasobów informacji dla nich „szkodliwych”⁴⁴, których skuteczność w warunkach szybkiego rozwoju technologii okazuje się nader problematyczna⁴⁵. Środkiem prawnym, w szczególności prawnokarnym, z natury mniej efektywnym od spełniających funkcje prewencyjne środków technicznych, przypada w tym kontekście rola zdecydowanie drugorzędna i uzupełniająca. W pozbawionej granic państwowych cyberprzestrzeni zasięg obowiązywania zakazów karnych oraz siła ich oddziaływania na ludzkie postępowanie są jeszcze bardziej ograniczone niż w konwencjonalnej rzeczywistości. W porównaniu natomiast z konwencjonalną rzeczywistością, dostępność „szkodliwych” dla dzieci rodzajów informacji, w tym wszelkich odmian pornografii, jest w Internecie wręcz nieograniczona.

Ok. 1,5% wszystkich stron WWW zawiera treści pornograficzne, zaś liczba płatnych serwisów internetowych ‘dla dorosłych’ sięga 500 tys.⁴⁶. Nie znając adresów sieciowych tych miejsc, można się z nimi połączyć przy pomocy wyszukiwarki internetowej w ciągu kilku sekund. Dzięki wyszukiwarce, komercyjne serwisy pornograficzne w Internecie notują 70 mln „odwiedziny” tygodniowo⁴⁷. Oceny prawne funkcjonowania tych serwisów

⁴³ Zob. Decision No 276/1999/EC of the European Parliament and of the Council of 25 January 1999 adopting a multiannual Community action plan on promoting safer use of the Internet by combating illegal and harmful content on global networks, Official Journal L 033, 06/02/1999 P. 0001–0011.

⁴⁴ Pojęcie: „treści szkodliwe” występuje w dokumentach Parlamentu i Komisji Europejskiej obok określenia „treści nielegalne” dla podkreślenia dwoistości ocen prawnych i społecznych odnoszących się pewnych rodzajów informacji, np. pornografii – legalnie dostępnej dla dorosłych, ale szkodliwej dla dzieci z punktu widzenia ich prawidłowego rozwoju.

⁴⁵ Por. M. Flood, C. Hamilton, Youth and Pornography in Australia. Evidence on the extent of exposure and likely effects, The Australia Institute, Discussion Paper No. 52, February 2003 < http://www.tai.org.au/WhatsNew_Files/WhatsNew/DP52sum.pdf >

⁴⁶ Youth, Pornography and the Internet, < http://www.nap.edu/html/youth_internet/ >

⁴⁷ *Ibidem*.

w kontekście ochrony małoletnich przez pornografią są kulturowo zróżnicowane i w wielu krajach dopiero się kształtują⁴⁸.

W polskiej domenie Internetu już pierwszy kontakt wzrokowy małoletniego z witryną pornousług stanowić może zdarzenie prawnie doniosłe z punktu widzenia przepisów kodeksu karnego. Ikonografia tych witryn zawiera bowiem na ogół treści pornograficzne, których prezentować małoletniemu poniżej lat 15 nie wolno (art. 202 § 2 k.k.). Stąd pojawiające się niekiedy opinie, że osoby, które prezentują pornografię w Internecie, mogą ponosić odpowiedzialność karną za popełnienie w zamiarze ewentualnym czynu określonego w tym przepisie⁴⁹. Pogląd ten nie jest trafny i słusznie został poddany krytyce za błędną wykładnię prawa, prowadzącą do rozszerzenia zakazu rozpowszechniania pornografii poza dozwolone prawem granice⁵⁰. Ekspozowanie pornografii na powszechnie dostępnych stronach WWW implikuje, co prawda, godzenie się na to, że jej odbiorcami mogą być także osoby małoletnie⁵¹. Jednakże przepis art. 202 § 2 k.k. nie penalizuje działań skierowanych wobec zbiorowości bliżej nieokreślonych osób spełniających wspomniane kryterium wiekowe, lecz zakazuje prezentowania treści pornograficznych konkretnym, zindywidualizowanym osobom („Kto, małoletniemu poniżej lat 15 prezentuje treści pornograficzne...”).

Ze względu na specyfikę poszczególnych usług związanych z przekazem informacji w Internecie, warunek ten może zostać spełniony, gdy sprawca posłuży się pocztą elektroniczną i prześle na adres wybranej przez siebie osoby małoletniej pliki o treści pornograficznej. Można mu będzie również postawić zarzut usiłowania przestępstwa z art. 200 § 2 k.k., gdy jako uczestnik komunikacji interaktywnej (czat, IRC) poda swemu małoletniemu rozmówcy adres miejsca w sieci, pod którym znajduje się pornografia w zamiarze, aby małoletni ją obejrzał. Powyższe przykłady przestępstw interneto-

⁴⁸ Spektakularnych przykładów dochodzenia do konsensusu tej sprawie dostarcza ustawodawstwo i judykatura amerykańska – zob. *You th, Pornography and the Internet* – rozdz. 4 *Legal and Regulatory Issues*.

⁴⁹ Zob. P. Kozłowska, M. Kucharska (Prawnokarne aspekty pornografii, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 4, s. 25), które stwierdzają: Mając na względzie aspekty prewencji generalnej, wydaje się słuszne, aby prezentowanie treści pornograficznych w Internecie obejmować hipotezą art. 202 § 2 k.k., zwłaszcza że do popełnienia tego przestępstwa wystarcza zamiar ewentualny.

⁵⁰ Zob. M. Sowa, *Ogólna charakterystyka przestępczości internetowej*, *Palestra* 2001, nr 5–6, s. 32.

⁵¹ Wg badań ankietowych prowadzonych w USA 31% dzieci w wieku od 10 do 17 lat „zdarzyło się” zobaczyć, choćby przypadkiem, pornograficzną stronę webową (*You th, Pornography and the Internet, op. cit.*). Wśród grupy polskich gimnazjalistów (13–15 lat) ankietowanych na ten temat aż 64% respondentów deklaruowało „niespodziewany kontakt z erotyką w Internecie” (L. Kirwil, *Wzorce korzystania z Internetu przez dzieci w wieku 13–15 lat*, referat przedstawiony na konferencji „Dziecko a Internet, szanse – zagrożenia”, zorganizowanej przez Rzecznika Praw Dziecka w dniu 9 grudnia 2002 r. w Warszawie).

wych przeciwko art. 200 § 2 k.k. mają jednak charakter „akademicki” w porównaniu ze zjawiskiem naruszania na skalę masową w Internecie dóbr chronionych tym przepisem.

Użytkownicy poczty elektronicznej na całym świecie, bez względu na wiek i inne cechy, zasypywani są coraz większą liczbą niezamawianych przesyłek o treści reklamowej (ang. *spamming*), zachęcających ich do „odwiedzin” darmowych stron pornograficznych lub korzystania z różnych usług seksualnych, których charakter zazwyczaj ilustrują załączone do korespondencji reklamowej zdjęcia, animacje lub krótkie sekwencje filmowe video⁵². Jak wskazują prowadzone w różnych krajach, w tym w Polsce, badania, tego rodzaju korespondencja wraz z zawierającymi treści pornograficzne załącznikami dociera do ok. 30% małoletnich użytkowników Internetu⁵³. Obrona przed *spammingiem* jest na ogół trudna ze względu na zautomatyzowany sposób rozpowszechniania materiałów reklamowych i nieuczciwe metody transmisji stosowane przez ich nadawców (podszywanie się pod cudzą domenę internetową, fałszywe adresy zwrotne). Nawet zmiana adresu poczty elektronicznej nie gwarantuje definitywnego przerwania dopływu niechcianej reklamy pornografii i jej „egzemplarzy okazowych” do osób, które tego sobie nie życzą. Także wykorzystanie środków prawnych w celu zapewnienia ochrony zarówno dorosłym użytkownikom Internetu, jak i dzieciom przed tego rodzaju praktykami napotyka na poważne przeszkody.

Przesyłanie pocztą elektroniczną „porno-spamu” nie jest czynem zabronionym na gruncie przepisów kodeksu karnego. Postępowanie takie nie narusza art. 202 § 1 k.k., który wprawdzie chroni wolność człowieka w zakresie odbioru treści pornograficznych, ale tylko w warunkach publicznej ich prezentacji. Tego natomiast warunku poczta elektroniczna nie spełnia, gdyż jest formą przekazu informacji skierowanej do indywidualnych odbiorców. Z kolei anty-spamowe przepisy ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁵⁴, które przesyłanie niezamawianej informacji handlowej uznają za wykroczenie, są nader ułomnym narzędziem zwalczania zjawiska *spammingu*. Ma ono bowiem swoje źródła głównie w Stanach Zjednoczonych AP, skąd wychodzi w świat, na ogół pod fikcyjnym adresem zwrotnym, ok. 85% materiałów reklamowych krążących w Internecie. Ze względu na miejsce działania (zagranica), sprawca czynu określonego w art. 24 ustawy

⁵² Z badań ankietowanych, jakie przeprowadzono w USA w 2002 r. wynika, że użytkownicy poczty elektronicznej otrzymują za jej pośrednictwem najczęściej materiały reklamowe i oferty dotyczące pornografii (91%), kredytów (78%) oraz inwestycji finansowych (68%) *Etats-Unis: Le courrier électronique* <http://www.journaldunet.com/cc/01_internautes/mail_usage_us.Shtml>

⁵³ *Youth, Pornography and the Internet*, *op. cit.*; L. Kirwil, *op. cit.*

⁵⁴ Dz. U. Nr 144, poz. 1204.

o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁵⁵, nie podlega polskiej jurysdykcji w sprawach o wykroczenia. Zgodnie bowiem z treścią art. 3 k.w. zakres tej jurysdykcji wyznacza zasada terytorialna, a regulacji szczególnych będących odstępstwem od tej zasady wyżej wspomniana ustawa nie przewiduje.

Z podobnych powodów sytuacji nie zmieni przewidywany w „prezydenckim” projekcie nowelizacji kodeksu karnego przepis (art. 202 § 2 k.k.), który oprócz prezentowania małoletniemu treści pornograficznych obejmuje karalnością także rozpowszechnianie tych treści „w sposób umożliwiający małoletniemu zapoznanie się z nimi”. Pojęcie „rozpowszechniania”, jakim posługuje się ten przepis, jest adekwatnym określeniem masowej wysyłki treści pornograficznych pocztą elektroniczną. Tym niemniej, transgraniczny charakter takiego przestępstwa i wymóg jego podwójnej karalności (art. 110 § 1 w zw. z art. 111 § 1 k.k.), mogą uniemożliwić ściganie czynów wypełniających znamiona art. 202 § 2 k.k. w wyniku działań podejmowanych za granicą przez cudzoziemców.

Bardziej realistyczne wydają się natomiast przewidywania dotyczące wpływu projektowanych zmian przepisów kodeksu karnego na sposób funkcjonowania rodzimego cyberporno–biznesu, który obecnie bez specjalnych niedomówień prezentuje w witrynach internetowych swoją ofertę handlową w „pełnej krasie”. Utrzymanie tej oferty w aktualnej postaci stanowić będzie naruszenie zakazu rozpowszechniania treści pornograficznych w sposób umożliwiający małoletniemu zapoznanie się z nimi. Projektowana zmiana art. 200 § 2 k.k. powinna spowodować zmianę sztafazu tych stron oraz skłonić administratorów internetowych serwisów pornograficznych do wprowadzenia mechanizmu weryfikacji wieku klientów w celu uniemożliwienia małoletnim dostępu do korzystania z ich usług. Najczęściej stosowanym w tym celu rozwiązaniem jest kontrola dostępu oparta na żądaniu od klienta podania numeru posiadanej karty płatniczej. Domniemanie, iż tylko osoba dorosła dysponuje tego rodzaju informacją ma jednak w przypadku Internetu bardzo kruche podstawy. Zwrócił na to uwagę jeden z niemieckich sądów administracyjnych, stwierdzając w wyroku, że ze względu na anonimowość Internetu, numer dowodu osobistego lub karty płatniczej nie są wystarczającą ‘przepustką’ do korzystania z usług serwera ‘dla dorosłych’.

Reasumując, propozycja wzmocnienia ochrony prawnej dzieci przed pornografią „internetową”, jaką zawiera „prezydencki” projekt nowelizacji kodeksu karnego, zasługuje na akceptację. Obecne brzmienie przepisu art. 200 § 2 k.k. pozwala na inkryminowanie przypadków „prezentowania małoletniemu treści pornograficznych”, gdy odbiorcą treści pornograficznych jest określona osoba. Ze względu na specyfikę usług informacyjnych

⁵⁵ Art. 24. 1. Kto przesyła za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówione informacje handlowe, podlega karze grzywny. 2. Ściganie wykroczenia, o którym mowa w ust. 1, następuje na wniosek pokrzywdzonego.

dostępnych w Internecie, warunek ten może zostać spełniony w przypadku poczty elektronicznej i IRC. Projektowana zmiana art. 200 § 2 k.k. rozszerza zakres ochrony prawnej dzieci przed pornografią „internetową” na wszystkie rodzaje usług informacyjnych. Implikuje jednak zarazem potrzebę określenia na użytek prawa warunków technicznych, jakim powinna odpowiadać kontrola dostępu do komercyjnych serwisów treści pornograficznych przeznaczonych dla osób dorosłych.

Należałoby również rozważyć celowość dokonania pewnych zmian natury „strukturalnej” w kodeksie karnym. Kryterium przedmiotu ochrony uzasadnia bowiem umieszczenie przepisów chroniących małoletnich przed pornografią oraz wykorzystywaniem ich do produkcji treści pornograficznych w rozdziale XXVI kodeksu karnego („Przestępstwa przeciwko rodzinie, opiece i młodzieży”). Utrzymanie wspomnianych zakazów w ramach aktualnej systematyki kodeksowej, jako przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, nie wydaje się właściwe ze względu *ratio legis* tej regulacji i jej *stricte* ochronny (a nie wolnościowy) charakter.

Zakończenie

Ochrona dzieci przed nadużyciami seksualnymi i pornografią w społeczeństwie informacyjnym jest poważnym problemem, którego w warunkach globalnej sieci komputerowej nie da się rozwiązać wyłącznie środkami represji karnej. Tym niemniej, są one niezbędnym instrumentem kontroli społecznej sprzecznych z prawem zachowań użytkowników sieci komputerowych i powinny być w tym celu stosowane.

Dotychczasowy bilans dokonań polskiego wymiaru sprawiedliwości w dziedzinie zwalczania nadużyć seksualnych małoletnich i ochrony ich przed pornografią nie jest imponujący. W latach 1999–2001 sądy w Polsce wydały 10 wyroków skazujących w sprawach o przestępstwa związane z rozpowszechnianiem tzw. twardej pornografii (art. 202 § 3 k.k.), dalszych 13 skazań dotyczyło przestępstw polegających na prezentowaniu małoletnim poniżej lat 15 treści pornograficznych (art. 202 § 2 k.k.)⁵⁶. Statystyka sądowa nie informuje o tym, ile z tych spraw miało związek z Internetem lub dotyczyło pornografii dziecięcej. Na podstawie wyników opublikowanych ostatnio badań⁵⁷ można sądzić, że są to przypadki odosobnione. Jest to konstatacja o tyle niepokojąca, że obecnie jesteśmy świadkami

⁵⁶ Dane Ministerstwa Sprawiedliwości (skazania prawomocne).

⁵⁷ Por. M. Mozgawa, P. Kozłowska, Prawnokarne aspekty rozpowszechniania pornografii – analiza dogmatyczna i praktyka ścigania, Prokuratura i Prawo 2002, nr 3, Z badań tych autorów wynika, że wśród 37 spraw zakończonych skierowaniem aktu oskarżenia, tylko cztery (10%) związane były Internetem.

kształtowania się międzynarodowej podkultury pedofilskiej – zjawiska *par excellence* socjologicznego, którego rozwój zdynamizowało upowszechnienie Internetu. Niepokoić musi też brak zdecydowanej reakcji organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości po ogłoszeniu w tygodniku „Wprost” wyników dziennikarskiego śledztwa, które ujawniło działającą w Polsce grupę kilkudziesięciu osób wykorzystujących seksualnie dzieci, zajmujących się stręczycielstwem i produkcją pornografii z udziałem małoletnich na użytek kilku tysięcy klientów⁵⁸.

Trudno powstrzymać się od refleksji, że na niewiele zdadzą się zmiany przepisów kodeksu karnego oraz ich harmonizacja ze standardami międzynarodowymi w dziedzinie karalności eksploatacji seksualnej małoletnich i pornografii dziecięcej, jeżeli śledztwa w tych sprawach prowadzić będą dziennikarze, a nie prokuratorzy.

⁵⁸ J. Błaszczyk i in., *Mordercy dzieci*, *op. cit.*

Antoni Dermont

Ustawowa zamiana „mienia” na „rzecz” w kodeksie karnym

I. Wprowadzenie

1. Na wstępie, ze względu na polemiczny charakter niniejszego opracowania, należy przedstawić parę uwag językoznawczych.

Język polski, głównie gramatyka, ulega procesowi rozwojowemu. Stanisław Szober (w 1921 r.) i Zenon Klemensiewicz (w 1946 r.)¹ używali określenia „gramatyka współczesnego języka polskiego” z uwzględnieniem podklasy opozycyjnej „gramatyka historyczno-językowa”, a dzisiaj tej samej nazwy (gramatyka współczesnego języka polskiego) używają językoznawcy zapoczątkowanej już w latach siedemdziesiątych XX wieku – bardziej „liberalnej” – gramatyki rezygnującej z takich pojęć, jak: podmiot, orzeczenie, orzecznik, dopełnienie, okolicznik, przydawka, grupa podmiotu, grupa orzeczenia, związek zgody, związek rządu, czy zdanie² na rzecz określeń: agens, verbum finitum, predykat, argument, asercja, fraza imienna, fraza czasownikowa, akomodacja, walencja, konotacja, elipsa kontekstowa³, gramatyka zmierzająca do większej precyzji semantycznej.

Gramatyka poprzednio traktowana jako gramatyka współczesnego języka polskiego zwana jest obecnie przez tę nową gramatykę współczesnego języka polskiego: gramatyką szkolną, gramatyką tradycyjną, gramatyką szobe-

¹ S. Szober, Gramatyka języka polskiego, Wydanie dwunaste opracował W. Doroszewski, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1962, Przedmowa S. Szobera z 12 września 1921 roku do wydania drugiego, s. VII i VIII; Z. Klemensiewicz, Gramatyka współczesnej polszczyzny kulturalnej w zarysie, Książnica-Atlas, Wrocław, Warszawa 1946, s. 11.

² M. Gochowski, S. Karolak, Z. Topolińska, Gramatyka współczesnego języka polskiego. Składnia, pod redakcją Z. Topolińskiej, Warszawa 1984. Pracownia Budowy Gramatycznej Języka Polskiego (PBG) z zadaniem opracowania nowej gramatyki opisowej języka literackiego powołana została do życia na przełomie lat 1969/1970 z inicjatywy S. A. Urbaničky w kierowanym przez siebie Zakładzie Języka Polskiego Instytutu Badań Literackich PAN. W 1973 roku Zakład przekształcił się w Instytut Języka Polskiego PAN, a pracownia Gramatyki Współczesnej Polszczyzny znalazła się w tym samym Instytucie jako centralna pracownia zakładu Współczesnego Języka Polskiego, Przedmowa.

³ R. Grzegorzczkova, Wykłady z polskiej składni, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, *passim*; Z. Saloni, M. Świdziński, Składnia współczesnego języka polskiego, Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1998, *passim*.

rowską, gramatyką klemensiewiczowską⁴. Ta nowa gramatyka współczesnego języka polskiego z odmianą gramatyki generatywno-transformacyjnej⁵, wprowadzie nie jest obowiązująca, ale jest wykładana na wyższych uczelniach i stąd ludzie nauki korzystają z jej dorobku językoznawczego.

Gramatyka to zbiór reguł, które pozwalają na łączenie elementów zawartych w słownikach (dwuklasowość systemu językowego)⁶. Obok słowników języka polskiego pojawiają się – podobnie, jak w gramatyce – słowniki współczesnego języka polskiego⁷.

2. Wyrażenie „język prawny” ma miejsce w opracowaniach naukowych. Bronisław Wróblewski – inicjator tego pojęcia – pisał, że twórcą jego jest normodawca prawny, a źródłem są przepisy prawne. Prawo o tyle ma znaczenie – zdaniem Autora – o ile ludzie do niego się stosują i jest ono trafnie stosowane. Obydwa zjawiska są zależne od przystępności i zrozumiałości języka, a więc od używania przejrzystych sformułowań oraz pojęć o znaczeniu ostrym i wyraźnym⁸.

Zygmunt Ziemiński zaś pisał, że odmianą języka polskiego jest język prawny – język ustaw i podobnych aktów prawodawczych, które mają być rozumiane jako zespół norm postępowania ustanowiony przez organizację państwową. Ze względu na szczególną doniosłość norm prawnych konieczne jest, aby język prawny był jasny i ścisły, wolny od wyrażeni o niedostatecznie określonym znaczeniu⁹.

3. Celem niniejszego opracowania jest przybliżenie zakresu nazwy przedmiotu przestępstwa kradzieży (najbardziej frekwencyjnego przestępstwa w Polsce, i nie tylko w Polsce) w okresie historycznym – niedawnej przeszłości – i w aktualnie obowiązującym kodeksie karnym, z uwzględnieniem zamiany nazw oraz zakresów semantycznych zamienionych określeń na tle twórczości leksykologii polskiej.

⁴ R. Grzegorzczkova, tamże.

⁵ Z. Saloni, M. Świdziński, tamże, s. 49 i nast. Twórcą gramatyki generatywnej jest językoznawca amerykański N. Chomsky. Z gramatyki N. Chomsky'ego wyewoluowały teorie formalne, a mianowicie uogólniona gramatyka struktur frazowych i gramatyka struktur frazowych ze stosowaniem od nadrzędnika.

⁶ R. Grzegorzczkova, tamże, s. 8 i 9.

⁷ A. Sikorska-Michalak, O. Wojniłko, Słownik współczesnego języka polskiego, Wydawnictwo Wilga, Warszawa 1996, Słownik współczesnego języka polskiego, Przegląd Readear's Digest, Warszawa 1998.

⁸ B. Wróblewski, Język prawny i prawniczy, Nakładem Polskiej Akademii Umiejętności, Prace Komisji Prawniczej, Kraków 1949, nr 3, s. 59 i 95; J. S. Piątkowski, Recenzja, Prawo języka, Państwo i Prawo 1949, nr 3, s. 89–95.

⁹ Z. Ziemiński, Logika praktyczna, Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1994, s. 16.

II. Przedmiot kradzieży w kodeksach historycznych

1. „Własność” jest pojęciem wieloznacznym. W logice „własność” nie jest rzeczownikiem konkretnym, lecz oderwanym, prezentuje cechę przedmiotu, a nie przedmiot (własność, białosc, czerwien). W gramatyce i w języku potocznym oraz w leksykologii „własność” ma wiele twarzy znaczeniowych, a szczególnie dwie różniące się treści tej samej formy. „Własność” to pojęcie abstrakcyjne, imponderabilne zawierające triadę uprawnień (*ius possidendi, ius utendi, ius abitendi* – prawo posiadania, prawo używania, prawo rozporządzania) i „własność” jako pojęcie konkretne, ponderabilne oznaczające przedmiot tego określenia, na przykład, rzecz mająca właściciela (pojazd mechaniczny, telewizor). Pamięć o tej dwuznaczności ma istotne znaczenie w rozważaniach niniejszego opracowania.

Prawo własności jest centralną instytucją prawa cywilnego. Deklaracja Praw Człowieka i Obywatela z roku 1789 nazywa tę własność wprost „prawem nienaruszalnym i świętym” (art. 17), w art. 544 kodeksu Napoleona z roku 1804 jest ona określana jako „prawo korzystania z rzeczy i rozporządzania nią w sposób jak najbardziej bezwzględny”¹⁰.

2. Wkrótce po odzyskaniu niepodległości w Polsce została uchwalona ustawa konstytucyjna z dnia 17 marca 1921 roku¹¹. Art. 99 owej konstytucji stanowił, że Rzeczypospolita Polska uznaje wszelką własność... jako jedną z najważniejszych podstaw ustroju społecznego i porządku prawnego oraz poręcza wszystkim mieszkańcom, instytucjom i społecznościom ochronę ich mienia. Prawnym wykonaniem poręczenia konstytucyjnego był rozdział XXXIX („Przestępstwa przeciwko mieniu”) kodeksu karnego z dnia 11 lipca 1932 roku, unifikującego prawo karne w Polsce, pierwszego po odzyskaniu niepodległości porozbiorowej¹². Tytuł tego rozdziału zawiera fikcję prawną (następne kodeksy utrzymują tę fikcję). Sprawca kradzieży nie działa wszakże przeciwko mieniu, lecz przeciwko porządkowi prawnemu, przeciwko właścicielowi, przeciwko abstrakcyjnemu pojęciu własności (własność jako jedna z najważniejszych podstaw ustroju społecznego). Poręczenie przez państwo mieszkańcom i instytucjom ochrony ich mienia jest sposobem uznania tej konstytucyjnej własności (podstawy ustroju społecznego i porządku

¹⁰ A. Wolter, Prawo cywilne, Część ogólna, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1955, s. 12.

¹¹ Ustawa z dnia 17 marca 1921 roku – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1921 r., Nr 44, poz. 267).

¹² Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 roku – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571; z 1949 r., Nr 45, poz. 334 i Nr 55, poz. 437; z 1950 r., Nr 6, poz. 46 i Nr 50, poz. 459; z 1951 r., Nr 58, poz. 399 oraz z 1955 r., Nr 15, poz. 83).

prawnego). Mienie zatem jest materialnym obiektem (zespołem desygnatów) „abstrakcyjnej własności”, czyli grupy uprawnień.

Ochronę mienia mieszkańcom, instytucjom i społecznościom przed kradzieżami zapewniały przepisy art. 257 tego kodeksu w brzmieniu: Art. 257. § 1. Kto zabiera innej osobie cudze mienie ruchome w celu przywłaszczenia, podlega karze więzienia do lat 5. § 2. W przypadkach mniejszej wagi sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a gdy sprawca z nędzy zabrał celem użycia małej wartości przedmiot pierwszej potrzeby – nawet od kary uwolnić.

3. Według gramatyki współczesnego języka polskiego odcinek zdania „cudze mienie ruchome” jest frazą czasownikową (czasownik „zabiera”), a jej reprezentantem jest wyraz „mienienie”, gramatyka zaś szkolna (obowiązująca) traktuje tę frazę jako grupę syntaktyczną, a wyraz „mienienie” jest w zdaniu dopełnieniem, bardzo ważnym członem zdania.

4. W języku prawnym w art. 257 § 1 cytowanego kodeksu słowo „mienienie” określa przedmiot przestępstwa kradzieży i stąd semantyczna zawartość tego leksemu jest bardzo istotna, decyduje bowiem o bycie przestępstwa albo jego nieistnieniu, czy desygnat zabrany przez sprawcę mieści się w zakresie wyrazu (mienienie), czy znajduje się poza jego obrębem. Istotną rolę znaczeniową mają przydawki rzeczownika „mienienie” (cudze, ruchome), określają bowiem zakres przedmiotu przestępstwa, wyznaczając jego granice.

5. „Mienienie” jest rzeczownikiem rodzaju nijakiego, bez liczby mnogiej, pierwszej grupy deklinacyjnej, oznaczającym zbiory przedmiotów jednostkowych, rzeczownikiem zbiorczym. Dla bytu przestępstwa nie jest konieczne, by sprawca zabrał cały zbiór lub większą jego część – każdy, najmniejszy element zbioru, może być przedmiotem przestępstwa lub wykroczenia, w zależności od jego wartości pieniężnej.

6. Wyraz „mienienie” pochodzi od czasownika „mieć”, „posiadać” i według Słownika języka polskiego (warszawskiego) Jana Aleksandra Karłowicza, Adama Antoniego Kryńskiego, Władysława Marcina Niedźwiedzkiego jest własnością, majątkiem, dobytkiem, dobrem, bogactwem¹³. Witold Doroszewski mienienie także utożsamia z ogółem rzeczy materialnych będących czyjąś własnością, majątkiem ruchomym lub nieruchomym, dobytkiem¹⁴. Oznacza to, że w ramach hasła słownikowego „mienienie” mieszczą się tylko te

¹³ J. A. Karłowicz, A. A. Kryński, W. M. Niedźwiedzki, Słownik języka polskiego, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1898–1927, t. II 1902, s. 957.

¹⁴ Słownik języka polskiego, pod redakcją W. Doroszewskiego, PWN, Wydawnictwo Wiedza Powszechna, Warszawa 1958–1968, t. 4 1962, s. 645.

rzeczy materialne, które stanowią czyjąś własność, oraz że dobytek (zwierzęta) nie są rzeczami, lecz istnieją obok rzeczy. Ten podział elementów (rzeczy – dobytek) prezentuje również Mały słownik języka polskiego pod redakcją Stanisława Skorupki, Haliny Auderskiej, Zofii Łempickiej¹⁵ oraz Słownik języka polskiego pod redakcją Mieczysława Szymczaka¹⁶. Identyczny szereg określeń zakresu „mienie” znajduje się w słownikach współczesnego języka polskiego¹⁷.

Z Ilustrowanej Encyklopedii Władysława Trzaski, Józefa Ludwika Everta, Jana Michalskiego dowiadujemy się, że przedmiotem kradzieży jest mienie (cudze mienie ruchome). Autorzy przywołują tu treść art. 581 rosyjskiego i § 142 niemieckiego kodeksu karnego, § 178 austriackiej ustawy karnej oraz cyt. art. 99 polskiej konstytucji. Z innych źródeł leksykologicznych również wynika, że przedmiotem kradzieży jest mienie ruchome¹⁸.

Z „mieniem” niekiedy utożsamia się pojęcie „własność”¹⁹. W drugim rozumieniu pojęcie konkretne, ponderabilne, zawierające przedmiot tego określenia i równocześnie przedmiot kradzieży w interpretacji języka prawnego.

7. Ponadto wyraz „mienie” w okresie międzywojennym był obecny w języku prawnym i prawniczym. Stefan Glaser, Aleksander Mogilnicki do mienia zaliczali przedmioty ruchome przedstawiające wartość majątkową, każdą *res corporales mobilis*, a więc także energię (prąd elektryczny)²⁰. Leon Peiper twierdził, że kradzież to przestępstwo najczęstsze i najbardziej pospolite. Przedmiotem przestępstw tego rozdziału jest *res corpore* oraz nie tylko cudze mienie nie będące własnością sprawcy kradzieży, ale także mienie wspólne. Pojęcie „mienie ruchome” w dziedzinie prawa karnego nie jest

¹⁵ Mały słownik języka polskiego, pod redakcją S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1969, s. 387.

¹⁶ Słownik języka polskiego, pod redakcją M. Szymczaka, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1995, t. 2, s. 151.

¹⁷ Słownik współczesnego języka polskiego, pod redakcją A. Sikorskiej-Michalak, O. Wojnińko, tamże, s. 518; Słownik współczesnego języka polskiego. Przegląd, tamże, tom 1, s. 513.

¹⁸ W. Trzaska, J. L. Evert, J. Michalski, Ilustrowana Encyklopedia, Trzaska Evert Michalski SP.AKC., Warszawa 1925–1928, t. 2, szpalta 1107 i 1108; Wielka Encyklopedia Powszechna, Warszawa 1962, t. 6, s. 132; Encyklopedia Powszechna PWN, Warszawa 1973, t. 2 1974, s. 528; Nowa Encyklopedia PWN, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1996, t. 3, s. 537; Encyklopedia Naukowo-Popularna PWN, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1997, t. 5, s. 100; Słownik języka polskiego, pod redakcją M. Szymczaka, tamże, t. 1, 1995, s. 1970.

¹⁹ J. A. Karłowicz, A. A. Kryński, W. M. Niedźwiedzki, tamże, s. 521; Słownik języka polskiego, pod redakcją W. Doroszewskiego, tamże, t. 3, s. 1058; Mały słownik języka polskiego, tamże, s. 310; Słownik współczesnego języka polskiego, pod redakcją A. Sikorskiej-Michalak, O. Wojnińko, tamże, s. 423; Słownik współczesnego języka polskiego. Przegląd, tamże, s. 428.

²⁰ S. Glaser, A. Mogilnicki, Kodeks karny. Komentarz, Kraków 1934, s. 879.

identyczne z pojęciem mienia ruchomego w prawie cywilnym. Przynależności nieruchomości (rosnące drzewa, maszyny wmurowane) są mieniem ruchomym według k.k.²¹.

8. Powyższa analiza wskazuje, że przedmiotem przestępstwa kradzieży (art. 257 § 1 k.k. z 1932 roku) jest mienie, którego zakres znaczeniowy obejmuje ponderabilia (rzeczy materialne), rzeczy właścicielskie, a obok nich pojęciem mienia obejmujemy zwierzęta (dobyttek). „Mienie” w aspekcie gramatycznym jest tu dopełnieniem w zdaniu opisującym kradzież doprecyzowanym przydawką „cudze”, czyli nie swoje, mające cechę „własność”, to jest mające swego właściciela, i przydawką „ruchome”, czyli mienie przenośne, przewoźne, nadające się do translokacji. Ten obszar semantyczny mienia był i jest doskonale zharmonizowany z regułami konstytucyjnymi oraz pozostaje w zgodzie z twórczością leksykologiczną języka polskiego z okresu przedkodeksowego, z czasów obowiązywania kodeksu z 1932 roku i twórczością powstałą po przeniesieniu tego pomnika prawnego do historii prawa karnego, a także ze słownikami współczesnego języka polskiego.

9. Kodeks karny z 1932 roku traktował własność jednolicie, każdą jednako. Jednak jeszcze pod rządami tego kodeksu w okresie PRL wydano dwie ustawy karne: jedna znacząco zaostrzyła karalność w przypadku przestępstw popełnianych na szkodę społeczną²² i druga wprowadzająca nowe przestępstwa: kradzież i wyłudzenie mienia społecznego, kradzież z włamaniem i inne²³. Ponadto już w procesie tworzenia nowego kodeksu karnego w projektach uwzględniano od 1963 roku nowe kazuistyczne przestępstwo *furtum usus* – uprowadzenie pojazdu mechanicznego (cudzego lub społecznego)²⁴ oraz na uwagę zasługuje rozdwojenie przedmiotu przestępstwa w zależności od wartości zabranego mienia, tworząc wykroczenia kosztem ułamka zakresu przedmiotu przestępstwa kradzieży²⁵.

10. Prace nad tworzeniem nowego kodeksu trwały długo (1950–1969 rok), w toku których opracowano kolejne projekty kodeksu karnego z 1956, 1963, 1966 i 1968 roku. Ten ostatni stał się podstawą kodeksu karnego,

²¹ L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego. Prawo o wykroczeniach, Kraków 1933, s. 713 i 719.

²² Ustawa z dnia 21 stycznia 1958 roku o wzmożeniu ochrony mienia społecznego przed szkodami wynikającymi z przestępstwa (Dz. U. z 1958 r., Nr 4, poz. 11).

²³ Ustawa z dnia 18 czerwca 1959 roku o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciw własności społecznej (Dz. U. z 1959 r., Nr 36, poz. 228).

²⁴ A. Dermont, Przestępstwa z art. 214 kodeksu karnego i ich sprawcy, niepublikowana praca doktorska, Gdańsk 1982, s. 62 i n.

²⁵ Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 roku o przekazaniu niektórych drobnych przestępstw jako wykroczeń do orzecznictwa karnoadministracyjnego (Dz. U. z 1966 r., Nr 23, poz. 149).

który był zmieniany w 8–2, w 9–11 i w 10 dekadzie XX wieku – 9 razy²⁶. Odpowiedni do niniejszego opracowania jest rozdział XXIX kodeksu, którego tytuł „Przestępstwa przeciwko mieniu” zawierał fikcję prawną z poprzedniego kodeksu.

11. Oto opis przestępstw kradzieży z art. 203 k.k.: § 1. Kto zabiera w celu przywłaszczenia cudze mienie ruchome, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5. § 2. W przypadku mniejszej wagi, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do roku, ograniczenia wolności albo grzywny.

W kodeksie tym wprowadzono podmiotowy podział własności, stosując kazuistykę przez stanowienie przestępstw obejmujących zabór mienia cudzego i oddzielnie zabór (zagarnięcie) mienia społecznego, z różniącymi się sankcjami w przypadku kwalifikowanego zagarnięcia mienia społecznego (art. 200, 201 i art. 202).

Podział na mienie społeczne i mienie cudze (niespołeczne) wprowadzenie nie wnosi zmian w zakresie semantycznym pojęcia „mienie”, jednak zbliża nazwę „mienie” do niezmysłowego pojęcia „własność”, do ujednoznacznienia tych dwu wyrazów i przez to osłabia realistyczny, ponderabilny charakter „mienia”.

12. Prace naukowe z dziedziny prawa karnego akceptowały materialny charakter i zakres pojęcia „mienie”, użyty w kodeksie karnym z 1969 roku bez domieszki imponderabilnych przedmiotów uprawnieniowych związanych z prawem własności i innymi prawami majątkowymi.

13. W dobie PRL-u zakres pojęcia mienia jako przedmiotu przestępstwa kradzieży opisanych w obydwu kodeksach (z 1932 i 1969 roku) i w ustawach szczególnych – ukształtowanych w dziełach leksykologicznych języka polskiego – był akceptowany przez doktrynę prawa karnego materialnego, w szczególności przez Włodzimierza Gutekunst²⁷, Mieczysława Siewier-

²⁶ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku – Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 94; z 1974 r., Nr 27, poz., 157; z 1979 r., Nr 15, poz. 97; z 1982 r., Nr 16, poz. 125, Nr 40, poz. 271 i Nr 41, poz. 273; z 1983 r., Nr 6, poz. 35 i Nr 44, poz. 203; z 1985 r., Nr 4, poz. 15 i Nr 23, poz. 100; z 1987 r., Nr 14, poz. 83; z 1988 r., Nr 20, poz. 135; z 1989 r., Nr 29, poz. 154 i Nr 34, poz. 180; z 1990 r., Nr 14, poz. 84 i Nr 72, poz. 422; z 1992 r., Nr 24, poz. 101; z 1993 r., Nr 17, poz. 78; z 1994 r., Nr 126, poz. 615; z 1995 r., Nr 95, poz. 475; z 1996 r., Nr 139, poz. 646 oraz z 1997 r., Nr 6, poz. 31 i Nr 28, poz. 153).

²⁷ W. Gutekunst, Zagarnięcie mienia społecznego, Wrocław 1956, s. 36; Wybrane zagadnienia prawa karnego gospodarczego, Wrocław 1969, *passim*; O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, Prawo karne, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1980, s. 316–325.

skiego²⁸, Jerzego Wiszniewskiego²⁹, Jerzego Bafię³⁰, Leo Hochberga³¹, Igora Andrejewa³², Jerzego Śliwowskiego³³, Arnolda Gubińskiego³⁴, Witolda Świdę³⁵ oraz cytowanych powyżej (pkt 7) z okresu międzywojennego Stefana Gläsera, Aleksandra Mogilnickiego i Leona Peipera.

Wymienione kodeksy karne obowiązywały w Polsce w różnych ustrojach w ciągu 66 lat i w tym okresie zakres przestępstwa kradzieży (mienie) – zgodny ze słownikową semantyką języka polskiego – ustawowo nie był zmieniany.

14. W języku prawniczym zaś – zbliżonym do potocznego – przedmiot wykonawczy przestępstwa kradzieży określany bywa jako rzecz³⁶. Ponadto w literaturze są rozbieżności co do zaliczenia albo wykluczenia z przedmiotu przestępstwa kradzieży dokumentów przyznających prawo uzyskiwania pieniędzy³⁷.

15. W literaturze prawniczej pojawił się też dość oryginalny pogląd³⁸. Zgodnie z nim, wyjaśnienie pojęcia mienia prywatnego wymaga nawiązania do rozwiązań przyjętych na gruncie prawa cywilnego, a zwłaszcza art. 44 k.c.³⁹ – obecnie już kardynalnie zmienionego⁴⁰. Pogląd ten mógł prowadzić do zdyskwalifikowania słownikowego pojęcia „mienie”, a zwłaszcza jego charakteru materialnego jako przedmiotu przestępstwa kradzieży i w rezultacie do nadania temu określeniu znaczenia zespołu uprawnień, by wyeliminować ten wyraz z normy prawnej stanowiącej o kradzieży.

W okresie publikacji tego stanowiska art. 44 k.c. konstytuujący za konstytucją z 1952 roku o własności (niejednolitej) charakteryzował się klasyfi-

²⁸ M. Siewierski, Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz, wyd. VIII, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1958, s. 378–422.

²⁹ J. Wiszniewski, Zarys encyklopedii prawa, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1962, s. 408.

³⁰ J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, Ustawy karne PRL, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1965, s. 218–263.

³¹ Tamże, s. 267–292.

³² I. Andrejew, Polskie prawo karne w zarysie, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1970, s. 370–381.

³³ J. Śliwowski, Prawo karne, Warszawa 1975, s. 445 i 446.

³⁴ A. Gubiński, Zasady prawa karnego, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1980, s. 203.

³⁵ W. Świda, Prawo karne, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1989, s. 482.

³⁶ J. Śliwowski, tamże; W. Świda, tamże.

³⁷ W. Świda, Prawo karne, Warszawa 1978, s. 559; W. Gutekunst, Zagarnięcie..., tamże.

³⁸ A. Marek, E. Pływaczewski, A. Peczeniuk, Kradzież i paserstwo mienia prywatnego, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1985, s. 8 i 9.

³⁹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93).

⁴⁰ Art. 1 pkt 9 ustawy z dnia 28 lipca 1990 roku o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1990 r., Nr 55, poz. 321).

kacją mienia (typu podmiotów i kategorią przedmiotów)⁴¹, która to własność sklasyfikowana w prawie karnym była istotna jedynie przy ustalaniu skali zagrożenia (sankcji karnych).

Redakcja przepisu art. 44 k.c., do którego miało nawiązywać prawo karne jest paradoksalna: własność i inne prawa majątkowe, czyli prawa własności i inne prawa majątkowe (zespół uprawnień – imponderabilia) są mieniem ogólnonarodowym, albo mieniem..., albo mieniem... (ponderabilia) – coś niematerialnego, abstrakcyjnego jest czymś materialnym.

III. Przedmiot kradzieży według kodeksu karnego z 1997 roku

1. Prezes Rady Ministrów Zbigniew Messner w dniu 14 maja 1987 roku wydał zarządzenie nr 16 w sprawie powołania Komisji do spraw reformy prawa karnego. Komisja składała się z Zespołów: m. in. Zespołu Prawa Karnego Materialnego. Dnia 22 stycznia 1990 roku Prezes Rady Ministrów Tadeusz Mazowiecki zarządzeniem nr 5 rozszerzył Komisję o zespół do Spraw Ujednolicenia Rozwiązań Prawa Karnego i Prawa o Wykroczeniach oraz Zespół Prawa Karnego Skarbowego.

2. Kodeks karny z 1969 roku opracowywany był przez 19 lat, a projekt obecnie obowiązującego kodeksu został opracowany w szybkim tempie⁴². W rezultacie tego opracowania kodeks karny został uchwalony dnia 6 czerwca 1997 roku⁴³.

Art. 278 rozdziału XXXV („Przestępstwa przeciwko mieniu” – nie „przeciw własności”) ma brzmienie: § 1. Kto zabiera w celu przywłaszczenia cudzą rzecz ruchomą, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Tej samej karze podlega, kto bez zgody osoby uprawnionej uzyskuje cudzy program komputerowy w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. § 3. W przypadku mniejszej wagi, sprawca podlega karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku (...). § 5. Przepisy § 1, 3 i 4 stosuje się odpowiednio do kradzieży energii lub karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Identyczną treść zawiera art. 280 projektu omawianego kodeksu.

3. Zgodnie z § 7 załącznika do uchwały nr 147 Rady Ministrów z dnia 5 listopada 1991 roku w sprawie zasad techniki prawodawczej⁴⁴, w trakcie

⁴¹ Z. Radwański, Zarys części ogólnej prawa cywilnego, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1979, s. 116.

⁴² A. Marek, Prawo karne, Agencja Marketingowa Brauta 1992, s. 5.

⁴³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 553).

⁴⁴ Uchwała nr 147 Rady Ministrów z dnia 5 listopada 1991 roku w sprawie zasad techniki prawodawczej (M. P. z 1991 r., Nr 44, poz. 310).

opracowywania ustaw (kodeksów) do oznaczenia jednakowych pojęć należy używać jednakowych określeń. Ponieważ do oznaczenia przedmiotu wykonawczego przestępstwa kradzieży w kodeksach z 1932 i z 1969 roku używano określenia „mienie”, a w projekcie nowego kodeksu karnego użyto innego określenia („rzecz”), więc twórcy projektu, przestrzegając powyższy przepis, zdefiniowali to nowe określenie.

Art. 116 § 9 tego projektu (art. 115 § 9 kodeksu) ma brzmienie: Przez rzecz ruchomą lub przedmiot rozumie się także polski albo obcy pieniądź lub inny środek płatniczy albo dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce⁴⁵.

Definicja ta nie określa zakresu semantycznego „rzeczy” dla potrzeb kodeksu karnego. Część definicji stanowiąca jej człon określający (definiens) jest polemiczna. Element podstawowy definiensa (czym jest rzecz?) został całkowicie pominięty. Człon uzupełniający, zaczynający się od partykuły „także”, wprawdzie rozstrzyga rozbieżność poglądów w sprawie dokumentów uprawniających do aktywów przyszłościowych osoby pokrzywdzonej z powodu ich zaboru, ale redakcja tego fragmentu definicji zawiera osiem wartości zastępczych (3 – pieniądze i 5 – dokumenty) oraz wiele spójników i jest niepoprawna.

Spójniki współrzędne (albo lub oraz) zawarte w definicji wśród ośmiu pozycji (wartości zastępczych) wskazują na to, jakoby to wyrażenie miało charakter stosunku łącznego (pieniądze i dokumenty) i rozłącznego w półszeregach (pieniężnym i dokumentowym). Tymczasem treść przepisu to konstrukcja szeregową (wyliczeniową, wyszczególnieniową) konstytuująca, że zabór zawartości chociażby jednej pozycji wartości zastępczej już jest kradzieżą. Stosowanie tu koniunkcji, alternatywy łącznej lub rozłącznej wskutek użycia spójników prowadzi do nonsensu. Pozycje te nie powinny być skracane elipsami gramatycznymi i urozmaicane spójnikami, lecz winny być rozdzielane przecinkami ortograficznymi⁴⁶, a punkty i podpunkty paragrafu mogą być oznaczane literami, a przynajmniej – tiretami.

Elżbieta Czerny-Drożdżejko trafnie przypomina o konieczności przestrzegania zasady jasności i klarowności przepisów materialnych prawa karnego, każdy obywatel bowiem musi wiedzieć, jakie zachowanie jest zakazane,

⁴⁵ Druk Sejmowy nr 1274, Projekt kodeksu karnego, Warszawa sierpień 1995, s. 35.

⁴⁶ Zob. Wielki słownik ortograficzny języka polskiego pod redakcją A. Markowskiego. Wydawnictwo Wilga, Warszawa 1999, s. LVII i LX; Wielki słownik ortograficzno-fleksyjny, pod redakcją J. Podrackiego, Bertelsmann Media Sp. z o.o. Horyzont, Warszawa 2001, s. CI, CII i CIII.

a jakie dozwolone⁴⁷. Definicja „rzeczy ruchomej” w projekcie i w nowym kodeksie karnym dystansuje się od tej zasady.

4. Określenie zakresu semantycznego pojęcia „rzecz” jest bardzo trudne. Jan Miodek w Słowniku ojczyzny polszczyzny pisze, że rzecz to jeden z najbardziej wieloznacznych wyrazów polszczyzny, że Słownik języka polskiego Maurycego Orgelbranda z 1861 roku przytacza 15 znaczeń tego rzeczownika, a Słownik frazeologiczny języka polskiego Stanisława Skorupki z 1968 roku rejestruje aż 116 najczęstszych typów połączeń ze słowem „rzecz”⁴⁸. Słownik pod redakcją Witolda Doroszewskiego z 1958–1968 roku poświęca temu słowu ponad 5 stron, a Słownik poprawnej polszczyzny Stanisława Szobera⁴⁹ zawiera 22 punkty znaczenia tego rzeczownika z różnymi odcieniami semantycznymi niemal w każdym z tych punktów.

5. Wyraz „rzecz” (łac. Res) pochodzi od czasownika „rzec”, a w ogóle od takich pojęć jak „język”, „mowa”⁵⁰, „zdolność mówienia” (narzecze, niedorzeczność, Rzeczpospolita)⁵¹ – jest jedną z wcześniejszych definicji tego wyrazu. W Encyklopedii Trzaski zaś czytamy, że do rzeczy należy wszystko to, co może być postrzegane przy pomocy narządów zmysłowych, posiada właściwość przestrzeni, zajmuje miejsce i trwa w czasie⁵². Wielka Ilustrowana Encyklopedia⁵³ informuje, że rzeczą jest przedmiot materialny. W nowszych słownikach języka polskiego⁵⁴ i w słownikach współczesnego języka polskiego⁵⁵ rzeczą jest przedmiot materialny (często w przeciwieństwie do istoty żywej), a w encyklopediach⁵⁶ jest to część przyrody pozostająca

⁴⁷ E. Czerny-Drożdżejko, przestępstwa w prawie własności przemysłowej, Prokuratura i Prawo, Warszawa 2001, nr 10, s. 90.

⁴⁸ J. Miodek, Słownik ojczyzny polszczyzny, Wydawnictwo Europa, Wrocław 2002, s. 598 i 599.

⁴⁹ S. Szober, Słownik poprawnej polszczyzny, Spółdzielnia Wydawnicza Wiecha, Wydawnictwo S. Aneta w Warszawie, Toruń 1948, s. 447.

⁵⁰ M. S. B. Linde, Słownik języka polskiego. Drukarnia Zakładów Ossolińskich, Lwów 1854–1860, t. 5 1959, s. 186–189.

⁵¹ J. A. Karłowicz, A. A. Kryński, W. M. Niedźwiecki, tamże, t. 5, s. 507 i 508.

⁵² W. Trzaska, J. L. Evert, J. Michalski, tamże, t. 4, s. 1012.

⁵³ Wielka Ilustrowana Encyklopedia Powszechna, Wydawnictwa, Gutenberga Helge Fergo Kraków, reprint nakładem Wydawnictwa Kurpisz, Poznań 1994, t. 15, s. 154.

⁵⁴ Słownik języka polskiego, pod redakcją W. Doroszewskiego, tamże, t. 7, 1965, s. 1460–1465; pod redakcją S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, tamże, s. 727; pod redakcją M. Szymczaka, tamże, t. 3 1995, s. 147 i 148.

⁵⁵ Słownik współczesnego języka polskiego, pod redakcją A. Sikorskiej-Michalak, O. Wojniłko, tamże, s. 991; Słownik współczesnego języka polskiego, Przegląd, tamże, t. 2, s. 283.

⁵⁶ Wielka Encyklopedia, tamże, t. 10, s. 240; Encyklopedia Powszechna, tamże, t. 3, 1976, s. 103; Nowa Encyklopedia, tamże, t. 5, 1996, s. 664; Encyklopedia Naukowo-Popularna, tamże, t. 8, 1998, s. 250.

w stanie pierwotnym lub przetworzonym, stanowiąca samoistne dobro. Ponieważ encyklopedyczne określenie „w stanie pierwotnym lub przetworzonym” z natury nie odnosi się do istot żywych, przeto istoty żywe – według cytowanych encyklopedii – nie są rzeczami. Podobnie kontrowersyjne jest łączenie z rzeczami energii elektrycznej, wody, pary cieplnej, impulsów telekomunikacyjnych – dóbr, które wchodzą w skład mienia.

6. Fragmenty szeregowo zdań oznaczające pojęcie „rzeczownik” również wskazują na zakres terminu rzecz, przedmiot. W gramatyce Stanisława Szobera czytamy „wśród przedmiotów zmysłowych wyróżniamy osoby, zwierzęta, rośliny, rzeczy, zjawiska⁵⁷, a Irena Bajerowa pisze, że rzeczownik informuje o ludziach, zwierzętach, roślinach, rzeczach⁵⁸. Zenon Klemensiewicz pisze „Bardzo często istotę żywą, a czasem także rzecz wyróżniamy spośród wielu...”, i po 37 latach: W potocznym użyciu wyraz ten (przedmiot) jest bliskoznaczny wyrazowi „rzecz”, w nauce o częściach mowy przedmiotem jest nie tylko rzecz, ale człowiek, zwierzę, roślina, zjawisko, pojęcie⁵⁹. Wielka Encyklopedia, klasyfikując rzeczowniki wyróżnia: żywotne (ludzie, zwierzęta) i martwe oznaczające przedmioty martwe⁶⁰ i w Encyklopedii jednotomowej⁶¹ pod hasłem „rzeczowniki” widnieje zapis: części mowy obejmujące osoby, przedmioty, cechy, czynności, stany, Słownik zaś języka polskiego⁶²: osoby, zwierzęta, przedmioty, zjawiska i pojęcia, i współczesnego języka polskiego⁶³ osoby, przedmioty, zwierzęta, rośliny, zjawiska i pojęcia.

Te wyszczególniające fragmenty zdań wskazują, że rzeczy i zwierzęta to dwie różne kategorie (jedna drugiej nie obejmuje znaczeniowo) nawet częściowo, niekiedy nie sąsiadują w szeregu syntaktycznym, składniowym (osoby, zwierzęta, rośliny, rzeczy).

7. Przedmiotem przestępstwa kradzieży przez 66 lat pod rządami kodeksów z 1932 i 1969 roku było mienie (cudze i ruchome), określenie zawierające – według języka polskiego i współczesnego języka polskiego – rzeczy mające swych właścicieli i dobytek (zwierzęta)⁶⁴, czyli mienie mające cha-

⁵⁷ S. Szober, Gramatyka języka polskiego, tamże, s. 97.

⁵⁸ I. Bajerowa, Język ojczysty. Podręcznik gramatyki języka polskiego dla klasy VIII, Państwowe Zakłady Wydawnictw Szkolnych, Warszawa 1973, s. 162.

⁵⁹ Z. Klemensiewicz, Gramatyka współczesnej, tamże, s. 67; Podstawowe wiadomości z gramatyki języka polskiego, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1983, s. 49.

⁶⁰ Wielka Encyklopedia, tamże.

⁶¹ Encyklopedia Powszechna jednotomowa, wyd. VIII, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1982, s. 68.

⁶² Słownik języka polskiego, pod redakcją M. Szymczaka, tamże, t. 3, s. 149.

⁶³ Słownik współczesnego języka polskiego. Przegląd, tamże, t. 2, s. 284.

⁶⁴ Słownik języka polskiego, pod redakcją W. Doroszewskiego, tamże, t. 2, s. 120, hasło „dobYTEK”, pkt 2; pod redakcją S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, tamże, s. 121, hasło „dobYTEK”, pkt 2; pod redakcją M. Szymczaka, tamże, t. 1, s. 381, hasło

rakter ponderabilny (konkretnie istniejący). W literaturze przedmiotu nie spotkałem stanowiska podważającego wiązanie pojęcia „mienie” z przedmiotem kradzieży.

8. Kodeks karny z 1997 roku zrezygnował z nazwy przedmiotu kradzieży „mienie”, nadając temu przedmiotowi nazwę „rzecz” (cudza, ruchoma), która zgodnie z językiem polskim i gramatyką współczesnego języka polskiego ogranicza zakres przedmiotu kradzieży (przedmiotu ochrony prawnej) jedynie do przedmiotów materialnych, ale równocześnie rozszerza zakres przedmiotu kradzieży także na rzeczy niewłaścicielskie, na przykład, przedmioty porzucone. Kodeks ten pomija ochronę prawną właścicieli zwierząt i innych dóbr, które w polszczyźnie nie są rzeczami (art. 278 k.k.), co nie harmonizuje z treścią art. 21 pkt 1 Konstytucji⁶⁵.

Tymczasem, zgodnie z § 3 cytowanego Załącznika Zasad techniki prawodawczej (zob. pkt 3 akapit 1), ustawę należy redagować tak, by w sposób zrozumiały wyrażała intencję prawodawcy, a z art. 278 k.k. nie wynika, jaki jest obecnie zakres przedmiotu przestępstwa kradzieży, co przedstawia sobą nazwa „rzecz”.

Dla jednego przestępstwa pojęcie „przedmiot przestępstwa” w różnych przepisach kodeks używa różnych określeń, na przykład, według art. 278 § 1 przyjmuje się, że sprawca dokonuje zaboru rzeczy, a według art. 278 § 1 w związku z art. 294 § 1 – kradzieży mienia, tylko dlatego, że skradziony samochód był droższy, według art. 278 § 1 k.k. określa kradzież rzeczy, a art. 119 kodeksu wykroczeń⁶⁶ opisuje kradzież mienia, rzeczą ruchomą według art. 278 § 1 k.k. będzie skradziona szafa, a według art. 51 k.c. szafa nie jest rzeczą ruchomą i można ją bezkarnie zabierać, ale kluczyk od tej szafy jest rzeczą ruchomą. Podobnie z przynależnościami – silnik od samochodu nie jest rzeczą, jest przynależnością rzeczy. Technika prawodawcza nie pozwala na taką dowolność pojęciową.

10. W kodeksie cywilnym z 1964 r. w części ogólnej wszelkie dobra majątkowe są dychotomicznie podzielone na nieruchomości i rzeczy. Z tego podziału wynika, że rzeczami są wszystkie te elementy rzeczywistości, które nie są w sferze nieruchomości, czyli człowiek nie zespolony z gruntem również jest rzeczą. Art. 45 k.c. ma brzmienie: Rzeczami w rozumieniu niniejszego kodeksu są tylko przedmioty materialne, czyli wyłącza się prawa i uprawnienia.

„dobytek”, pkt 2; Słownik współczesnego języka polskiego. Przegląd, tamże, t. 1, s. 177, hasło „dobytek”, pkt 2.

⁶⁵ Ustawa z dnia 29 kwietnia 1997 roku – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 1997 r., Nr 76, poz. 483).

⁶⁶ Ustawa z dnia 20 maja 1971 roku – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 1971 r., Nr 12, poz. 114).

Cywilista Jerzy Ignatowicz pisze, że nie są rzeczami dobra niematerialne, prawa oraz różnego rodzaju energie, ponieważ nie stanowią one (w znaczeniu potocznym) materialnych części przyrody, nie stanowią rzeczy tzw. zbiór praw lub ogół praw (*universitas iuris*), określona masa majątkowa, gdyż w jej skład wchodzi nie tylko elementy materialne (rzeczy), ale i niematerialne (prawa), nie jest znane pojęcie rzeczy zbiorowej (stado owiec)⁶⁷.

11. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 roku o ochronie zwierząt⁶⁸ w art. 1 ustanawia, że zwierzę nie jest rzeczą. W sprawach nieuregulowanych w ustawie do zwierząt stosuje się przepisy dotyczące rzeczy. Sprawy prawnokarne są właśnie uregulowane w tej ustawie, chociaż ten ostatni przepis jest nadmiarem prawa, gdyż z natury zwierzę nie jest rzeczą, lecz istotą żyjącą.

12. Zamiana nazwy przedmiotu przestępstwa kradzieży po 66 latach z „mienia” na „rzecz” – jak wynika z powyższego przeglądu – nie znajduje uzasadnienia ani w rozwoju gramatyki języka polskiego, ani gramatyki współczesnego języka polskiego, ani w leksykologii, także współczesnej, ani wreszcie w literaturze prawnej i prawniczej prawa karnego.

Zamiana, zmiana, ewolucja, rozwój to pojęcia bliskoznaczne. Rozwój języka, w tym języka prawnego, to proces przeobrażeń, zmian, przechodzenia do stanów doskonalszych⁶⁹, zachowując kwestie merytoryczne i obowiązujące formalne zasady językowe. W odniesieniu do formułowania nowych form językowych Artur Passendorfer pisał „W dziedzinie językowej panuje prawo pięści, liczebnej przewagi w najszerszym tego słowa znaczeniu. Wiekami uświęcone formy ustąpiły nieraz miejsca nowotworom nieprawidłowym, liczebnie silniejszym⁷⁰”.

Stanowisko Artura Passendorfera jest mało przesadzone w przypadku zmian nazewnictwa w języku prawnym. Akty normatywne w zasadzie są opracowywane w ministerstwach, a kodeksy karne (projekty) były tworzone przez praktyków i naukowców z zakresu prawa, przez ludzi mających poglądy polityczne i ideologiczne. Tu uzus językowy nie jest inspiratorem zmian.

⁶⁷ J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986, s. 16 i 17.

⁶⁸ Dz. U. z 1997 r., Nr 111, poz. 724.

⁶⁹ Słownik języka polskiego, pod redakcją M. Szymczaka, tamże, t. 1, s. 528 i t. 3, s. 123.

⁷⁰ D. Buttler, H. Kurkowska, H. Satkiewicz, *Kultura języka polskiego. Zagadnienia poprawności gramatycznej*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1973, s. 36.

IV. Uzasadnienia zamiany nazwy przedmiotu przestępstwa

1. W uzasadnieniu projektu kodeksu karnego z 1997 roku czytamy, że posługuje się on terminologią cywilistyczną na oznaczenie przedmiotu przestępstwa, używając wszędzie tam, gdzie to jest możliwe, z racji ścisłości języka oraz semantycznych, nazwy „rzecz”, a nie nazwy „mienie”, którą posługuje się dla oznaczenia prawa własności⁷¹. Właściwie to jest kronikarski zapis, a nie uzasadnienie. Ścisłość języka oraz ścisłość semantyczności nazw znajduje się w leksykologii, a nie w art. 44 i 45 kodeksu cywilnego.

Określenie w uzasadnieniu, że kodeks karny posługuje się terminologią cywilistyczną na oznaczenie przedmiotu przestępstwa jest tezą zbyt ogólnikową. Poza ogólnikowością, określenie to odbiega od rzeczywistości, gdyż zarówno przepisy art. 34, 40, 370, 435, 533, 821, 824, 826 kodeksu cywilnego, jak i przepisy art. 257–271 k.k. z 1932 r. oraz art. 199–216 k.k. z 1969 r. uznawały „mienie” jako coś konkretnego, majątek, dobra materialne, a nie jako uprawnienia, np. art. 424 w zbiegu z art. 435 k.c. („Kto zniszczył lub uszkodził cudzą rzecz albo zabił lub zranił cudze zwierzę... od tej rzeczy lub zwierzęcia...”, „szkodę na mieniu...”) stanowią, że właśnie mieniem nie są prawa i zbieg tych przepisów dowodzi, że składnikami tego mienia są nie tylko rzeczy, ale także istoty żywe (zwierzęta), nie będące rzeczami.

Przepisy zatem kodeksów karnych z 1932 r. i z 1969 r. harmonizowały się z terminologią cywilistyczną, a przepisy kodeksu z 1997 roku – wbrew uzasadnieniu do projektu – w znacznej części odstąpiły od językowej zgody cywilno–prawno–karnej, przymierzając jedynie nazwy do treści art. 44 k.c., która mienie utożsamia z uprawnieniami materialnymi, tworząc opozycję wobec językoznawstwa polskiego.

2. Przepis ogólny (art. 44 k.c.) do dnia 30 września 1990 roku miał brzmienie: „Własność i inne prawa majątkowe są albo mieniem ogólnonarodowym (państwowym), albo mieniem organizacji spółdzielczych lub innych organizacji społecznych ludu pracującego, albo mieniem indywidualnym osób fizycznych lub osób prawnych nie będących jednostkami gospodarki uspołecznionej albo mieniem osobistym osób fizycznych”.

O dwuznaczności pojęcia „własność” sygnalizowano powyżej (cz. II pkt 1). W konstrukcji – własność i inne prawa majątkowe są mieniem – „własność” nie występuje jako jej przedmiot, jako coś materialnego, lecz jako prawa własnościowe (jako rzeczownik oderwany), co wynika z modulatora „i inne”, który łączy elementy tylko jednorodnej i nieco odmienne (jedne uprawnienia i inne uprawnienia). Zatem grupa syntaktyczna „własność i inne

⁷¹ Druk Sejmowy nr 1274, tamże, Uzasadnienie, s. 97.

prawa majątkowe” jest zespołem uprawnień. Przepis więc twierdzący, że zespół uprawnień (czyms konkretnym) jest paradoksalną strukturą gramatyczną.

Od 1 października 1990 roku obowiązuje art. 44 k.c. o brzmieniu „Mieniem jest własność i inne prawa majątkowe”. Zmiana szyku i wyłączenie elementów materialnych z pojęcia „mienie” uczyniły sprzeczność wewnętrzną bardziej widoczną – podmiotem materialnym jest podmiot niematerialny. Ta „dyskwalifikacja mienia” (pozbawienie charakteru materialnego) odbyła się w okresie tworzenia projektu kodeksu karnego i „pozbawienia mienia” funkcji przedmiotu przestępstwa kradzieży.

Witold Doroszewski, nie zgadzając się z lekceważeniem językoznawstwa w twórczości prawotwórczej, pisał: Odpowiedzialność za sprawę ortografii ponoszą odpowiednie placówki Polskiej Akademii Nauk i gdyby jakiś urzędnik zajmujący się ustawami sądził, że może wydać ustawę w sprawie pisowni jakiegokolwiek wyrazu na własną rękę z pominięciem Akademii, to by złożył dowód nieznamości ustawodawstwa polskiego⁷². Wyrażam pogląd, że tę uwagę można odnieść także do spraw nie tylko ortografii, ale także semantyki i składni logicznej w przepisach prawnych.

W kodeksie cywilnym nie ma problemu z treścią art. 44, przepisy bowiem wykonawcze art. 34, 40, 370, 424, 435, 533, 821, 824, 826 na zasadzie *lex specialis derogat legi generali* sprowadzają art. 44 i art. 45 do nicości.

3. W „Prawie karnym” czytamy: Kodeks karny z 1997 r. odchodzi od posługiwania się terminem „mienie” przy określaniu przestępstw polegających na zaborze, powracając do bardziej zgodnej z prawem cywilnym konstrukcji zaboru rzeczy ruchomej (występowała ona w art. 257 k.k. z 1932 r.). Zgodnie więc z art. 278 § 1, kradzież polega na zaborze w celu przywłaszczenia cudzej rzeczy ruchomej. W związku z tym konieczne stało się wprowadzenie przepisów art. 278 § 2 i 5 k.k., według których odpowiedzialność za kradzież rzeczy odnosi się do kradzieży energii, przy czym uwzględniono współczesne realia, obejmując tą regulacją także kradzież karty magnetycznej uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego oraz nieuprawnione uzyskanie cudzego programu komputerowego⁷³.

4. Autor podręcznika akademickiego „Prawo karne” zamianę „mienia” na „rzecz” – jak wynika z cytatu – uzasadnia rzekomym powrotem do zgodnej z prawem cywilnym konstrukcji zaboru rzeczy ruchomej z art. 257 k.k. (sic!)

⁷² W. Doroszewski, O kulturze słowa, Poradnik językowy, Państwowy Instytut Wydawniczy, Warszawa 1970, t. 1, s. 820 i 821.

⁷³ A. Marek, Prawo karne, wyd. 3, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2001, s. 546 i 547. Por. M. Dąbrowska-Kardas. P. Kardas, (w:) Komentarz, pod red. A. Zolla, t. 3, s. 15–19.

z 1932 r. „Uzasadnienie” podręcznikowe wcale nie uzasadnia tej zamiany. Wskazano wyżej (zob. pkt. 1 i 2), że to właśnie przepisy kodeksu cywilnego będące podstawą kwalifikacji prawnej w sądowych sporach cywilnych są zgodne z przepisami kodeksów karnych z 1932 r. i z 1969 r., a przedmiotowa zamiana nazwy i jej zakresu znaczeniowego przedmiotu kradzieży przez k.k. z 1997 roku zdystansowała cywilistykę i prawo karne, wskazano, że to właśnie prawo cywilne zawiera rozdzielenie i rozróżnienie tych dwóch kategorii (kategorii rzeczy i kategorii zwierząt) i kumulacja tych dwóch kategorii stanowi mienie (zbieg art. 424 i 435 k.c.) – uszkodzenie rzeczy albo zranienie lub zabicie zwierzęcia czyni szkodę na mieniu. Zamiana „mienia” na „rzecz” przez k.k. z 1997 roku koresponduje jedynie z paradoksalnym art. 44 urągającym językoznawstwu polskiemu i art. 45 k.c. uznającym za rzecz nawet człowieka. Mieczysław Siewierski pisał, że fikcje prawa cywilnego nie mają znaczenia dla określenia mienia w prawie karnym⁷⁴.

5. Wydaje się, że akademicki podręcznik prawa karnego i w następnych twierdzeniach – 1) zamiana „mienia” na „rzecz” jest powrotem do konstrukcji zaboru rzeczy ruchomej z art. 257 k.k. z 1932 r. (z powyższego cytatu) i 2) Polski kodeks karny z 1932 r. przyjął nowoczesną regulację kradzieży, operując niezwykle syntetyczną formułą zaboru rzeczy ruchomej w celu przywłaszczenia, art. 257 (s. 548 podręcznika) – odbiega od rzeczywistości. W dostępnej literaturze, w dziennikach ustaw z różnych lat i z 1932 roku, także w różnych wydaniach kodeksu nie odnaleziono w art. 257 grupy syntaktycznej „zabiera cudzą rzecz”. Jerzy Śliwowski wyraźnie pisał, że określenie kradzieży w art. 203 k.k. z 1969 roku było dosłownie przejęte z dawnego k.k. (art. 257 k.k. z 1932 roku)⁷⁵. Co do nowoczesnej regulacji kradzieży, operując niezwykle syntetyczną formułą zaboru cudzej rzeczy, to nie można się nie zgodzić z tym twierdzeniem, tyle że dotyczy to „mienia”, a nie „rzeczy”, i ta niezwykle syntetyczna formuła była przejęta także przez art. 203 k.k. z 1969 roku i trwała do czasu zniesienia jej przez ustawę – przepisy wprowadzające kodeks karny z 1997 roku⁷⁶, który to akt prawny, znosząc nazwę przestępstwa „mienie” i wprowadzając w art. 278 § 3 i 5 (kazuistyka), przyjął kierunek z drogowskazem „kodeks Hammurabiego” – pozostały wszakże do zagospodarowania prawnokarnego zabór konia, zabór krowy, zabór stada owiec (zob. cz. III, pkt 10 *in fine*), a może i zabór bezwolnego, wydajnego bezdomnego, i inne przedmioty nie będące rzeczami (art. 45 k.c.), lecz mieniem w nieodległej interpretacji i mieniem w znaczeniu słownikowym i encyklopedycznym.

⁷⁴ M. Siewierski, tamże, s. 394.

⁷⁵ J. Śliwowski, tamże, s. 445.

⁷⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Przepisy wprowadzające Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r., Nr 88, poz. 554).

6. W omawianym podręczniku akademickim (zob. pkt 3) jest powołanie się na stanowisko M. Dąbrowskiej-Kardas, P. Kardasa w Komentarzu pod redakcją Andrzeja Zolla⁷⁷. W przywołanym opracowaniu nie natrafiono na twierdzenie, jakoby art. 257 k.k. z 1932 roku zawierał konstrukcję „zaboru rzeczy ruchomej”. Wręcz przeciwnie, Autorzy ci twierdzą, że „mienie” z kodeksu karnego z 1932 roku miało najszerszy zakres znaczeniowy. Nadto według tego Komentarza zamiana „mienia” na „rzecz” opiera się na wyrażeniu: mieniem jest każda rzecz przedstawiająca wartość materialną dającą się przeliczyć na pieniądze⁷⁸. Wyrażenie to ma wiele znaczeń. Jednym z nich to oznaczenie, że tylko taka rzecz jest objęta pojęciem „mienie”, która ma cechę materialną i jej wartość daje się przeliczyć na pieniądze. Osobiście nie dopatruję się, by wyrażenie to oznaczało, że zakresem „mienia” jest tylko rzecz ruchoma, niekoniecznie właścicielska, jak stanowi komentowany art. 278 k.k. z 1997 roku. Stąd – moim zdaniem – wyrażenie cytowane w Komentarzu pod redakcją Andrzeja Zolla nie uzasadnia zamiany „mienia” na „rzecz”.

Warto zauważyć, że ani cytowany podręcznik akademicki, ani cytowany tu Komentarz, ani wreszcie kodeksowe objaśnienie wyrażeń ustawowych nie definiują ani nie określają granic zakresów znaczeniowych pojęć: „własność”, „mienie”, „rzecz” dla potrzeb kodeksu karnego i nie liczą się z ich leksykalnymi określeniami.

Kodeks karny z 1997 roku jest mocno krytykowany, najczęściej przez zwolenników surowych zagrożeń. Mało natomiast jest publikacji dotyczących uchybień redakcyjnych, rozwiązań merytorycznych i innych, takich jak na przykład bezkrytyczna wzmianka o istnieniu zamiany pojęć „mienia” na „rzecz”⁷⁹, czy też eksponowanie poglądów polemicznych i oceniających nowe przepisy oraz zmierzających do poprawy uchybień czy wprowadzenia doprecyzowań⁸⁰.

⁷⁷ G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, J. Majewski, M. Radzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, pod redakcją A. Zolla, Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999, t. 3, s. 14–19.

⁷⁸ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, s. 528 i l. Andrejew, W. Świda, W. Walter, Kodeks z komentarzem, s. 610 oraz wyrok SN, OSNKW 1982, nr 1, poz. 4.

⁷⁹ L. Gardocki, Prawo karne, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2001, s. 298.

⁸⁰ A. Dermont, Terminologia i styl nowych ustaw karnych, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1998, nr 1–2, s. 96–108; wniosek z dnia 4 grudnia 2000 roku skierowany na mocy art. 221 § 1 i 3 kodeksu postępowania administracyjnego do ministra sprawiedliwości Lecha Kaczyńskiego o wprowadzenie propozycji zmian w kodeksie karnym.

Krzysztof Karsznicki

Modele rozwiązania problemu prostytucji w Holandii i Szwecji

Po upadku muru berlińskiego i zniesieniu kontroli granicznej w ramach Układu z Schengen przybyła z Europy Wschodniej do Unii Europejskiej ogromna liczba kobiet w celu świadczenia usług seksualnych. Część z nich została podstępnie zwabiona przez tzw. kurierów, którzy obiecywali im atrakcyjną pracę w restauracjach, w domach opieki, w sadach bądź na plantacjach winogron. Spora liczba kobiet była jednak świadoma tego, jaki rodzaj pracy będzie wykonywać za granicą. Ocenia się, że do Unii Europejskiej przybyło około 300 tysięcy kobiet z państw dawnego „bloku wschodniego” w celach uprawiania prostytucji. Prawie wszystkie kobiety pochodzące z Europy Wschodniej znajdują się w rękach brutalnych zorganizowanych grup przestępczych, które czerpią zyski z prostytucji porównywalne z zyskami z narkobiznesu. Niewątpliwie rozszerzenie Unii Europejskiej oznaczać będzie nieuchronny boom handlu kobietami. Doświadczą tego na ogromną skalę państwa, które czekają na akcesję, w tym Polska. Dowodem na to, że taki proces nastąpi jest przykład Hiszpanii, która po przystąpieniu do Unii Europejskiej stała się atrakcyjnym krajem dla nielegalnych imigrantów z Afryki. Przedostanie się do Hiszpanii oznaczało bowiem dla nich swobodne poruszanie się po terytorium całej Unii Europejskiej. Proces ten natychmiast wykorzystwały grupy przestępcze czerpiące zyski z handlu ludźmi oraz z prostytucji.

W całej Europie trwa gorąca dyskusja: legalizować domy publiczne (tak, jak uczyniono to w Holandii) czy karać klientów (tak, jak uczyniono to w Szwecji)?

Model holenderski¹

W Holandii uprawianie prostytucji nigdy nie było zabronione. W dniu 1 września 2000 roku weszła w życie ustawa, która zalegalizowała prowadzenie domów publicznych. Do tego czasu oficjalnie obowiązywał zakaz prowadzenia domów publicznych. Faktycznie jednak ten zapis prawny respektowano wyłącznie w stosunku do właścicieli domów publicznych, w których zmuszano do uprawiania prostytucji lub w których pracowały małoletnie prostytutki. Holandia zdecydowała się na uchwalenie wspomnianej ustawy

¹ Prostitution – Fragen und Antworten zur Rechtslage in den Niederlanden – MSZ 2000 rok.

w celu dopasowania litery prawa do istniejącej rzeczywistości. Zdaniem projektodawców ustawy, taka zmiana w przepisach prawnych pozwoliła na usunięcie nieporozumień przy stosowaniu prawa. Kodeks karny uzupełniono o art. 250a, według którego karze podlega ten, kto:

- inną osobę zmusza do uprawiania prostytucji,
- doprowadza małoletnią osobę do uprawiania prostytucji,
- werbuje, uprowadza inną osobę w celu uprawiania przez nią prostytucji w obcym kraju,
- ciągnie zyski ze zmuszania do prostytucji lub z prostytucji małoletniego,
- zmusza inną osobę, aby dzieliła się z nim dochodami uzyskanymi z eksploatacji prostytucji.

Górny próg ustawowego zagrożenia karą wynosi za opisane powyżej czyny 8 lat pozbawienia wolności.

Podstawowe założenia nowej ustawy są następujące:

- a) kontrola i reglamentacja domów publicznych,
- b) walka z przymuszaniem do prostytucji,
- c) ochrona małoletnich przed seksualnym wykorzystaniem,
- d) poprawa sytuacji socjalnej i prawnej prostytutek.

Legalne formy zarobkowego wykorzystania prostytucji są regulowane na podstawie zezwoleń wydawanych przez organy administracji samorządowej. Gminy ustalają warunki, na podstawie których na ich terenie mogą prowadzić działalność domy publiczne. Mogą zatem uchylać przepisy dotyczące ich lokalizacji, zakładania i prowadzenia. Związek niderlandzkich gmin wypracował w tym zakresie model (wzorzec) zarządzenia:

- dom publiczny nie może oddziaływać w sposób szkodliwy na sąsiadujące z nim obiekty (chodzi tu o właściwą lokalizację, „zepchnięcie” tego rodzaju działalności na obrzeża miasta z dala od szkół, osiedli mieszkaniowych, kościołów i zabytkowych dzielnic),
- musi spełniać pewne minimalne standardy (najmniejsza dopuszczalna powierzchnia pomieszczeń mieszkalnych, urządzenia sanitarne, bieżąca ciepła i zimna woda),
- musi być zapewniona opieka zdrowotna.

Nadzór nad respektowaniem przepisów przez właścicieli domów publicznych sprawują: burmistrz, prokuratura i szef policji na szczeblu gminy. W przypadku złamania warunków przez prowadzącego dom publiczny, gmina ma możliwość zastosowania następujących sankcji:

- kara pieniężna,
- cofnięcie koncesji na prowadzenie domu publicznego,
- złożenie do prokuratury wniosku o ściganie karne (także w przypadku nielegalnego prowadzenia domu publicznego – w myśl art. 250a k.k. jest to przestępstwo).

Prostytutki nie mogą być zmuszane do spożywania alkoholu z klientami oraz do współżycia seksualnego bez zabezpieczenia. Między prowadzącym dom publiczny a prostytutkami muszą być zawarte pisemne umowy o pracę w języku ojczystym prostitutek. Zarówno prostytutki, jak i właściciel domu publicznego odprowadzają podatki. Służba zdrowia musi mieć nieskrępowany dostęp do sprawdzenia stanu zdrowia prostitutek.

Okazało się, że reglamentacja domów publicznych nie rozwiązała wszystkich problemów, nadal bowiem „kwitnie” nielegalna działalność związana z zatrudnianiem prostitutek z państw spoza Unii Europejskiej. Osoby z państw spoza Unii Europejskiej, które nie mają prawnego tytułu do pobytu w Holandii pozwalającego na wykonywanie odpłatnej pracy, nie mogą tym samym uprawiać zarobkowo prostytucji. Dotyczy to w szczególności osób posiadających wizę turystyczną ewentualnie osób z krajów „bezwizowych”. W związku z tym zatrudnione nielegalnie kobiety są pozbawione zarówno opieki prawnej jak i socjalnej. Są najczęściej ofiarami handlu uzależnionymi całkowicie od właściciela domu publicznego. Kobietom tym są zabierane niemal wszystkie zarobione przez nie pieniądze. Inaczej wygląda sytuacja w odniesieniu do prostitutek z państw Unii Europejskiej, które mogą wykonywać w Holandii pracę w charakterze prostytutki.

Pozostaje jeszcze jedno pytanie związane z tym problemem: jakie prawa w tym zakresie mają na terytorium Unii Europejskiej kobiety będące obywatelkami państw stowarzyszonych z Unią Europejską ?

W listopadzie 2001 roku Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu zajął się rozpoznaniem skargi wniesionej przez prostytutki Polski i Czech przeciwko Holenderskiemu Urzędowi ds. Imigracji i Naturalizacji (IND).² W 1996 roku starały się one o zezwolenie na pobyt w Holandii w celu prowadzenia niezależnej działalności zarobkowej polegającej na świadczeniu usług seksualnych. IND odrzucił ten wniosek. Trybunał orzekł, że Układ Stowarzyszeniowy zabronił dyskryminacji pomiędzy obywatelami państw Unii Europejskiej, a przebywającymi na terytorium Unii Europejskiej obywatelami z państw stowarzyszonych.

W związku z tym skarga wniesiona przez prostytutki z Czech i Polski była jak najbardziej uzasadniona. Wypada tylko zauważyć, że dotyczy to wyłącznie prowadzenia własnej niezależnej działalności gospodarczej polegającej na świadczeniu usług seksualnych. Nie jest natomiast prawnie możliwe zatrudnienie się w charakterze prostytutki w domu publicznym (poprzez zawarcie umowy o pracę). Przed wydaniem zezwolenia na prowadzenie działalności zarobkowej (w tym wypadku działalności polegającej na świadczeniu usług seksualnych) sprawdzana jest zdolność finansowa prostytutki do zało-

² General crime pattern analysis Eastern Europe 2000–2001 – Organised Crime Department North and East Netherlands – 2002, s. 96.

żenia własnego niezależnego domu publicznego³. Mimo pozytywnego – z pozoru – dla prostytutek orzeczenia Trybunału, problem nadal pozostał nie rozwiązany. Jest bowiem oczywiste, że taką sytuację wykorzysta osoba zajmująca się handlem ludźmi bądź sutener, który „przekaze” będącym w jego dyspozycji kobietom kapitał pozwalający na prowadzenie „własnej, niezależnej” działalności zarobkowej.

W 1988 roku uchwalono w Holandii tzw. Ustawę B–17, której głównym celem była ochrona ofiar handlu ludźmi i walka z przymuszaniem do prostytucji. Ustawa ta daje pokrzywdzonej przebywającej w Holandii nielegalnie (tzn. bez prawa do pracy) możliwość uniknięcia deportacji i złożenia zawiadomienia o przestępstwie. W przypadku najmniejszego podejrzenia, że kobieta może być ofiarą handlu, władze Holandii odstępują od deportacji i umożliwiają pokrzywdzonej złożenie zawiadomienia o przestępstwie w ciągu 3 miesięcy.

Przez okres 3 miesięcy kobieta przebywa w Holandii legalnie. W tym czasie ma prawo do pomocy medycznej, opieki socjalnej, pomocy prawnej oraz prawo do finansowego wsparcia. Jeżeli ofiara handlu zdecyduje się zgłosić przestępstwo, wówczas pozostaje dalej w Holandii przez okres trwania postępowania karnego. Po zakończeniu postępowania musi już opuścić terytorium Holandii. Ofiara może jednak złożyć wniosek o pozwolenie na pobyt stały ze względów humanitarnych. Wniosek można poprzeć argumentami dotyczącymi narażenia takiej osoby na ewentualne prześladowania. Instytucją odpowiedzialna za wydanie stałego pozwolenia na pobyt jest IND. Trzeba jednak przyznać, że takie zezwolenia przyznawane są ofiarom handlu ludźmi bardzo rzadko i tylko w wyjątkowych przypadkach. W 1994 roku ustawę uzupełniono w zakresie ochrony mężczyzn, którzy stali się ofiarami handlu.

Badania przeprowadzone w Holandii wykazały, że tylko około 2% kobiet skorzystało z zapisów Ustawy B–17⁴. Oznacza to, że kobiety obawiają się zemsty ze strony świata przestępczego, a także kompromitacji przed rodziną i znajomymi po powrocie do kraju.

Spośród 19 683 ujawnionych w Holandii prostitutek aż 3 687 pochodziło z Europy Środkowo-Wschodniej, co stanowiło 19% ogólnej ich liczby. Spośród prostitutek pochodzących z państw Europy Środkowo-Wschodniej najwięcej jest z Polski i Czech (są to w przeważającej części ofiary handlu). W 2000 roku w Holandii prowadzono 144 śledztwa dotyczące handlu ludźmi. W tym samym roku oskarżono 58 osób, a skazano 43 osoby.

³ Prostitution – Fragen und Antworten zur Rechtslage in den Niederlanden – MSZ – 2000 rok.

⁴ Europäische Strategien zur Prävention und Bekämpfung des Frauenhandels – Konferenz in Berlin 1998. Referat von Hanka Mongard.

Model szwedzki⁵

W Szwecji – odmiennie niż w Holandii – postanowiono walczyć z popytem na usługi seksualne. W dniu 1 stycznia 1999 roku weszła w życie ustawa zakazująca nabywania usług seksualnych. Osoba nabywająca usługę seksualną podlega odpowiedzialności karnej. Karą za powyższe przestępstwo jest kara grzywny lub kara pozbawienia wolności maksymalnie do 6 miesięcy. Dla bytu tegoż przestępstwa nie ma znaczenia, gdzie zostało popełnione, czy to na ulicy, czy w mieszkaniu czy też w salonie masażu. Ustawodawca uznał, iż osoba świadcząca usługi seksualne nie powinna podlegać odpowiedzialności karnej, gdyż w relacji z klientem stoi na pozycji słabszej. Poza tym chodziło o to, aby była bardziej motywowana do współpracy z policją i prokuraturą w sprawach dotyczących wykorzystywania seksualnego.

W ciągu 3 lat obowiązywania nowych przepisów przeprowadzono 272 dochodzenia przeciwko klientom. W 99 przypadkach sprawa zakończyła się wymierzeniem grzywny. Jak dotychczas nikogo nie pozbawiono wolności⁶. Choć kary są niskie, to prawodawcy w Szwecji uświadomili społeczeństwu, że prostytutka jest formą przemocy wobec kobiet. Według Gunilli Ekberg – doradcy rządu i koordynatorki skandynawskiego programu walki z handlem ludźmi cel ten został osiągnięty. Klientów jest pięć razy mniej niż w 1999 roku. Spadek popytu przyczynił się do zmniejszenia o połowę liczby prostytutek na ulicach. Według Andersa Gripenlova – inspektora policji obecnie na ulicach Sztokholmu pracuje około 100 prostytutek. Przed wejściem ustawy w życie było ich około 250. Kwitnie za to prostytutka podziemna: zamówienia na telefon, ogłoszenia towarzyskie, salony odnowy biologicznej oraz turystyka zagraniczna (zwłaszcza do Estonii). Autorzy nowej ustawy na zarzut, że pomysł karania klientów jedynie sprowadził prostytutkę do podziemia odpowiadają, iż to jest również sukces. Ich zdaniem na prostytutkę nie powinno być w ogóle miejsca, należy tępić ten przejaw patologii, podejmować odpowiednie środki, kontrolować granice, chronić kobiety, żeby nie stały się ofiarami handlu. Najgorszym rozwiązaniem byłoby obojętne przechodzenie obok tego zjawiska.

W 2002 roku parlament szwedzki uchwalił prawo, które handel ludźmi w celach seksualnego wykorzystania traktuje jako odrębne przestępstwo. Ustawa ta weszła w życie w dniu 1 czerwca 2002 roku. Nowy przepis karny został wprowadzony do szwedzkiego kodeksu karnego do oddziału 1a rozdziału 4 dotyczącego przestępstw przeciwko wolności i pokojowi. Odpowie-

⁵ Referat wygłoszony przez I. Klinteberg – prokuratora z Karlskrony podczas Konferencji w Warszawie w dniu 5 listopada 2002 roku.

⁶ M. Lemonnier, *Le Nouvel Observateur*, 2002 – przedruk w *Forum* z 25 listopada 2002 roku.

działność za przestępstwo handlu ludźmi w celu ich seksualnego wykorzystania będzie zastosowana do każdego, kto:

- przy użyciu bezprawnego przymusu, groźby, podstępu lub innych podobnych środków,
- nakłania do przekroczenia granicy w celu uprawiania prostytucji, poddania się seksualnym przestępstwom lub innym formom eksploatacji,
- dla takiego celu (z takim zamiarem) i przy użyciu takich samych środków jak wyżej,
- wymienione przewozi, ukrywa lub przyjmuje osobę, która będzie wykorzystywana seksualnie,
- popełnia takie przestępstwo przeciwko pokrzywdzonemu, który nie ukończył 18 lat, nawet jeżeli nie zostały zastosowane wyżej wymienione środki (przymus, groźba, podstęp).

Za powyższe przestępstwa grozi kara pozbawienia wolności w granicach od 2 do 10 lat. W przypadkach mniejszej wagi maksymalny wymiar kary wynosi 4 lata.

Osoba, która nakłania innych do uprawiania prostytucji bądź czerpie zyski z uprawiania prostytucji przez inne osoby podlega karze pozbawienia wolności do lat 4. W przypadkach poważnych sprawcy przestępstwa grozi kara od 2 do 6 lat pozbawienia wolności.

W Szwecji – tak jak w innych państwach Unii Europejskiej – osoby, które łamią porządek prawny poprzez podjęcie nielegalnej pracy, postugiwanie się sfałszowanym dokumentem itp. narażone są na deportację. Tymczasem obecność ich byłaby wskazana ze względu na ewentualną współpracę z organami ścigania (w celu złożenia zeznań obciążających sutenerów). Aktualnie podjęto działania zmierzające do rozwiązania tej sytuacji. Rozważa się przyznawanie czasowej wizy dla pokrzywdzonych, którzy stali się ofiarami handlu. Wiza byłaby przyznawana na okres niezbędny do zakończenia śledztwa. Prace nad projektem takiej ustawy są na tyle zaawansowane, że wejście ich w życie jest możliwe już w dniu 1 czerwca 2003 roku⁷.

Trwają również prace nad przepisami umożliwiającymi ochronę prawną ofiar. Rozważa się również wykorzystanie na szeroką skalę wideokonferencji, która pozwoliłaby na złożenie zeznań przez ofiarę w jej ojczystym kraju bez potrzeby stawiania się na rozprawie przed sądem w Szwecji. Aktualnie obowiązujące przepisy umożliwiają przeprowadzenie wideokonferencji, ale dopiero po wyrażeniu zgody przez oskarżonego.

W ciągu 2000 roku zakończono w Szwecji 3 postępowania przygotowawcze i 4 postępowania sądowe⁸. Tymczasem ocenia się, że każdego roku do

⁷ Wywiad z I. Klinteberg – prokuratorem z Karlskrony.

⁸ Według danych przedstawionych przez I. Klinteberg.

Szwecji przewozi się od 200–500 kobiet w celu uprawiania przez nie prostytucji.

Podsumowanie

Trudno wypowiedzieć się jednoznacznie, który z przedstawionych sposobów podejścia do problemu prostytucji jest lepszy: szwedzki czy holenderski.

Na pewno walka z klientami (tak, jak uczynili to Szwedzi) jest jakimś rozwiązaniem. Gdyby nie istniał popyt na usługi seksualne, nie rozwijałyby się przestępczość okołoprostytucyjna i związany z tym handel ludźmi. Przy takiej próbie dławienia popytu należy jednak zgodzić się z poglądem, że popyt nie maleje, lecz tylko znajduje ujście gdzie indziej. Usługi tego rodzaju schodzą do podziemia. Powszechnie wiadomo, że wszelkie ogłoszenia towarzyskie umieszczone w prasie, z których wynika, że znudzone monotonią małżeńską pary poszukują innych par w celu wymiany doświadczeń, tak naprawdę są ogłoszeniami domów publicznych.

Holendrzy wyszli z założenia, że ze zjawiskiem prostytucji nie da się skutecznie walczyć. Dlatego akceptując taki stan rzeczy, zaczęli intensywnie myśleć nad ochroną prawną prostytutek. Sprzyjać temu miała legalizacja domów publicznych. Okazało się wkrótce, że i ten pomysł jest niedoskonały, poza ochroną prawną znalazły się kobiety spoza państw Unii Europejskiej.

Przyczyny opisywanego zjawiska należy raczej upatrywać w ubóstwie i ciężkiej sytuacji materialnej kobiet, które decydują się na zagraniczną turystykę seksualną. Za takim poglądem przemawia obserwacja ruchów migracyjnych w Europie. Nie zauważa się bowiem, aby kobiety z Niemiec czy Holandii (a więc państw zamożnych) stawały się ofiarami handlu i seksualnego wykorzystania za granicą. Są to kraje typowo docelowe, a nie kraje, z których pochodzą ofiary. Tak samo nie zauważa się, aby do Ukrainy czy Białorusi (krajów ubogich) uprowadzono kobiety z innych państw w celu ich seksualnego wykorzystania. Natomiast szczególny charakter ma Polska, która funkcjonuje jako kraj pochodzenia ofiar (uprowadzanych do Europy Zachodniej), jako kraj tranzytowy (zwłaszcza dla kobiet z Litwy uprowadzanych do Niemiec) i jako kraj docelowy (dla ofiar z Ukrainy, Białorusi, Rosji, Bułgarii i Rumunii). Badania socjologiczne przeprowadzone w Polsce potwierdzają współzależność pomiędzy zjawiskiem prostytucji a bezrobociem. Większość ofiar w Polsce pochodzi bowiem z terenów dotkniętych największym bezrobociem⁹. Należy spodziewać się, że w ciągu najbliższych 10–15 lat Polska zacznie funkcjonować wyłącznie jako kraj docelowy. Sprzyjać temu będzie włączenie Polski w struktury Unii Europejskiej i powoli rosnąca zamożność

⁹ K. Karsznicki, *Handel kobietami w świetle spraw karnych*, Prokuratura i Prawo 2002, nr 12, s. 67 i 73.

obywateli naszego państwa. Z uwagi na atrakcyjność naszego kraju dla obywateli państw Europy Wschodniej niewątpliwie wzrośnie napływ osób gotowych świadczyć usługi seksualne w Polsce.

Glosy



Józef Gurgul

**Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego
z dnia 29 stycznia 2002 r., sygn. I KZP 30/01¹
(dot. wykładni art. 198 k.k.)**

Użycie w przepisie art. 198 k.k. jedynie zwrotu „brak zdolności” do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w porównaniu z treścią art. 169 k.k. z 1969 r., w którym mowa zarówno o „całkowitym pozbawieniu”, jak i „ograniczeniu w znacznym stopniu” tej zdolności, wskazuje wyraźnie, że zamiarem ustawodawcy była penalizacja wykorzystania seksualnego wyłącznie w tych sytuacjach, w których u osoby pokrzywdzonej występuje brak zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem.

Z uzasadnienia postanowienia²:

Zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia sformułowane zostało przez Sąd Okręgowy w Z. w następującej sytuacji. Wojciech J. oskarżony został o popełnienie przestępstwa określonego w art. 198 k.k., a polegającego na tym, że „w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, wykorzystując bezradność wynikającą z wieku i niedorozwoju umysłowego pokrzywdzonej w stopniu lekkim, doprowadzał wymienioną do obcowania płciowego”.

Sąd Rejonowy w H., wyrokiem z dnia 12 kwietnia 2001 r., po ustaleniu – na podstawie opinii biegłych psychiatrów – że w sprawie nie może być mowy o „braku zdolności” pokrzywdzonej do rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania postępowaniem, uniewinnił oskarżonego, uznając, że przepis art. 198 k.k. nie penalizuje obcowania płciowego z osobą mającą jedynie ograniczoną zdolność rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swoim postępowaniem, natomiast przesłanki decydujące o ustaleniu znamienia „bezradności” nie mają natury psychiatrycznej.

Sąd Okręgowy w Z., rozpoznając sprawę z powodu apelacji wniesionej na niekorzyść oskarżonego przez oskarżyciela publicznego, uznał, że sformułowane zagadnienie prawne wymaga zasadniczej wykładni ustawy i na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przedstawił je Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia.

¹ OSNKW 2002, nr 3–4, poz. 16; Prokuratura i Prawo 2002, dodatek Orzecznictwo, nr 4, poz. 4.

² Cytuję za Kwartalnikiem Aplikantów Prokuratorskich Aplikant Prokuratorski 2002, nr 2, s. 18–20.

Prokurator Krajowy wniósł o odmowę podjęcia uchwały, wobec braku przesłanek do przedstawienia Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia sformułowanego zagadnienia prawnego.

Sąd Najwyższy (odmawiając podjęcia uchwały – uwaga J. G.) zważył, co następuje.

Sformułowane przy rozpoznawaniu środka odwoławczego zagadnienie – wbrew przekonaniu Sądu Okręgowego – nie nasuwa trudności interpretacyjnych, uzasadniających wystąpienie w trybie określonym w art. 441 § 1 k.p.k. i podjęcie uchwały przez Sąd Najwyższy. Przepis art. 198 k.k., a w szczególności zawarty w nim zwrot „wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności (...) do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania postępowaniem” nie wymaga bowiem zasadniczej wykładni ustawy w rozumieniu art. 441 § 1 k.p.k., gdyż wykładnia przepisu art. 198 k.k., w tym także przytoczonego sformułowania, nie nasuwa wątpliwości interpretacyjnych.

Nie można podzielić przekonania Sądu Odwoławczego, że możliwa jest w praktyce rozbieżna interpretacja omawianego zwrotu, a zwłaszcza uznanie, że użyty w art. 198 k.k. zwrot „brak zdolności” oznacza także: „w znacznym stopniu ograniczoną zdolność” i przepis ten obejmuje kryminalizacją również wykorzystanie stanu ograniczonej poczytalności osoby pokrzywdzonej. Nie można także zgodzić się z twierdzeniem, że pogląd o depenalizacji wykorzystania stanu ograniczonej poczytalności jest w doktrynie odosobniony. Wątpliwości wyrażonych w postanowieniu Sądu Okręgowego nie potwierdza bowiem ani analiza językowa zwrotu „brak”, ani analiza publikowanych poglądów przedstawicieli nauki prawa karnego.

W uzasadnieniu rządowego projektu kodeksu karnego z 1997 r., przy omawianiu zawartych w rozdziale XXV przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, nie wyjaśniono zmian w treści art. 198 k.k., stanowiącego odpowiednik art. 169 k.k. z 1969 r., a więc nowego ujęcia seksualnego wykorzystania osoby pokrzywdzonej (...). W świetle treści art. 198 k.k. nie ulega jednak żadnej wątpliwości, że przepis ten zrywa z dotychczasowym określeniem osoby pokrzywdzonej jako „pozbawionej całkowicie lub w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swym postępowaniem”.

Wprawdzie wyraz „brak” to nie tylko „fakt nieistnienia czegoś”, a więc zupełny brak, ale także „istnienie w niedostatecznej ilości”, m.in. „wada, defekt, błąd, skaza, niedobór, niedostatek”. Wątpliwa byłaby jednak wykładnia normy karnej z uwzględnieniem wszystkich znaczeń, jakie w odniesieniu do użytych w niej zwrotów funkcjonują w języku potocznym, w szczególności, gdy uwzględni się także interpretację historyczną, czyli brzmienie tego przepisu w kodeksie karnym z 1969 r.

(...) Jeśli nawet w dyskusji nad reformą prawa karnego wyrażono wątpliwości, czy wykładnia określenia „brak zdolności” nie spowoduje kłopotów, gdyż nie jest pojęciem ostrym i nie wiadomo, czy chodzi o „całkowity”, czy też „jedynie częściowy” brak (J. Leszczyński, Przepięstwa tzw. seksualne w projekcie polskiego prawa karnego, Pal. 1992, nr 9–10, s. 35), to nie znalazły one potwierdzenia ani w praktyce wymiaru sprawiedliwości (wyłączając niniejszy, odosobniony przypadek), ani w nauce prawa karnego.

Redakcja normy art. 198 k.k. w istocie bowiem nie stwarza pola do domniemań, czy czasami nie chodzi tu także o brak częściowy. Porównanie treści obu omawianych norm prowadzi do wniosku, że gdyby ustawodawca zamierzał objąć kryminalizacją czynności seksualne także z osobą mającą w znacznym stopniu ograniczoną zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem, wyraziłby to podobnie jak w art. 169 k.k. z 1969 r. Trudno zatem nie dostrzegać, że użyty w art. 198 k.k. zwrot „brak zdolności (...) do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem” odpowiada zawartemu w art. 31 § 1 k.k. opisowi niepoczytalności spowodowanej chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym.

(...) Przedstawiciele nauki prezentują zgodny pogląd, że brak zdolności określonej w art. 198 k.k. musi być całkowity, a nie tylko częściowy i swoje przekonanie w tym względzie wyrażają w sposób zdecydowanie jednoznaczny (...).

Stanowisko, jakoby – wbrew przekonaniu Sądu Okręgowego – zagadnienie sformułowane przy rozpoznawaniu środka odwoławczego nie nasuwało żadnych wątpliwości interpretacyjnych, razi optymizmem. To efekt upraszczającej analizy problemu. W rzeczywistości jest on o wiele bardziej złożony, niż by to wynikało z komentowanej tezy, tłumaczącej daną niejasność w zasadzie *idem per idem*. Pogląd Sądu Najwyższego został ukształtowany w głównej mierze w następstwie interpretacji historycznej, której nadano decydujące znaczenie, co budzi zastrzeżenia. Podobny sposób wykładni występuje w nauce prawa karnego. Dlatego w komentarzach art. 198 k.k. zbieżnie mówi się o depenalizacji wykorzystania stanu ograniczonej poczytalności, gdyż przeciwne stanowisko oznaczałoby niehumanitarność i sprzeczność z ideą samostanowienia seksualnego osób upośledzonych umysłowo lub chorych psychicznie³. Dla zasady należy wspomnieć, że Polskie Towarzystwo Psychiatryczne w memoriale „Psychiatryczne postulaty nowelizacji ustaw karnych” z dnia 3 marca 1988 r. proponowało nawet wy-

³ Kodeks karny. Część szczególna, t. 2, red. A. Z o l l, Kantor Wydawniczy Zakamycze, Kraków 1999, s. 538, 539; R. G ó r a l, Kodeks karny – praktyczny komentarz, Wydawnictwo ZPP, Warszawa 1998, s. 270, 271; J. W o j c i e c h o w s k i, Kodeks Karny. Orzecznictwo, Wydawnictwo Librata, Warszawa 1997, s. 352, 353; A. M a r e k, Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczególna, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2000, s. 149.

kreślenie w całości przepisów art. 169 k.k. Podkreślono jego funkcje dyskryminacyjne, ze względów eugenicznych ograniczające swobodę życia erotycznego ludzi psychicznie niepełnosprawnych (maszynopis powielony memoriału w posiadaniu autora).

Harmonię twierdzeń o depenalizacyjnej idei art. 198 k.k.⁴ odrobinię zakłóca wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie. Pośrednio wytyka konstrukcyjną ułomność opisu czynu w tym przepisie i wysuwa wniosek, że wolą ustawodawcy w 1997 r. „było zwiększenie, a nie zmniejszenie sfery ochrony wolności seksualnej jednostki”⁵. Zastanawia ponadto publikacja L. Paprzyckiego, zawsze niebywale precyzyjnego w wypowiedzaniu swoich zapatrywań. Otóż analizując aspekty psychiatryczne w kodeksach karnych z 1997 r. pod kątem ich nowości, ani słowem nie odniósł się do art. 198 k.k.⁶. Może nie dostrzegł w nim niczego szczególnie nowego?

Na pytanie Sądu Okręgowego w Z. należałoby spojrzeć przede wszystkim jako na sygnał potwierdzający regułę, że nigdy nie ma rozwiązania najlepszego. W toku wdrażania do praktyki każde ujawnia swoje wady, sprzeczności i niejasności, motywujące zarzuty stawiane danej regulacji. Kwestia, żeby ich pospiesznie nie lekceważyć, ponieważ wyłamujące się z uznanej poprawności sposoby myślenia wnoszą w utarte poglądy ożywczy ferment intelektualny⁷. Oględność w interpretowaniu tekstów ustawy jest wskazana także przez wzgląd na przypisywane mu skłonności do manipulowania. Powiada się, że istnieje wiele kanonów wykładni, przy czym same zastosowanie jednego lub sprytnie połączenie dwu spośród nich pozwala uzasadnić każdy wniosek, którego życzy sobie ten, kto tłumaczy określony przepis⁸. Taki punkt widzenia może nęcić, zważywszy okoliczność, że w ustawie karnej roją się wyrażenia nieostre, wieloznaczne, niedookreślone, nie nadające się na samodzielne orzeczniki. Należyte zrozumienie ich sensu nie obejdzie się bez opatrzenia dodatkiem relatywizującym do rodzaju normy, wobec czego o „normie” mówi się zawsze umownie. Problem obrazują np. następujące słowa kodeksów: poczytalny, zdrowy, wielki, duży, znaczny, bezradny, nieporadny, niezaradny, istotny, bezbronny itd.⁹.

⁴ Np. uzasadnienie głosowanego postanowienia SN oraz Kodeks karny..., red. A. Zołł, teza 9 na s. 538.

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 19 października 2000 r., sygn. II AKa 190/00, Prokuratura i Prawo 2001, dodatek Orzecznictwo, nr 9, poz. 18.

⁶ L. Paprzycki, Problematyka psychiatryczna w nowych kodeksach karnych, Postępy Psychiatrii i Neurologii 1998, t. 7, supl. 3, s. 15–25.

⁷ W. Wolter, Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna, t. II, Leon Fromer, Kraków 1934, s. VI; L. Petrażycki, Teoria prawa i państwa, PWN, Warszawa 1959, s. 311 i 312.

⁸ L. Ehrlich, Interpretacja traktatów, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1957, s. 114.

⁹ E. Zielińska, Z problematyki wykładni przepisów karnych dotyczących płodu ludzkiego, Państwo i Prawo 1995, nr 2, s. 21–31; A. Szymusik, Psychopatologia zabójstw, Folia Medica Cracoviensia 1972, t. XIV, s. 7; J. Sowa, Kulturowe założenia pojęcia normalności, PWN, Warszawa 1984, s. 17, 18, 23, 26; W. Wolter, M. Lipczyńska, Elementy logiki,

Szkopuł w tym, że to objaśnienie wyrażeń ustawowych w art. 115 k.k. nie obejmuje (oprócz mienia „znacznej” i „wielkiej” wartości) przykładowo przytaczanych zwrotów o różnym stopniu dyskusyjności. Kodyfikacja milczy też na temat zachodzących między nimi relacji. Komplikuje to już z samej natury złożony proces tłumaczenia tych i podobnych terminów.

W konsekwencji przekonująco brzmi pogląd, że interpretacja przepisu także art. 198 k.k. jest „szczególnym rodzajem subtelnej sztuki”, w której stosuje się surowe rygory, porządkujące rozumowanie. Absolutny priorytet przysługuje zawsze wykładni językowej (słownej, gramatycznej). To fundamentalny wymóg zasady państwa prawa¹⁰. Najpierw należy ustalić sens słów, żeby móc przejść do innych metod objaśniania ustawy.

Konieczność przestrzegania tego pierwszeństwa uzasadnił W. Wolter zauważając, że „wykładnia historyczna w ogólności, a na gruncie kodeksu karnego w szczególności, może być stosowana tylko wyjątkowo i bardzo ostrożnie, raz dlatego, że obowiązuje to, co ustawodawca powiedział, a nie to, co chciał powiedzieć, a następnie dlatego, że szczupłe materiały do kodeksu karnego (mało mówiące Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego, przyjętego w trzecim czytaniu...) nie zawsze dają podstawę do odtworzenia woli ustawodawcy”¹¹. W tym kontekście należy podkreślić, że uzasadnienie rozdziału XXV rządowego projektu kodeksu karnego („Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”) to zaledwie jedna strona druku, o art. 198 k.k. nie ma najmniejszej nawet wzmianki¹². Skąd zatem bierze się tyle niewzruszonej pewności w stanowisku Sądu Najwyższego, skoro tak ubogie, żeby nie powiedzieć – żadne, są przesłanki wnioskowania w przedmiocie woli ustawodawcy z 1997 r.?

Preferowana przez Sąd Najwyższy historyczna wykładnia art. 198 k.k. została *de facto* zawężona do porównania z treścią art. 169 d. k.k. I znowu rodzi się kolejne pytanie, dlaczego dążąc rzekomo do ograniczenia penalizacji danego występku jedynie do przypadków, gdy pokrzywdzony jest całkowicie niepoczytalny, ustawodawca nie zastosował prostej, jasnej stylistyki na wzór art. art. 94 § 1, 95 § 1 czy 99 § 1 k.k.? Wówczas intencję depenali-

wyd. III, PWN, Warszawa–Wrocław 1980, s. 46, 47, 267, 268; M. Zieliński, Współczesne problemy wykładni prawa, Państwo i Prawo 1996, nr 8–9, s. 7, 8; J. Łoś, Krótka gramatyka historyczna języka polskiego, Nakład i własność K.S. Jakubowskiego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, Lwów 1927, s. 8; J. Parandowski, Alchemia słowa, wyd. IV, Czytelnik, Warszawa 1965, s. 161 i *passim*.

¹⁰ M. Zieliński, tamże, s. 6; W. Wolter, Prawo karne, Gebethner i Wolff 1947, s. 19; W. Lang, Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 czerwca 1994 r., sygn. K 17/93, Państwo i Prawo 1994, nr 11, s. 101; F. Siemieński, W sprawie obowiązku re-spektowania wartości chrześcijańskich, Państwo i Prawo 1995, nr 3, s. 93–95.

¹¹ W. Wolter, tamże, s. 19.

¹² Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1997, s. 196, 197.

zacji dałoby się wyrazić wprost i bezdyskusyjnie nadając spornemu przepi-
sowi następującą redakcję: „Kto, wykorzystując bezradność lub stan niepo-
czytalności innej osoby określony w art. 31 § 1 k.k.”. Byłoby to logiczne
i racjonalne, zarazem oszczędne w słowach sformułowanie tejże normy.

Po drugie, Sąd Najwyższy dokonał cząstkowej analizy art. 198 k.k. bez
uwzględnienia wniosków płynących z alternatywy: „bezradność” lub „brak
zdolności...”. Oba człony tej alternatywy są oczywiście, równoważne. Jedno-
cześnie warto przypomnieć o stosowaniu przez ustawodawcę w poszcze-
gólnych normach wyrażeń synonimicznych, takich jak: bezradność, niepo-
radność, bezbronność (art. 198, 207 § 1, 210 § 1, 211, 280 § 1, 281 k.k.)
oraz niezaradność¹³. Sąd Najwyższy¹⁴ wskazuje na „niezaradność” i „ka-
lectwo” pokrzywdzonego, jako na okoliczności *ex aequo* wpływające na wy-
miar kary.

Brak uzasadnienia, dlaczego zastosowano taką czy takie terminologie
przemawia za zamiennością używania danych słów. Wybór jednego z nich
to kwestia raczej stylistyczna niż merytoryczna.

Dla efektów niniejszej dyskusji nie bez znaczenia może być zaduma nad
orzecnictwem interpretującym zwrot „inny niebezpieczny przedmiot” w ro-
zumieniu art. 210 § 2 d.k.k. oraz w art. 280 § 2 k.k.¹⁵. Tenże przedmiot sta-
nowi alternatywne narzędzie czynu obok broni palnej i noża lub zamiast
nich. Owo zamienne narzędzie musi się cechować odpowiednimi cechami,
które stwarzają podobne niebezpieczeństwo dla życia ofiary rabunku jak
w przypadku użycia broni palnej albo noża. W art. 198 k.k. odpowiedzialność
sprawcy zależy od stwierdzenia „bezradności” albo „braku zdolności”, co
wskazuje na jednakowe znaczenie obu tych pojęć, określających niemoż-
ność stawienia czoła napastnikowi. Waga obu upośledzeń musi być ocenia-
na jako taka sama.

Tak doszliśmy do miejsca, w którym ujawnia się potrzeba wykazania za-
leżności w pojmowaniu zwrotów „bezradność” i „brak zdolności”. Prześle-
dzimy ich treściową zawartość w optyce: a) językoznawstwa, b) psychologii
i psychiatrii, c) doktryny prawniczej oraz d) innych dyscyplin.

¹³ Zob. § 223.2. regulaminu prokuratorskiego (Dz. U. z 1992 r., Nr 38, poz. 163 ze zm.).

¹⁴ Np. uchwała Połączonych Izb Karnej i Wojskowej z dnia 26 listopada 1976 r., sygn. VI KZP 11/75, OSNKW 1977, nr 1–2, poz. 1.

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 22 marca 2001 r., sygn. II AKa 89/01 – Prokuratura i Prawo 2002 dodatek Orzecznictwo, nr 3, poz. 26; wyrok tegoż Sądu z dnia 20 stycznia 2000 r., sygn. II AKa 340/99, Prokuratura i Prawo 2000, dodatek Orzecznictwo, nr 9, poz. 20; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 4 września 1996 r., sygn. II AKa 206/96 – Prokuratura i Prawo 1997, dodatek Orzecznictwo, nr 2, poz. 24; wyrok tegoż Sądu z dnia 26 stycznia 2000 r., sygn. II AKa 250/99 i z dnia 9 marca 2000 r., sygn. II AKa 21/2000, Prokuratura i Prawo 2000, dodatek Orzecznictwo, nr 7–8, poz. 27; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 1984 r., sygn. I KR 105/84, OSNKW 1985, nr 1–2, poz. 15; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 września 1984 r., sygn. IV KR 215/84, OSNPG 1985, nr 5, poz. 73.

Ad a) Językoznawcy traktują bezradność, nieporadność (por. art. 187 § 1 i 188 d. k.k.), bezsilność, bezbronność, niezaradność, słabość, wątpliwość, niedołączność, nieudolność, niezręczność, niezgrabność, nieumiejętność radzenia sobie zwłaszcza w trudnej sytuacji jako zwroty bliskoznaczne¹⁶. Ich ważną właściwością jest stopniowalność, niedookreśloność i rozległość znaczeń, a w związku z tym ogromna podatność „żywych wykonawców” danych norm – jak twierdził A. Krzyżanowski – pod naporem zmiany stosunków i opinii publicznej do mniej lub bardziej elastycznego stosowania, bo zresztą o całkowitej sztywności wcale nie można myśleć¹⁷. Przegląd znaczeń słowa „bezradność” umożliwił wnioskowanie, że trzeba je pojmować dość elastycznie z wycuciem szczegółów i imponderabiliów sytuacji. I ta myśl powinna towarzyszyć rozważaniom o drugim zwrocie, gdyż chodzi tutaj o ścisłą łączność wyrażań, wymagającą stałego akcentowania.

Na kłopoty interpretacyjne słowa „brak” J. Leszczyński wskazywał w „Palestrze” już w 1992 r. Jak widać, nie bez racji ocenił, że jest ono podatne na takie rozumienie, iż w art. 198 k.k. może chodzić zarówno o całkowite, jak też częściowe ograniczenie przedmiotowych zdolności. Sąd Najwyższy wprawdzie cytuje J. Leszczyńskiego, lecz nie wykrzesał z siebie niezbędnego nastawienia, że warto głębiej wniknąć w przyczyny cudzych wątpliwości. Nie zrobił tego, ponieważ – powtórzmy – swoją argumentację zbudował na przesadnej wierze w moc wyjaśniającą historycznej wykładni. Językoznawcy raczej nie mieliby niczym niezmaconej pewności co do znaczenia słowa „brak”. Oni bowiem wszyscy bez wyjątku akcentują jego wieloznaczność. W dyskusji trzeba wziąć po uwagę, że, po pierwsze wyraz „brak” może wystąpić jako dopełniacz i jako czasownik niewłaściwy. Może oznaczać nieistnienie czegoś, ale także niedostatek, niedobór (od łac. manco) np. towaru w sklepie, uzębienia, pomysłów czy kadr. Czasem mówi się o brakach dowodowych śledztwa etc.¹⁸.

Językoznawcza analiza wyrażenia „brak” tworzy bardzo trudne do pokonania bariery na drodze do snucia tak stanowczych, jednoznacznych wniosków, jak czyni to Sąd Najwyższy w glosowanym postanowieniu.

¹⁶ Słownik poprawnej polszczyzny PWN, red. A. Markowski, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2002, s. 52, 53; Słownik współczesnego języka polskiego, Wydawnictwo Wilga, red. A. Dmowska, Warszawa 1996, s. 52; Słownik języka polskiego PWN, wyd. IX, red. M. Szymczak, Warszawa 1994, s. 142, 149, 373; Mały słownik języka polskiego, PWN, red. S. Skorupka, H. Auderska, Z. Lempicka, Warszawa 1968, s. 41, 754, 859.

¹⁷ A. Krzyżanowski, Chrześcijańska moralność polityczna, Wydawnictwo E. Kuthana, Warszawa–Kraków 1948, s. 225.

¹⁸ W. Kopalinski, Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych, Wiedza Powszechna, Warszawa 1968, s. 466; M. Arct, Słownik wyrazów obcych, Wydawnictwo S. Arcta, Warszawa 1947, s. 188; Słownik poprawnej polszczyzny, PWN, s. 70; Słownik współczesnego języka polskiego, s. 74; Mały słownik języka polskiego..., s. 56; Słownik tacińskopolski opracowany przez Ł. Konciewicza, Księgarnia Wysyłkowa G. DORN, Warszawa, bez daty, s. 504.

Ad b) Co więcej, powyższe spostrzeżenia harmonizują z zapatrywaniami psychologów i psychiatrów, a zwłaszcza tych, którzy dysponują także wiedzą spoza własnej specjalności, jak z zakresu filozofii, kultury, socjologii itp. Delikatność materii „braku zdolności...” trzeba powiązać z podnoszoną przez psychiatrów i psychologów niedoskonałością konstrukcji art. 31 § 1–2 k.k. (art. 25 § 1–2 d.k.k.). Wszak nie przewiduje się w niej, w praktyce sądowo-psychiatrycznej nierzadkich, przypadków, gdy stan psychiczny sprawcy *tempore criminis* nie osiągnął wprawdzie niepoczytalności, poważnie jednak przekroczył kryteria przesądzające o poczytalności znacznie ograniczonej. Występuje wyraziste zbliżenie się do niepoczytalności, ale „jeszcze” bez osiągnięcia jej przymiotów. Przebiegające między tymi stanami granice są niesłychanie cienkie. Chcąc ukazać to zróżnicowanie, biegli posługują się pozaustawowym określeniem „poczytalność ograniczona w stopniu bardzo znacznym”. Tym samym sygnalizują prawnikom ważki problem lekarski i szerzej – kulturowy¹⁹. Pozaustawowy zwrot wyraża dobitnie fakt nieistnienia ostrych cezur w świecie przyrody i kultury, a więc poznanie nie oznacza punktu na prostej, lecz jej odcinek przybliżający biegłego i organ procesowy do prawdy. To kolejne spostrzeżenie, które powinno być brane w rachubę przez interpretatora art. 198 k.k.

Za potrzebą pewnego rozluźnienia kwestionowanego stanowiska Sądu Najwyższego zdają się przemawiać argumenty czerpane z nauk o człowieku w zakresie wyjaśniającym istotę i różne aspekty „bezradności”, która niejako z mocy art. 198 k.k. pozostaje w koincydencji z „brakiem zdolności...”. Warte przemyślenia są dane obrazujące dynamizm i proces narastania bezradności, jej ścisłe związki z powszechnymi w świecie ludzkich przeżyć lękiem, stresem, kryzysami, ze starzeniem się, doświadczeniami destruktywnymi, interakcjami z otoczeniem itp.²⁰. Uproszczone pojmowanie bezradności jako *ex definitione* wykluczającą podjęcie jakiegokolwiek, bodaj symbolicznej próby obrony, chyba nie odpowiada idei uzasadniającej art. 198 k.k. Nowsze badania psychologiczne, zwłaszcza zaś amerykańskie, kanadyjskie i brytyj-

¹⁹ R. Jędrzejowska, Psychiatra, psycholog i seksuolog jako biegły w świetle przepisów prawa polskiego, (w:) Postępowanie karne i cywilne wobec osób zaburzonych psychicznie. Wybrane zagadnienia z psychiatrii, psychologii i seksuologii sądowej, red. J. K. Gierowski i A. Szymusik, Collegium Medicum UJ, Kraków 1996, s. 27 i 28; por. także J. Sowa, Kulturowe założenia normalności, PWN, Warszawa 1984, s. 17, 26.

²⁰ W. Półtawska, Ekspertyza sądowo-psychiatryczna w postępowaniu spadkowym testamentowym, PZWL, Warszawa 1974, s. 81; M. Gręcar, Rola i znaczenie ekspertyzy psychologicznej w praktyce wymiaru sprawiedliwości, (w:) Współczesna sądowa ekspertyza psychologiczna – niewykorzystane możliwości, red. M. Gręcar, Instytut Ekspertyz Sądowych, Kraków 1990, s. 13 i *passim*; M. Gręcar, A. Lipowska-Teutsch, Bezradność wobec przemocy i nadużyć – motywem samobójstwa, (w:) Współczesna sądowa ekspertyza..., s. 76–81; A. Kępiński, Rytm życia. Wydawnictwo Literackie, wyd. IV, Kraków–Wrocław 1983 r., s. 159; tegoż, Melancholia, PZWL, wyd. III, Warszawa 1985, s. 109, 110; tegoż, Lęk, PZWL, Warszawa 1987, s. 13.14.

skie²¹ wnoszą do problemu nowe wątki, m.in. wskutek opisanego zjawiska „bezzadności wyuczony”. Nawiasem mówiąc to ostatnie pojęcie na dobre już zadomowiło się w polskim piśmiennictwie naukowym²². Społecznie doniosła problematyka bezzadności wyuczony znajduje odbicie nawet w publicystyce politycznej²³, co nie jest bez znaczenia dla praktyki stosowania art. 198 k.k. Osobne zagadnienie stanowi celowość korzystania ze współpracy z psychologiem i /lub/ psychiatrą w celu stwierdzenia, czy pokrzywdzony rzeczywiście był bezzadnym w sensie wyłączającym podjęcie obrony.

Ad c) Ostre są nazwy liczb. Cechy tej nie mają – o czym była mowa – wyrażenia ilościowe typu bezzadny, bezsilny, poczytalny, brak zdolności i in. Są to nazwy ocenne, niezbyt komunikatywne. Z tych względów szeroko zakreślano granice przedmiotu wykonawczej czynności z art. 184 § 1 d.k.k. Pisano w szczególności, że tym przedmiotem mogą być m.in. osoby bezzadne niezależnie od stopnia bezzadności, niezależnie od wieku, stanu zdrowia, zdolności fizycznej do stawiania oporu lub przeciwdziałania²⁴. Zrozumiałe, że komentarz art. 184 § 1 d.k.k. nie można żywcem przenieść do dyskusji o art. 198 k.k., niemniej godzi się nadmienić, że to samo słowo powinno się pojmować identycznie lub całkiem podobnie wszędzie tam, gdzie zostało użyte. Stąd można powątpiewać w trafność konkluzji S. Łagodzińskiego w głosie do wyroku SN, dotyczącego wykładni pojęcia „doprowadzenie do stanu bezzadności”. Autor uważa, że „bezzadność jest albo jej nie ma, zaś nigdy jako sposób działania sprawcy rozboju nie może być stopniowana (...), musi być całkowite i zupełne doprowadzenie do tego stanu, aby mogło być bezzadnością”²⁵. Owszem, tak byłoby najlepiej, ale rodzi się pytanie, jak daleko może iść ta dwubiegunowość, jakie narzędzie czy metoda umożliwią ustalenie tak ścisłej cezur między „bezzadnością całkowitą” i „niecałkowitą”. W tym przypadku wyjściem z impasu jest ocenianie jej, jak każdego wyrażenia ilościowego, z uwzględnieniem właściwych mu odcieni²⁶.

²¹ J. Czapiński, Doświadczenia życiowe a choroba: wprowadzenie do problematyki, Nowiny Psychologiczne 1984, nr 6–7, s. 39 i nast.; S. E. Taylor, Przystosowanie do zagrażających wydarzeń. Nowiny Psychologiczne 1984, nr 6–7, s. 37; R. Lazarus, Paradygmat stresu i radzenia sobie, Nowiny Psychologiczne 1986, nr 3–4, s. 2–39.

²² Psychologia. Podręcznik akademicki. Część ogólna, t. II, red. J. Strelau, Wydawnictwo Psychologiczne, Gdańsk 2000, s. 596–599 i tam cyt. literatura.

²³ Patrz B. Pietkiewicz, Będziesz sierotą, Polityka 2002, nr 26, s. 24 i 25.

²⁴ W. Wolter, M. Lipczyńska, tamże, s. 30; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977, s. 465.

²⁵ S. Łagodziński, Głosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 października 1995 r., sygn. III KRN 120/95, Prokuratura i Prawo 1996, dodatek Orzecznictwo, nr 12.

²⁶ L. Petrażycki, tamże, s. 311 i 312; W. Chopicki, J. S. Olbrycht, Wypowiedzi na piśmie jako objawy zaburzeń psychicznych, wyd. drugie, PZWL, Warszawa 1959, s. 7; K. Janowska, Świetny, nie święty (Profesora Kępińskiego portret nieupiększony), Polityka 2002, nr 23; A. Krzyżanowski, tamże, s. 72, 225; J. Łoś, tamże, s. 8, J. Parandowski, tamże, s. 119, 126.

Ad d) Z konieczności wielokrotnie powraca się tutaj do tezy, że nauki doświadczeń, relacji zachodzących między ludźmi itp. nie można i nie powinno się szufladkować. Rozwiązując konkretną niejasność nie wystarczy zamknięcie poszukiwań do jednej dyscypliny, np. do nauk medycznych. Również w sporze o sens „beZRadności”, a pośrednio słowa „brak”, rozsądną rzeczą może być wykorzystanie dorobku prakseologii, a zwłaszcza teorii walki. Wieloaspektowość zagadnienia unaocznia skłaniający do rozwagi, od stuleci funkcjonujący w naszej cywilizacji przykład Dawida i Goliata. Sedno przykładu w tym, że tylko pozornie Dawid znajdował się w beznadziejnej pozycji. Mógł zwyciężyć i zwyciężył mimo drastycznej nierównowagi sił, ponieważ dokładnie zaplanował, że z jedynej broni – procy wyceluje w czoło Goliata. Wobec fizycznej dominacji Goliata uderzenie go kamieniem wystrzelonym z procy w jakiegokolwiek inne miejsce niż w czoło stawiało Dawida w iście beznadziejne położenie. Cios zadany np. w tułów nie wywarłby skutku obezwładniającego, a jedynie wywołałby wściekłość mocarza, która dla pasterza owiec oznaczałaby totalną katastrofę²⁷. Przez tę historyjkę przewija się nic psychologicznej problematyki adaptacji do stresora (przed walką z Goliatem Dawid niejednokrotnie już miał zabijać gołymi rękami lwy i niedźwiedzie w obrotnie pasionych owiec), jako sposobu kształtowania stałej dyspozycji do określonego zachowania się w trudnej sytuacji.

Reasumując glosator podziela rozterki Sądu Okręgowego w Z., gdyż redakcja art. 198 k.k. jest mglista. Rozumienie języka ustawy z reguły nastęrcza trudności, bo poszczególne pojęcia są nosicielami znaczeń otwartymi na przemiany. Język przekazuje nigdy nie kończące się doświadczenia profesjonalne, przeczące możliwości traktowania słów jak martwych narzędzi. Autor tej wypowiedzi ma świadomość, że „płynie pod prąd”. Czyni tak, gdyż do źródła można dotrzeć tylko płynąc pod prąd (z aforyzmu S. Leca).

Na koniec wnioszek *de lege ferenda*: trwają prace kodyfikacyjne. Jest więc doskonała okazja do doprecyzowania treści art. 198 k.k., żeby każdy prawnik dowiedział się, co ustawodawca faktycznie powiedział.

²⁷ Rudniański, *Kompromis i walka*, Instytut Wydawniczy PAX, Warszawa 1989, s. 143 i 144.

Jarosław Matras

Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 11 czerwca 2002 r., sygn. WZ 13/02¹

W postępowaniu przewidzianym w rozdziale 58 k.p.k. dochodzącemu odszkodowania lub zadośćuczynienia nie przysługuje zwrot wydatków poniesionych w związku z ustanowieniem pełnomocnika, nawet jeżeli roszczenie uwzględniono.

Teza głosowanego postanowienia jest słuszna, ale koniecznym jest wskazanie dodatkowej argumentacji na jej poparcie. Przed zaprezentowaniem tej argumentacji koniecznym jest, chociażby skrótowe, przedstawienie stanowiska zajętego przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanego orzeczenia. Argumenty te można wypunktować. Po pierwsze, zaznaczono, że treść art. 558 k.p.k., który nie miał odpowiednika w k.p.k. z 1969 r., nie dezaktualizuje orzeczeń Sądu Najwyższego wydanych na tle poprzedniego stanu prawnego. Po drugie, dostrzeżono, że sięgnięcie do przepisów k.p.c., poprzez normę art. 558 k.p.k., może mieć miejsce jedynie w sytuacjach nieunormowanych w k.p.k., a kwestie zwrotu wydatków pełnomocnika osoby dochodzącej odszkodowania lub zadośćuczynienia w trybie rozdziału 58 k.p.k., są uregulowane w treści art. 620 i 632 pkt 2 k.p.k.

Po trzecie, wyrażono pogląd, że w skład kosztów, o których mowa w treści art. 554 § 2 k.p.k., mieszczą się również „uzasadnione wydatki stron, w tym ustanowienia w sprawie jednego obrońcy lub pełnomocnika” (art. 616 § 1 pkt 2 k.p.k.). To ostatnie stwierdzenie nie wiąże się bezpośrednio z tezą.

Odnosząc się do pierwszego argumentu trzeba stwierdzić, że każda zmiana stanu prawnego winna skutkować wnikliwą analizą poprzednich judykatów Sądu Najwyższego, pod kątem ich aktualności. Zatem postawienie tej tezy jako pierwszej w uzasadnieniu orzeczenia nie wydaje się rozwiązaniem prawidłowym; wniosek odnośnie aktualności określonych orzeczeń winien być czyniony na zakończenie rozważań, jako ich konkluzja. W tym miejscu wypada więc wskazać, w tezach, w oparciu, o jakie elementy Sąd Najwyższy przyjął w poprzednim stanie prawnym (k.p.k. z 1969 r.), że osobie dochodzącej odszkodowania z tytułu niesłusznego skazania (i co oczywiste, także niewątpliwie niesłusznego tymczasowego aresztowania i zatrzymania) nie przysługuje od Skarbu Państwa zwrot kosztów zastępstwa adwokackiego.

¹ Publ. OSNKW 2002, nr 11–12, poz. 103.

go wyłożonych w sprawie, niezależnie od jej wyniku². W uzasadnieniu wskazano, że takie wnioski wynikają z następującej argumentacji:

1. pomimo cywilistycznego charakteru roszczeń przewidzianych w rozdz. 50 k.p.k. (k.p.k. z 1969 r.) i faktu zbliżenia statusu osoby dochodzącej roszczenia do pozycji powoda cywilnego, brak jest odesłania do posiłkowego stosowania przepisów k.p.c. o kosztach, czy też odrębnego uregulowania zwrotu kosztów postępowania na rzecz osoby dochodzącej roszczenia;
2. Skarb Państwa w tym procesie nie jest stroną postępowania; jego reprezentantem nie jest także prokurator, co skutkuje tym, że brak jest możliwości wykonywania takich czynności jak uznanie żądania (art. 101 k.p.c.), czy też zawarcia ugody (art. 104 k.p.c.);
3. sformułowanie „postępowanie wolne jest od kosztów” (art. 488 § 2 *in fine* k.p.k. z 1969 r.) dotyczy kosztów postępowania w znaczeniu węższym, co wynika z wykładni celowościowej (przeciwne rozumienie tej normy doprowadziłoby do zaakceptowania tezy, że Skarb Państwa obciąża zwrot kosztów zastępstwa niezależnie od wyników sprawy);

Już zatem dostrzegając treść pierwszego z tych elementów, dodanie do rozdziału 58 k.p.k. (poprzednio rozdział 50 k.p.k. z 1969 r.) normy artykułu 558 k.p.k., która odsyła w sprawach nieuregulowanych w kodeksie do przepisów k.p.c., winno skutkować podjęciem wykładni tak zmienionych przepisów, aby można było ustalić, czy rzeczywiście orzeczenia te zachowują swoją aktualność. Wprawdzie odesłanie do posiłkowego stosowania przepisów k.p.c. nie zawiera stwierdzenia o kosztach, ale przecież przepisy o kosztach stanowią część tego kodeksu; zmiana stanu prawnego wydaje się więc na tyle istotna, by przeprowadzona została analiza stanu normatywnego.

Co ciekawe, wyrażając tezę o aktualności dotychczasowego orzecznictwa, Sąd Najwyższy jednocześnie odstąpił od wykładni zwrotu „postępowanie wolne jest od kosztów” (art. 554 § 2 k.p.k.; poprzednio art. 448 § 2 k.p.k. z 1969 r.), dowodząc, że w skład kosztów wchodzi również „uzasadnione wydatki stron, w tym z tytułu ustanowienia w sprawie jednego obrońcy lub pełnomocnika” (art. 616 § 1 pkt 2 k.p.k.).

Odniesć zatem należy się do wykładni art. art. 620 i 632 pkt 2 k.p.k., która wydaje się pozostawać jedyną, i to dość zwięzłą, argumentacją uzasadniającą wyrażone przez Sąd Najwyższy stanowisko. Otóż treść art. 620 k.p.k. w żaden sposób nie przekonuje do tej tezy, gdyż dotyczy wydatków związanych z obrońcą lub pełnomocnikiem, ale w momencie ich ustanowienia. Natomiast oparcie się na treści przepisu art. 632 pkt 2 k.p.k. *in extenso*, bez dokonania stosownej analizy, wydaje się niewystarczające. Wypada wskazać, że w uzasadnieniu postanowienia z 28 kwietnia 1992 r., III KZ 1/92³,

² Por. postanowienia SN: z dnia 28 kwietnia 1992, III KZ 1/92, OSNKW 1992, nr 7–8, poz. 58; z dnia 9 lipca 1996 r., IV KZ 28/96, OSNKW 1996, nr 9–10, poz. 72.

³ OSNKW 1992, nr 7–8, poz. 58.

tożsame stanowisko Sąd Najwyższy wyprowadził nie z wykładni językowej normy art. 549 § 1 pkt 2 k.p.k. z 1969 r. (obecnego odpowiednika art. 632 pkt 2 k.p.k.), ale z wykładni celowościowej, przyjmując, że skoro oskarżonemu nie należy się zwrot wydatków wyłożonych na obrońcę z wyboru, w wypadku jego uniewinnienia w trybie rewizji nadzwyczajnej lub wznowienia postępowania (a więc postępowań toczących się po uprawomocnieniu orzeczenia), to brak jest podstaw, aby istniały te względy w wypadku dochodzenia roszczenia przewidzianego w rozdziale 50 k.p.k. z 1969 r. (obecnie rozdział 58 k.p.k.). Wydaje się, iż ta właśnie wykładnia jest trafna, chociażby z tego powodu, że osoba dochodząca roszczenia przewidzianego w rozdziale 58 k.p.k. nie ma statusu oskarżonego, a raczej status zbliżony do powoda cywilnego, zaś określenia „oskarżony” funkcjonujące w tym rozdziale (art. 552 § 1 i 556 § 1 k.p.k.) odnoszą się do statusu tej osoby w postępowaniu, w którym zaistniały materialne podstawy (warunki) do późniejszego dochodzenia roszczeń określonych w treści art. 552 § 1 k.p.k.

Dostrzegając konieczność, spowodowaną wprowadzeniem do k.p.k. przepisu art. 558, przeprowadzenia stosownej analizy nowego stanu prawnego, należy wskazać że stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uzasadnieniach postanowień z 1992 r. i 1996 r., znajduje obecnie akceptację w doktrynie, aczkolwiek wypowiedzi te nie odnoszą się w żaden sposób do zmian, jakie nastąpiły w k.p.k. i nie zawierają praktycznie argumentacji⁴.

Na wstępie trzeba podkreślić, że subsydiarne stosowanie k.p.c. w sprawach o odszkodowanie (art. 558 k.p.k.) dotyczy takich instytucji, które nie są w ogóle uregulowane w k.p.k. albo są wprawdzie normowane, ale w sposób, który nie da się zastosować, z uwagi na charakter dochodzonego roszczenia, w postępowaniu o odszkodowanie⁵. Kodeks ten zawiera regulację odnoszącą się do kosztów procesu (dział XIV), w tym pełnomocnika, oraz zawiera również przepisy dotyczące kosztów procesu związanych ze sprawami, które mają charakter cywilny, tj. powództwem cywilnym i odszkodowaniem z urzędu (rozdział 71). W rozdziale 71 k.p.k. nie ma natomiast wyraźnej regulacji odnoszącej się do trybu rozstrzygania o kosztach związanych ze złożeniem wniosku o odszkodowanie w oparciu o normy art. 552 § 1–4 k.p.k. Należy zatem ustalić, czy brak tego uregulowania oznacza konieczność sięgnięcia, poprzez art. 558 k.p.k., do przepisów k.p.c. w zakresie kosztów procesu (dział I, tytuł V).

Wykładnia gramatyczna art. 558 k.p.k. nie prowadzi w tym zakresie do ustalenia zakresu odesłania. W takim wypadku koniecznym jest sięgnięcie do innych metod wykładni, dostrzegając, że umieszczenie tej normy w tym

⁴ T. Grzegorzczak, Kodeks postępowania karnego. Komentarz 1998, s. 1100; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, 1999, s. 943–944.

⁵ P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 955.

rozdziale nie może być przypadkowe lub bez znaczenia. Wydaje się, że w procesie ustalenia zakresu odesłania konieczne jest sięgnięcie do wykładni systemowej i funkcjonalnej, a więc takiej, która w procesie dekodowania treści i zakresu normy prawnej uwzględnia usytuowanie jej w systemie prawa, oraz funkcje normy w systemie prawa procesowego. Trzeba więc zauważyć, że przepisy k.p.k. zawierają w swej treści instytucje typowe dla procesu cywilnego, tj. powoda cywilnego i powództwa cywilnego (rozdział 7), pełnomocnika procesowego (art. 87–88). Przy obu tych unormowaniach k.p.k. zawiera normę odsyłającą (art. 70 k.p.k. oraz art. 89 k.p.k.) do odpowiedniego stosowania przepisów obowiązujących w postępowaniu cywilnym, a więc w k.p.c. Pomimo jednak odesłania w sytuacjach nieuregulowanych do k.p.c., kodeks postępowania karnego zawiera odrębną regulację dotyczącą kosztów związanych z powództwem cywilnym (art. 642–643), oraz wydatkami należnymi pełnomocnikowi procesowemu (art. 620, 632 pkt 2, 643), a także zawiera w zakresie kosztów procesu normę odsyłającą do przepisów k.p.c. (art. 642). Fakt ten musi prowadzić do konstatacji, że zakresem odesłania w art. 70 k.p.k. i art. 89 k.p.k., nie objęto kwestii kosztów procesu. Absurdalnym bowiem byłoby konstruowanie dwóch norm odsyłających, w których zakres odesłania byłby, chociażby w części, tożsamy. Przyjmując racjonalność prawodawcy, a więc i to, że każda norma procesowa ma swoje znaczenie i spełnia określoną funkcję w systemie prawa, oraz uwzględniając, że zakresem subsydiarnego stosowania, poprzez normy art. 70 k.p.k. i 89 k.p.k., nie objęto kosztów procesu, stwierdzić należy, że subsydiarne stosowanie przepisów k.p.c. w oparciu o art. 70 k.p.k. i 89 k.p.k. nie obejmuje przepisów działu I, tytułu V k.p.c.

Norma prawna zawarta w treści art. 558 k.p.k. ma praktycznie tożsamą treść i tożsamy charakter co przepisy art. 70 k.p.k. i art. 89 k.p.k. Skoro więc dział XIV k.p.k. zawiera pełną i całościową regulację w zakresie kosztów procesu, i w nim zawarta jest norma odsyłająca do subsydiarnego stosowania przepisów k.p.c. w kwestii kosztów (art. 642 k.p.k.), to nie zawiera on prawnej luki, którą można byłoby wypełnić poprzez zastosowanie przepisów k.p.c. o kosztach, również w zakresie postępowania prowadzonego w trybie rozdziału 58 k.p.k.

Oczywiście wypada wskazać w jakim celu przepisy rozdziału dotyczącego odszkodowania za niesłuszne skazanie, tymczasowe aresztowanie i zatrzymanie (rozdz. 58 k.p.k.) zostały uzupełnione, w porównaniu do poprzedniego unormowania (k.p.k. z 1969 r.), o normę odsyłającą do subsydiarnego stosowania przepisów k.p.c. Usytuowanie tej normy w tym rozdziale wydaje się jak najbardziej uzasadnione, skoro rozszczenie o odszkodowanie ma cywilistyczny charakter. Wystarczy chociażby wskazać jako przykład normę art. 232 k.p.c., która w tym postępowaniu winna być zastosowana poprzez art. 558 k.p.k., na zasadzie nieuregulowania tej kwestii w k.p.k. Drugą moż-

liwością subsydiarnego zastosowania przepisów k.p.c. jest sytuacja, w której określona kwestia normowana jest w k.p.k., ale nie da się zastosować, z uwagi na charakter dochodzonego roszczenia, w postępowaniu o odszkodowanie. W tej grupie można wskazać sytuację zawieszenia postępowania (art. 22 § 1 k.p.k.), która zupełnie nie jest dostosowana do specyfiki postępowania o odszkodowanie. W sytuacji, gdy dochodzący roszczenia w trybie rozdz.58 k.p.k. nie stawia się w sądzie i nie żąda rozpoznania sprawy pod jego nieobecność (art. 177 § 1 pkt 5 k.p.c.), jak i wówczas, gdy np. wykazuje beczynność w wykonaniu zarządzenia sędziego lub postanowienia sądu w zakresie wykazania szkody (art. 177 § pkt 6 k.p.c.), którego to, niezmiernie istotnego, elementu postępowania sąd *meriti* nie może uzupełnić bez jego współpracy, podstawą podjęcia określonych decyzji procesowych o zawieszeniu postępowania winny być przepisy k.p.c.⁶. Trudno bowiem zaakceptować możliwość stosowania środków przymusu przewidzianych w k.p.k., a wymuszających stawiennictwo w sądzie (zatrzymanie i doprowadzenie), skoro takich środków nie przewiduje k.p.c. (art. 302 § 1 k.p.c., art. 304 k.p.c.). Już te przykłady wskazują na sens uzupełnienia regulacji tego rozdziału o przepis art. 558 k.p.k.; poprzedni stan prawny w tym zakresie zawierał ewidentną lukę prawną, którą wypełniono na zasadzie analogii⁷.

Tak więc obecne stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w tezie jest trafne, a brak podstawy prawnej w dziale XIV k.p.k. do zwrotu wydatków wyłożonych przez dochodzącego roszczenia, w związku z ustanowieniem pełnomocnika procesowego, uniemożliwia zasądzenie od Skarbu Państwa tej należności, nawet gdy roszczenie zostało uwzględnione.

Na zakończenie trzeba też podkreślić, że zwrot zawarty w treści art. 554 § 2 k.p.k. „postępowanie wolne jest od kosztów” obejmuje swym zakresem wyłącznie koszty sądowe (art. 616 § 1 pkt 1 k.p.k., art. 616 § 2 k.p.k.). Do tego wniosku prowadzi trafna argumentacja zawarta w uzasadnieniu postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1992 r., III KZ 1/92⁸. Ponadto wypada dodać jeszcze jeden argument. Ustawodawca mógł zamieścić stwierdzenie o zwolnieniu postępowania od tych kosztów, które należałyby się Skarbowi Państwa, a więc w zakresie kosztów sądowych, a nie tych, które może wyłożyć strona postępowania; sytuację, w której przewidział możliwość zwrotu innych kosztów, określił wprost w art. 632 pkt 2 *in fine* k.p.k.

⁶ Tak też postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 26 kwietnia 2001 r., II AKz 112/01, KZS 2001, nr 5, poz. 33.

⁷ Por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 20 lutego 1992 r., II A Kz 25/92, Wokanda 1992, nr 9; uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 11 września 1992 r., I KZP27/92, OSNKKW 1992, nr 11–12, poz. 92.

⁸ OSNKKW 1992, nr 7–8, poz. 58.

Recenzje



Anna Hordyńska

Recenzja książki M. Zbrojewskiej, Dobrowolne poddanie się karze w kodeksie postępowania karnego, Wydawnictwo Temida 2, Białystok 2002

Wraz z wejściem w życie nowego kodeksu postępowania karnego¹, powołana została do polskiej procedury karnej zupełnie nowa instytucja – instytucja dobrowolnego poddania się karze. Sformułowanie to oznacza wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzania postępowania dowodowego, na wniosek oskarżonego.

Instytucja ta została szczegółowo opisana przez Monikę Zbrojewską, w monografii zatytułowanej „Dobrowolne poddanie się karze w kodeksie postępowania karnego”, wydanej przez wydawnictwo Temida 2 w Białymstoku, pod koniec roku 2002.

Powyższa pozycja, z uwagi na swą zawartość merytoryczną, stanowi istotny wkład w naukę polskiego postępowania karnego. Nie pozostanie także bez znaczenia dla podmiotów stosujących zasady postępowania karnego w praktyce.

Autorka w początkowej części monografii wskazuje rodowód dobrowolnego poddania się karze, słusznie upatrując źródeł tego rozwiązania w postępowaniu karn-skarbowym², jak i w ustawodawstwach innych państw, a w szczególności USA. Książka zawiera próbę definicji omawianej instytucji, wskazanie, jaką funkcję powinna ona spełniać w wymiarze sprawiedliwości oraz porównanie jej z innymi sposobami konsensualnego rozwiązywania sporów w procesie karnym.

Cenne wydaje się być uwypuklenie cech dobrowolnego poddania się karze, w korelacji z naczelnymi zasadami procesu karnego. Autorka wskazuje, że gwarancyjne zasady procesowe, wskutek stosowania omawianej instytucji, nie doznają uszczerbku. Pogląd ten wydaje się być słuszny, zważywszy na to, że konstrukcja art. 387 k.p.k., redakcja tego przepisu, jego umiejscowienie, zapewniają realizację podstawowych zadań postępowania karnego, przy jednoczesnym poszanowaniu uprawnień stron procesu.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks postępowania karnego, Dz. U. z dnia 4 sierpnia 1997 r., Nr 89, poz. 555.

² Dobrowolne poddanie się odpowiedzialności znane było w czasie obowiązywania ustawy karnej skarbowej (Ustawa z dnia 26 października 1971 r., Dz. U. 1984 r., Nr 22, poz. 103), jak i obecnie obowiązującego kodeksu karnego skarbowego (Ustawa z dnia 10 września 1999 r., Dz. U. Nr 83, poz. 930).

Prezentując wątpliwości środowisk prawniczych, odnośnie stosowania instytucji dobrowolnego poddania się karze w praktyce, autorka wskazuje na fakt, że w zasadzie, złożenie wniosku o dobrowolne poddanie się karze i wydanie wyroku w drodze koncyliacji powinno prowadzić do wydania wyroku łagodniejszego od tego, który zapadłby, gdyby sprawa rozpoznawana była w normalnym trybie. W tym miejscu warto podkreślić, że uwagi te są słuszne. W istocie, oskarżony, składający wniosek o dobrowolne poddanie się karze, powinien mieć możliwość uzyskania swoistej korzyści za inicjatywę szybkiego zakończenia postępowania. W rzeczywistości jednak należy zauważyć, że zasady wymiaru kary w takim przypadku, nie są w żaden sposób określone, a zatem oskarżony nie ma żadnej gwarancji, że jego interes – uzyskanie kary łagodniejszej – zostanie uwzględniony.

W tym miejscu warto zauważyć, że omawiana pozycja ukazała się pod koniec roku 2002 roku, kiedy trwały prace nad nowelizacją kodeksu postępowania karnego³. Nowe przepisy, jakkolwiek wyraźnie określają, że oskarżony może liczyć na łagodniejsze potraktowanie, w sytuacji, jeżeli z wnioskiem o skazanie wystąpi prokurator w trybie art. 335⁴ – co jest w pewnym sensie instytucją pokrewną instytucji dobrowolnego poddania się karze, to jednak w dalszym ciągu nie dają wprost gwarancji uzyskania wyroku łagodniejszego, wydanego na skutek złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się karze przez oskarżonego.

Monografia Moniki Zbrojewskiej zawiera rzetelną analizę prawnoporównawczą. Autorka wskazuje na skodyfikowane, jak też i nie spisane zasady poddania się karze w innych państwach europejskich oraz w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej. Najwięcej miejsca autorka poświęca USA, zapewne z uwagi na duże podobieństwo pomiędzy *plea bargaining* a instytucją dobrowolnego poddania się karze w polskim procesie karnym. Rozdział, w którym wskazano sposoby zakończenia procesu na wniosek oskarżonego w innych państwach, może mieć istotne znaczenie dla ewolucji dobrowolnego poddania się karze w Polsce. Tym bardziej, że niektóre rozwiązania różnią się w sposób istotny od rozwiązań polskich⁵.

Autorka szczegółowo analizuje przesłanki dobrowolnego poddania się karze.

³ Sejm w dniu 10 stycznia 2003 r. uchwalił Ustawę o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Dz. U. z dnia 4 lutego 2003 r., Nr 17, poz. 155, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2003 r.

⁴ Nowela k.p.k. wprowadza nową treść art. 343, który wprost określa zasady ewentualnego wymiaru kary przy uwzględnieniu wniosku prokuratora o skazanie.

⁵ Na przykład wpływ pokrzywdzonego na treść wyroku w *plea bargaining* w USA, możliwość zaskarżenia wyroku uzyskanego w drodze *patteggiamento* we Włoszech, możliwość złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w sprawach o prawie wszystkie czyny (z wyjątkiem wąskiego katalogu spraw) w Bułgarii.

Słusznie zakłada, że w przypadku ponownego (nie pierwszego) przestępcania oskarżonego przed Sądem, nie będzie on miał możliwości złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się karze z uwagi na treść art. 387 § 1 k.p.k. *in principio*. Wydaje się także, że trafna jest ocena przeciwnego poglądu doktryny w tej mierze⁶ i założenie, że w przypadku przekazania sprawy do ponownego rozpoznania, umożliwienie oskarżonemu złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności klóciłoby się z przesłanką okoliczności nie budzących wątpliwości co do popełnienia czynu, wyrażoną w art. 387 § 1 k.p.k. Autorka szczegółowo rozważa sytuację, kiedy zachodzi wielość czynów zarzucanych jednemu oskarżonemu, jak i sytuację, w których w sprawie występuje więcej niż jeden sprawca – w tej mierze, publikacja zawiera praktyczne wskazówki co do sposobu prowadzenia postępowania w takich przypadkach.

Autorka, w swojej publikacji, wypowiada się także w kwestii możliwości cofnięcia przez oskarżonego wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności. Jej tezy, zakładające taką możliwość, należałoby uznać za trafne. Należy przy tym mieć na względzie, że, jak słusznie podkreśla autorka w całej pracy, dobrowolne poddanie się karze ma być swoistym konsensusem, który uwzględnia interesy wszystkich stron procesu i nie można wykluczyć sytuacji, że żądania stron przeciwnych (oskarżyciela i pokrzywdzonego) będą niemożliwe do zaakceptowania przez oskarżonego.

Dyskusyjny wydaje się być pogląd o braku konieczności wydawania merytorycznej decyzji w kwestii przychylenia się do wniosku o dobrowolne poddanie się karze. Wydaje się, że kwestia ta nie ma znaczenia kluczowego dla stosowania instytucji dobrowolnego poddania się karze w praktyce. Niemniej jednak, można byłoby zauważyć, że konsekwencją przychylenia się do wniosku o dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest uznanie za ujawnione dowodów wymienionych w akcie oskarżenia oraz dokumentów złożonych przez stronę. Wydaje się zatem, że Sąd powinien dać w pewien sposób wyraz i zapoznać strony procesu ze swoją decyzją odnośnie dalszego toku postępowania. Należy przy tym mieć na uwadze, że nawet wydanie takiej merytorycznej (w pewnym sensie) decyzji, nie prowadzi do „stanu nieodwracalnego”, albowiem strony mają jeszcze możliwość ostatecznego wypowiedzenia się w głosach, których przewodniczący udziela stronom po zamknięciu przewodu sądowego, do czasu natomiast wydania wyroku, zgodnie z treścią przepisu art. 409 k.p.k., istnieje możliwość wznowienia przewodu sądowego.

Autorka monografii wnikliwie analizuje formalne wymogi, jakim powinien odpowiadać wniosek o dobrowolne poddanie się karze, i to zarówno ten

⁶ J. Grajewski, L. K. Paprzycki, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Sopot 2000, s. 539.

złożony na piśmie, jak i wniosek złożony ustnie do protokołu podczas rozprawy. W tym miejscu warto podkreślić, że w dużej ilości procesów oskarżenia występują bez pomocy obrońcy. Ich wiedza odnośnie zagrożenia poszczególnych przestępstw karą i środkami karnym jest zazwyczaj niewystarczająca dla możliwości właściwego sformułowania wniosku. Należałoby się zatem zastanowić, czy dotychczasowe uregulowania są wystarczające, czy też wymagania, aby zawsze oskarżony określał wymiar proponowanej dla siebie kary, przystają do rzeczywistości i realnych możliwości oskarżonych formułowania wniosków.

Niezwykle cenne wydają się być, przytoczone przez autorkę, dane statystyczne dotyczące stosowania instytucji dobrowolnego poddania się karze w praktyce. Wprawdzie, jak podkreśla autorka, dane te nie mają charakteru reprezentatywnego, dotyczą sądów na terenie jednego miasta wojewódzkiego, niemniej jednak należy zauważyć, że nawet takie dane dają pewien obraz rozmiaru przyjęcia nowych uregulowań w praktyce i ich wpływu na przyspieszenie postępowania, co jest jednym z celów instytucji dobrowolnego poddania się karze.

Wiele uwagi poświęca autorka przesłance w postaci zgody pokrzywdzonego na określonego rodzaju rozwiązanie przy dobrowolnym poddaniu się karze⁷. Słusznie podkreśla, że zgoda pokrzywdzonego, biorąc pod uwagę treść przepisu art. 387 k.p.k., jest warunkiem *sine qua non* zastosowania tej instytucji. Można byłoby przy tym wysnuć tezę, że, skoro jest to warunek konieczny do spełnienia, to taki błąd proceduralny należałoby potraktować jako obrazę przepisów postępowania, która z pewnością miała wpływ na treść orzeczenia⁸.

Słusznie podkreśla się w pracy, że zgoda pokrzywdzonego jest elementem często uniemożliwiającym zastosowanie instytucji dobrowolnego poddania się karze, pomimo złożenia przez oskarżonego odpowiedniego wniosku. Chodzi o sytuacje, kiedy pokrzywdzony nie stawia się na wezwania Sądu lub też o sytuacje, kiedy pokrzywdzonym nie jest osoba fizyczna, a przedstawiciel pokrzywdzonego nie jest bezpośrednio zainteresowany wynikiem procesu. Wydaje się słusznym być nowe rozwiązanie⁹, które zakłada, że domniemywa się wyrażenie zgody, natomiast strony, które zamierzają brać aktywny udział w procesie, mogą zgłosić sprzeciw odnośnie wniosku o dobrowolne poddanie się karze.

⁷ Odnośnie nieważności postępowania tezy zawarte w tym rozdziale tracą swą aktualność, z uwagi na to, że w dniu 10 stycznia 2003 roku uchwalona została ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i innych ustaw, uchylająca przepisy art. 101–104 k.p.k., dotyczące nieważności postępowania.

⁸ Autorka monografii prezentuje pogląd odmienny.

⁹ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i innych ustaw – Dz. U. Nr 17, poz. 155.

Omawiając zagrożenie karą, jako warunek dopuszczalności złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się karze, autorka szczegółowo wymienia te przestępstwa, w których możliwe jest złożenie wniosku o dobrowolne poddanie się karze. Należy zauważyć, że katalog tych przestępstw tylko pozornie jest szeroki. Dotychczasowe uregulowanie, zakładające możliwość złożenia wniosku o dobrowolne poddanie się karze w przypadku czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności, której górna granica nie przekracza 8 lat, nie było wystarczające. Warto zauważyć, że dużą część czynów rozpoznawanych przez sądy rejonowe w pierwszej instancji stanowią przestępstwa kradzieży kwalifikowanej – z art. 280 § 1 k.k. (rozbój) oraz z art. 279 § 1 k.k. (kradzież z włamaniem). Ustawowe zagrożenie karą w przypadku wymienionych przestępstw przekracza 8 lat, co do niedawna¹⁰ uniemożliwiało złożenie w takich przypadkach wniosku o dobrowolne poddanie się karze. Rozszerzenie katalogu przestępstw w myśl nowych przepisów¹¹ znacznie zwiększyło możliwość stosowania instytucji dobrowolnego poddania się karze w praktyce.

Wśród innych przesłanek dobrowolnego poddania się karze, omawianych przez autorkę w recenzowanej pracy, na szczególną uwagę zasługuje problem dowodowych podstaw skazania przy uwzględnieniu wniosku oskarżonego o wydanie wobec niego wyroku skazującego. Znajduje się tam słuszna, uzasadniona wieloma argumentami teza, odnośnie możliwości ujawnienia zeznań świadków, którym służy prawo do odmowy składania zeznań.

W końcowej części pracy znajdują się uwagi *de lege ferenda*¹², z których część została uwzględniona w ustawie zmieniającej kodeks postępowania karnego¹³, jak na przykład rozszerzenie katalogu spraw, w których możliwe jest złożenie wniosku o dobrowolne poddanie się karze, a także zmiana redakcji przepisu dotyczącego zgody pokrzywdzonego na zakończenie procesu w trybie art. 387 k.p.k.

Reasumując należy podkreślić, że monografia opracowana przez Monikę Zbrojewską stanowić będzie istotny wkład w naukę polskiego postępowania karnego. Opracowanie zawiera wiele trafnych uwag dotyczących teorii, jak i stosowania postępowania karnego w praktyce.

¹⁰ Do czasu wejścia w życie ustawy powołanej w przyp. 9, tj. do dnia 1 lipca 2003 r.

¹¹ Patrz przypis 9.

¹² Monografia opracowana została w trakcie prac nad projektem ustawy o zmianie m.in. ustawy – Kodeks postępowania karnego.

¹³ Patrz przypis 9.

Materiały szkoleniowe



Bogdan Sałata

Problemy prawne związane ze ściganiem przestępczości ubezpieczeniowej w praktyce prokuratorskiej

Od kilku już lat interesuję się przestępczością ubezpieczeniową występującą w okręgu działania Prokuratury Apelacyjnej we Wrocławiu i w oparciu o badania aktowe, dane statystyczne i informacje statystyczno-opisowe Prokuratur Okręgowych we Wrocławiu, Legnicy, Jeleniej Górze, Świdnicy i Opolu sporządzam okresowo informacje uogólniające, które wykorzystuję w trakcie narad i szkoleń prokuratorskich oraz spotkań z przedstawicielami Policji i Towarzystw Ubezpieczeniowych.

Na tle powyższych rozważań próbuję udzielić sobie odpowiedzi na pytanie, jak poważnym problemem są przestępstwa ubezpieczeniowe w naszym kraju, a w okręgu apelacji wrocławskiej w szczególności. Odpowiedź na tak postawione pytania nie jest prosta.

Organa ścigania karnego i wymiaru sprawiedliwości nie prowadzą odrębnej statystyki przestępstw ubezpieczeniowych. Statystyka policyjna w biuletynach statystycznych rejestruje oszustwa gospodarcze i kryminalne, różnego rodzaju kradzieże i przywłaszczenia oraz przestępstwa dotyczące obrotu gospodarczego, nie wykazując osobno przestępstw popełnionych na szkodę towarzystw ubezpieczeniowych, zaś zakłady i towarzystwa ubezpieczeniowe prowadzą własne statystyki przestępczości ubezpieczeniowej.

Ponadto zarówno praktyka, jak i nauka nie wypracowały jednolitego stanowiska co do pojęcia przestępstw ubezpieczeniowych i to ma także pewien wpływ na statystyczny obraz tej przestępczości.

Stąd też sporządzane analizy statystyczno-opisowe, poszerzone o badania aktowe, pozwalają realnie ocenić rozmiary ujawnionej przestępczości ubezpieczeniowej.

W publikacji tej w pkt. I omawiam problemy prawne związane ze stosowaniem art. 298 i 286 k.k. w praktyce prokuratorskiej, zaś w pkt. II przestępczość ubezpieczeniową – stwierdzoną w zakończonych w II półroczu 2002 r. postępowaniach przygotowawczych, w okręgu apelacji wrocławskiej oraz skuteczność ścigania sprawców tych przestępstw.

I. Uwagi na tle stosowania art. 298 i 286 k.k.

Umowa ubezpieczenia określona w art. 805 k.c. i nast. nakłada na ubezpieczyciela (zakład ubezpieczeń) i ubezpieczającego (ubezpieczonego) liczne obowiązki. Niewykonanie lub nierzetelne wykonanie obowiązków wynikających ze stosunku ubezpieczenia, obok sankcji cywilnoprawnych, powoduje także sankcje karnoprawne.

Przepisy umożliwiające ingerencję karnoprawną w opisanych wyżej sytuacjach zamieszczone zostały w kodeksie karnym, ustawie o działalności ubezpieczeniowej oraz kodeksie spółek handlowych.

Z uwagi na to, iż najczęstszymi przepisami karnym stosowanymi przez prokuratorów w toku postępowań przygotowawczych o zdarzenia związane z niewykonaniem lub nierzetelnym wykonaniem obowiązków wynikających z umowy ubezpieczenia są przepisy art. 298 § 1 i 286 § 1 k.k., przeto poniżej przedstawiam własne spostrzeżenia na tle stosowania tych przepisów.

Ustawodawca, wprowadzając do kodeksu karnego przepis art. 298 k.k., określający oszustwo ubezpieczeniowe bądź asekuracyjne, nie zrezygnował jednak z kryminalizacji oszustwa „pospolitego” określonego w art. 286 § 1 k.k. Znamiona ustawowe obu typów czynów są różne. Przepięstwo z art. 298 § 1 k.k. różni się od klasycznego oszustwa brakiem znamienia skutku (w postaci niekorzystnego rozporządzenia mieniem) oraz brakiem znamienia korzyści majątkowej jako celu działania sprawcy.

Opisany w art. 298 § 1 k.k. czyn polega na celowym i świadomym wywołaniu zdarzenia o cechach wypadku ubezpieczeniowego, będącego podstawą do wypłaty odszkodowania. Tak więc celem działania sprawcy jest uzyskanie nienależnego odszkodowania. Zdarzenie, które powoduje sprawca tego czynu, ma być podstawą do wypłaty odszkodowania. Takie określenie celu działania sprawcy i przedmiotu czynności wykonawczej powoduje zawężenie kryminalizacji tylko do ubezpieczeń majątkowych. Przy ubezpieczeniach majątkowych bowiem świadczenie zakładu ubezpieczeń polega na zapłacie odszkodowania (art. 805 § 2 pkt 1 k.c. oraz art. 822 k.c.). Natomiast przy ubezpieczeniach osobowych świadczenie zakładu ubezpieczeń polega na zapłacie umówionej sumy pieniężnej, renty lub innego świadczenia (art. 805 § 2 pkt 2 k.c.), określonych jako suma ubezpieczenia (art. 831 i 832 k.c.). Ubezpieczenia osobowe gwarantują niekiedy także świadczenia zapewniające zwrot poniesionych przez ubezpieczonego wydatków albo pokrycie czekających go w przyszłości nakładów, których nie sposób usunąć. Do takich świadczeń należy np.: zwrot kosztów przewiezienia poszkodowanego do szpitala, kosztów leczenia, nabycia protez. Odszkodowawczy charakter tych świadczeń nie może budzić wątpliwości w świetle przepisów k.c. o szkodzie i odszkodowaniu, a zwłaszcza art. 361 § 2 i art. 444 k.c.

O tym, że nie można utożsamiać odszkodowania z tytułu ubezpieczeń majątkowych z sumą ubezpieczenia z tytułu ubezpieczeń osobowych, przesądza treść art. 805 § 2 k.c. i art. 6 ust. 2 ustawy o działalności ubezpieczeniowej, w których oba rodzaje świadczeń zostały wyraźnie oddzielone¹.

Poprzez art. 298 § 1 k.k. kryminalizowane jest zachowanie polegające na spowodowaniu zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania. Chodzi tutaj – rzecz jasna – o spowodowanie zdarzenia, które pozbawione jest cech „losowości”, gdyż nie może być „losowym” wypadek, który został umyślnie spowodowany przez sprawcę. W takich sytuacjach odpada też materialna przesłanka zasadności roszczenia wynikającego z umowy ubezpieczenia. W związku z tym ustalenie treści pojęcia „powoduje zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania” ma podstawowe znaczenia dla odpowiedzialności karnej z art. 298 § 1 k.k.².

Z uzasadnienia rządowego projektu kodeksu karnego z 1997 r. wynika, że istota przestępstwa z art. 298 § 1 k.k. polega na świadomym spowodowaniu np.: podpalenia budynku, wypadku drogowego. Przyjęcie natomiast tego odszkodowania uzasadnia odpowiedzialność na podstawie art. 286 § 1 k.k. w związku z np. art. 294 § 1 k.k.³.

Dla ustalenia pojęcia „spowodowanie zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania” warto zwrócić uwagę na to, że dyspozycja przepisu art. 298 § 1 k.k. nie uzależnia wypłaty nienależnego odszkodowania od spowodowania wypadku – jak czyni to przepis art. 805 k.c. – lecz od spowodowania zdarzenia, będącego podstawą do wypłaty takiego odszkodowania. Z brzmienia art. 805 k.c. wynika, że zakład ubezpieczeń zobowiązany jest zapłacić odszkodowanie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku. Do pojęcia „wypadku” odwołują się też kolejne przepisy k.c. dotyczące umowy ubezpieczenia, jak: 806 § 1 i 2, 816 § 1 i 2, 818, a przede wszystkim art. 826 § 1 k.c., nakazujący ubezpieczonemu użyć wszelkich dostępnych mu środków w celu zmniejszenia szkody w ubezpieczonym mieniu oraz w celu zabezpieczenia bezpośrednio zagrożonego mienia przed szkodą. Co prawda, art. 819 § 2 i 4 k.c. odwołują się do „zdarzenia objętego ubezpieczeniem”, lecz pojęcia tego nie można interpretować inaczej jak wypadku ubezpieczeniowego. W treści art. 298 § 1 k.k. ustawodawca nie zamieścił wyrażenia „wypadek”, lecz „zdarzenie”. Interpretując więc treść art. 298 § 1 k.k. nie można obu ww. pojęć utożsamiać ze sobą. Gdyby bowiem ustawodawca chciał uzależnić wyłudzenie przez sprawcę oszustwa z art. 298 § 1 k.k. nie-

¹ Por. O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 35 oraz P. Kar-
das, (w:) *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 70.

² J. Skorupka, *Uwagi porównawcze na temat cywilnej i karnej ochrony praw majątkowych ubezpieczycieli*, *Prok. i Pr.* 2000, nr 2, s. 50.

³ Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego. *Kodeks Karny, Kodeks postępowania
karnego, Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997, s. 210.

należnego odszkodowania od spowodowania przez niego wypadku, będącego podstawą do wypłaty takiego odszkodowania, to dałby temu wyraz w treści cytowanego przepisu.

W myśl art. 805 § 1 k.c. wypadek, którego zajście jest podstawą wypłacenia odszkodowania, musi być przewidziany w umowie ubezpieczenia. Zatem tylko w razie wypadku, o którym jest mowa w umowie ubezpieczenia, ubezpieczyciel jest zobowiązany do zapłaty odszkodowania. Takiej zależności nie przewiduje art. 298 § 1 k.k. Przepis ten nie stanowi, że sprawca wyłudzenia odszkodowania spowodować ma „zdarzenie przewidziane w umowie ubezpieczenia”, lecz „zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania”. Sprawca oszustwa z art. 298 § 1 k.k. nie przewiduje więc zdarzenia o cechach wypadku ubezpieczeniowego z art. 805 k.c., lecz – co już wielokrotnie podkreślono – „zdarzenie będące podstawą do wypłacenia odszkodowania”. Nie chodzi więc w art. 298 § 1 k.k. tylko o spowodowanie takiego zdarzenia, które zostało przewidziane w umowie ubezpieczenia i – którego zajście rodzi odpowiedzialność odszkodowawczą ubezpieczyciela – ale też każdego innego zdarzenia, które jest podstawą do wypłaty odszkodowania.

Proponowana w prezydenckim (z 20 grudnia 2001 r.) i poselskim (z 3 marca 2002 r.) projekcie noweli kodeksu karnego zmiana treści art. 298 k.k. polega na wzbogaceniu czynności sprawczych o upozorowanie zdarzenia, które jest podstawą odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń. Według projektodawców tzw. oszustwo asekuracyjne nadal stanowić ma *sui generis* przygotowanie do wyłudzenia nienależnego odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia, a treść przepisu nie powinna budzić wątpliwości, że kryminalizuje on oszukańcze stworzenie zasadniczej przesłanki faktycznej odpowiedzialności zakładu ubezpieczeń.

Wydaje się, że przy określeniu ustawowych znamion oszustwa ubezpieczeniowego można skorzystać z doświadczeń zebranych w krajach Europy Zachodniej i podjąć próbę szerszego określenia ustawowych znamion przestępstwa, nawiązując do propozycji zgłaszanej przez Europejski Komitet Ubezpieczeń (CEA) jako żądanie bezpodstawnego odszkodowania, albo otrzymania takiego odszkodowania drogą oszustwa. Treść przepisu zbliżona byłaby do treści art. 297 § 1 k.k. i mogłaby mieć następujące brzmienie: „Kto w celu uzyskania dla siebie lub innej osoby odszkodowania z tytułu ubezpieczenia przedkłada fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty albo nierzetelne pisemne oświadczenia dotyczące okoliczności mających istotne znaczenia dla uzyskania takiego odszkodowania”⁴, względnie o te znamiona jako np. § 2 art. 298 k.k. poszerzyć odpowiedzialność karną z tego przepisu.

⁴ Por. G. Wiciński, Oszustwo ubezpieczeniowe, Prok. i Pr. 1997, nr 7–8, s. 43 oraz J. Skorupka, *op. cit.*, s. 55.

Przepis o takiej treści ujmowałby szerzej oszukańcze działania na szkodę instytucji ubezpieczeniowych, a jednocześnie przesunąłby moment dokonania czynu przestępnego na czas wnioskowania o odszkodowanie. Potrzeba zmiany tego przepisu wyłania się także na tle oceny skuteczności prowadzonych spraw karnych o czyny z art. 298 k.k., a opisanych w pkt. II niniejszego opracowania.

Wydaje się, że przepis art. 298 § 1 k.k. nie trafił w cel, jaki mu wyznaczył ustawodawca i jego rola w ochronie dobra, jakie ma chronić, jest niewielka. Natomiast propozycja zmiany i zbliżenia do art. 297 § 1 k.k. pozwoli na zdecydowanie łatwiejsze udowodnienie sprawcy popełnienia przestępstwa oszustwa ubezpieczeniowego.

Dodać należy, że uzyskanie przez sprawcę odszkodowania (w wyniku spowodowania zdarzenia będącego podstawą do jego wypłaty) powoduje jednak konieczność zakwalifikowania takiego zachowania również z przepisu art. 286 § 1 k.k.

Nie może budzić wątpliwości, że wypłacone sprawcy w takich sytuacjach odszkodowanie jest nienależne, co sprawia, że rozporządzenie mieniem przez zakład ubezpieczeń było dla niego niekorzystne. Działania sprawcy polegające na spowodowaniu zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania i na tej podstawie żądania wypłacenia odszkodowania nie można traktować inaczej jak wprowadzenia zakładu ubezpieczeń w błąd. Będziemy mieć wówczas do czynienia z kumulatywnym zbiegiem przepisów art. 298 § 1 k.k. i 286 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

W taki właśnie sposób, na ogół, kwalifikowali prokuratorzy tego rodzaju przestępstwa.

II. Przestępczość ubezpieczeniowa i jej rodzaje stwierdzona w II półroczu 2002 r. na podstawie zakończonych postępowań przygotowawczych oraz skuteczność ścigania sprawców tych przestępstw

W oparciu o sprawozdania statystyczno-opisowe i badania aktowe stwierdzono, iż w II półroczu 2002 r. Prokuratury Rejonowe oraz Prokuratury Okręgowe Apelacji Wrocławskiej zakończyły 123 postępowania przygotowawcze prowadzone w formie śledztw i dochodzeń o przestępstwa popełnione na szkodę firm ubezpieczeniowych i w ich wyniku ujawniono 134 przestępstwa.

W liczbie tej skierowano 56 aktów oskarżenia wobec 121 osób oraz umorzono postępowania karne w 67 sprawach.

Podstawą umorzenia tych spraw najczęściej było niewykrycie sprawców przestępstwa (35 spraw), lub brak dowodów na popełnienie przestępstwa,

względnie nieudowodnienie osobom podejrzanym popełnienia zarzucanych im w toku postępowania przestępstw.

W okresie objętym niniejszą informacją nie odnotowano przypadków odmów wszczęcia postępowania, co świadczy dobrze o właściwym dokumentowaniu doniesień o przestępstwie przez towarzystwa ubezpieczeniowe.

Aktywność firm ubezpieczeniowych sprowadzała się generalnie do składania zawiadomień o przestępstwie, przekazywania pełnej dokumentacji źródłowej, w tym materiałów postępowania szkodowego, prowadzonego z udziałem detektywów, sporadycznego przeglądania akt postępowań przygotowawczych i sporządzania odpisów przez pełnomocników tych firm oraz składanie środków zaskarżenia.

W niewielkim stopniu pełnomocnicy tych firm uczestniczyli w czynnościach procesowych, bądź składali wnioski dowodowe.

W 10 sprawach instytucje ubezpieczeniowe złożyły zażalenia na postanowienia prokuratorskie o umorzeniu postępowania i 4 z nich zostały uwzględnione, w 1 sprawie podjęto umorzone postępowanie oraz w 1 sprawie wznowiono postępowanie w trybie art. 327 § 2 k.p.k. i w obu tych sprawach po ich uzupełnieniu skierowano akty oskarżenia do właściwych sądów.

Towarzystwa ubezpieczeniowe nie korzystały z uprawnień oskarżyciela posiłkowego, ani powoda cywilnego.

Nieznacznie zmniejszyła się liczba stwierdzonych przestępstw ubezpieczeniowych w II półroczu 2002 r. w porównaniu z analogicznym okresem roku 2001.

Stwierdzone przestępstwa polegały głównie na:

- celowym niszczeniu lub uszkodzeniu samochodu, a więc spowodowaniu zdarzenia będącego podstawą do uzyskania wypłaty odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczeniowej,
- składaniu przez właścicieli pojazdów i osoby działające z nimi w porozumieniu nieprawdziwych oświadczeń co do zaistnienia rzekomych wypadków komunikacyjnych lub przebiegu tych wypadków i kolizji drogowych w sytuacji, gdy pojazdy te zostały uszkodzone w okolicznościach nieuzasadniających wypłaty odszkodowania,
- składaniu przez właścicieli pojazdów nieprawdziwych oświadczeń co do okoliczności utraty samochodu, np. co do rzekomej jego kradzieży, podczas gdy samochody te zostały wywiezione za granicę, przedstawianie nieprawdziwych danych (w tym sfałszowanych rachunków) co do wartości samochodu, wskutek czego wyłudzone odszkodowanie przekracza faktyczną wartość samochodu,
- zgłaszaniu tej samej szkody do innych firm ubezpieczeniowych,
- udzielaniu pomocy do fałszowania dokumentów,
- zawieraniu przez agentów ubezpieczeniowych fikcyjnych umów ubezpieczeniowych,

- kradzieży i przywłaszczeniu pieniędzy na szkodę firm ubezpieczeniowych.

W II półroczu 2002 r. skierowano akty oskarżenia do Sądu o następujące przestępstwa:

- z art. 298 k.k. oraz w zbiegu kumulatywnym z art. 286 § 1 k.k. – w 13 sprawach karnych,
- z art. 286 § 1 k.k. (wartość szkody powyżej 5000 zł) w tym także w zbiegu z art. 294 k.k. – w 24 sprawach,
- z art. 270–273 i 276 k.k. – w 12 sprawach,
- z art. 278, 284 k.k. – w 4 sprawach,
- inne czyny – w 3 sprawach.

Nie kierowano natomiast w II półroczu 2002 r. aktów oskarżenia o czyny:

- z art. 585–595 kodeksu spółek handlowych dotyczące nadużycia udzielonych uprawnień lub niedopełnienia obowiązków, względnie działania na szkodę spółki przez pracowników instytucji ubezpieczeniowych,
- z art. 90e–90k ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej.

W żadnym z zakończonych postępowań karnych nie stosowano klauzuli niekaralności w trybie art. 295 § 1 i 298 § 2 k.k.

Celem przybliżenia mechanizmów popełnionych przestępstw na szkodę towarzystw ubezpieczeniowych poniżej podaję przykłady najpoważniejszych spraw karnych z okręgu apelacji wrocławskiej zakończonych aktami oskarżenia lub pozostających w biegu z podaniem opisu czynów i przyjętej kwalifikacji prawnej.

1) Prokuratura Okręgowa we Wrocławiu w miesiącu grudniu 2002 r. zakończyła śledztwo przeciwko M. S. o czyny z art. 286 § 1, 298 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 2 i art. 91 § 1 k.k., zarzucając mu, że w okresie od 4 stycznia 1999 r. do 12 lipca 2001 r. we Wrocławiu, działając w warunkach przestępstwa ciągłego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i uzyskania odszkodowania w tytułu umowy ubezpieczenia, wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami odpowiadającymi w odrębnych postępowaniach (wobec kilkunastu osób wyłączono materiały śledztwa o przestępstwa z art. 298 § 1 k.k.), zorganizował lub wziął bezpośredni udział w 36 fikcyjnych kolizjach drogowych z udziałem samochodów różnych marek i wyłudził odszkodowania komunikacyjne w łącznej kwocie 230 510,30 zł na szkodę PZU S.A. Oddział Okręgowy we Wrocławiu i Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji „Warta” S.A. we Wrocławiu.

2) Prokuratura Okręgowa we Wrocławiu w Wydziale VI ds. Przestępczości Zorganizowanej w latach 2001–2002 r. zakończyła dwa postępowania

nia przygotowawcze: VI Ds. 14/00 przeciwko 10 oskarżonym i VI Ds. 11/98 przeciwko 33 oskarżonym (łącznie kwota wyłudzeń ponad 657 000 zł).

W obu sprawach sprawcy objęci postępowaniami, działając w różnych konfiguracjach osobowych, w sposób zaplanowany, zorganizowany powodowali kolizje drogowe samochodami zarejestrowanymi na ich nazwiska lub na nazwiska członków najbliższej rodziny, a następnie zgłaszali te kolizje w firmach ubezpieczeniowych w celu uzyskania nienależnych odszkodowań.

W poszczególnych kolizjach wykorzystywane były zwykle co najmniej trzy samochody. Dwa z tych samochodów najczęściej były samochodami dobrych marek typu Volkswagen, Opel, BMW, natomiast samochód deklarowanego sprawcy kolizji był samochodem produkcji krajowej, np. Fiat, Polonez. Sprawcy kolizji przed jej spowodowaniem wybierali miejsce kolizji zarówno we Wrocławiu, jak i poza obrębem miasta, planowali przebieg kolizji, w tym również, kto będzie występował jako sprawca kolizji, a następnie realizowali ją według wcześniej ustalonych ról. Kolizje te polegały na wzajemnym zderzeniu samochodów jadących z prędkością pozwalającą na dokonanie uszkodzeń pojazdów. W bardzo wielu przypadkach dla uwiarygodnienia przypadkowości kolizji na miejsce zdarzenia wzywana była policja drogowa. W tej sytuacji policjant odbierał oświadczenia od uczestników kolizji co do jej przebiegu i osoby jej sprawcy, a następnie sporządzał notatkę z miejsca zdarzenia. Notatka ta następnie wraz ze zgłoszeniem szkód komunikacyjnych uczestników kolizji trafiała do akt szkodowych pokrzywdzonych firm ubezpieczeniowych. Sprawcy kolizji również w toku procedury ustalającej wysokość zaistniałych szkód składali nieprawdziwe oświadczenia co do przebiegu kolizji. Wynikiem tego były wypłaty nienależnych odszkodowań przez firmy ubezpieczeniowe.

Inny sposób działania w obu wymienionych wyżej postępowaniach polegał na tym, iż nie dochodziło fizycznie do kolizji, a sprawcy wykorzystywali uprzednio uszkodzone samochody zgłaszając w firmach ubezpieczeniowych fakt zaistnienia kolizji drogowej, wskazując jej miejsce, czas i przebieg, następnie przedstawiali do oględzin te samochody rzeczoznawcom pokrzywdzonych firm. W ten sposób, wprowadzając w błąd instytucje ubezpieczeniowe, uzyskiwali nienależne odszkodowania.

Z uwagi na to, iż, jak wyżej wskazano, podejrzani działali w zмовie i zgodnie przedstawiali w swych oświadczeniach przebieg kolizji, firmy ubezpieczeniowe nie miały podstaw do kwestionowania faktu zaistnienia kolizji. Nie bez znaczenia dla oceny wiarygodności tych oświadczeń były w wielu przypadkach notatki policyjne z miejsca zdarzenia. Przy tego rodzaju zмовie również funkcjonariusze policji nie byli w stanie zakwestionować przypadkowości kolizji. Samochody wykorzystywane do tych kolizji były uprzednio nabywane przez sprawców w celu realizacji stłuczek i fakt ich uszkodzeń – co wiązało się z utratą ich wartości – nie miało znaczenia dla ich właścicieli

(sprawców kolizji). W prowadzonych postępowaniach ustalono, iż poszczególne samochody były wielokrotnie wykorzystywane do powodowania kolizji przez te same osoby lub, po fikcyjnej sprzedaży konkretnego auta, w kolizji uczestniczył nowy jego właściciel wspólnie z innymi osobami trudniącymi się tym procederem. Ustalono również przypadki, że na miejscu wcześniej zaplanowanej kolizji byli jej świadkowie pochodzący z grupy osób wyludżających odszkodowania i świadkowie ci wprowadzali w błąd zarówno funkcjonariuszy policji przyjeżdżających na miejsce zdarzenia, jak również składali nieprawdziwe oświadczenia o przebiegu kolizji w toku procedury odszkodowawczej.

Obecnie w Wydziale VI ds. Przystępczości Zorganizowanej Prokuratury Okręgowej we Wrocławiu prowadzone jest postępowanie VI Ds. 84/00 dotyczące wyludżenia odszkodowań komunikacyjnych. Mechanizm działalności przestępczej jest identyczny jak w wyżej wymienionych sprawach. Sprawcy również działają w porozumieniu, w sposób zaplanowany i zorganizowany. Przedmiotowym postępowaniem objętych jest 20 podejrzanych, a dotychczas ustalona kwota wypłaconych nienależnych odszkodowań wynosi około 100 000 zł.

Reasumując, na przykładzie wyżej opisanych postępowania można stwierdzić, iż wyludżanie odszkodowań komunikacyjnych jest zjawiskiem o szerokiej skali. Zmowa uczestników kolizji w znacznym stopniu utrudnia demaskowanie tego zjawiska przez firmy ubezpieczeniowe. Natomiast w prowadzonych postępowaniach karnych w przypadku braku przyznania się podejrzanych do zarzucanych im przestępstw z art. 298 k.k. w znacznym stopniu utrudnione jest udowodnienie popełnienia przestępstwa. Powoływani w sprawach biegli rzeczoznawcy nie zawsze są w stanie wydać opinię, czy zgłoszona kolizja nosi cechy przypadkowości, a zaistniałe uszkodzenia samochodów są adekwatne do opisywanego przebiegu kolizji przez jej uczestników. Trudność opiniowania wynika z tego, iż biegli w toku postępowania przygotowawczego mogą się oprzeć jedynie na dokumentacji fotograficznej zawartej w aktach szkody. W toku postępowania karnych stwierdzono przypadki, iż biegli rzeczoznawcy powołani przez firmy ubezpieczeniowe w toku procedury odszkodowawczej wydawali opinię o rzeczywistym zaistnieniu kolizji i rodzaju powstałych uszkodzeń samochodów, opierając się na oględzinach tych samochodów i relacjach o przebiegu kolizji jej uczestników. Było to podstawą wypłaty odszkodowań. Dopiero w postępowaniu karnym wyjaśnienia niektórych współsprawców kolizji pozwalały na stwierdzenie, iż kolizje te były zaplanowane i zrealizowane jedynie w celu wyludżenia odszkodowania.

We wszystkich opisanych postępowaniach karnych zarówno prokurator prowadzący, jak i funkcjonariusze policji ściśle współpracowali z przedstawicielami pokrzywdzonych firm ubezpieczeniowych, informując na bieżąco te

firmy o ustaleniach prowadzonych śledztw. Do instytucji ubezpieczeniowych przekazywane były dane personalne osób podejrzanych i na tej podstawie pracownicy tych instytucji ustalali zgłaszane szkody przez te osoby w latach poprzednich w celu ich analizy pod kątem zaistnienia przestępstwa z art. 298 k.k. Ta ścisła współpraca pozwoliła na ustalenie wielu innych zgłoszonych szkód komunikacyjnych, o których podejrzani nie wyjaśniali, ograniczając się jedynie do wyjaśnień w zakresie przedstawionych zarzutów. Umożliwiało to sukcesywne rozszerzenie zarzutów poszczególnym podejrzany, a także ustalenie kolejnych osób biorących udział w tej działalności przestępczej.

W innym toczącym się śledztwie VI Ds. 21/02 tejże Prokuratury Okręgowej ustalono, iż podejrzany A. N. dokonał w porozumieniu z innymi osobami szeregu wyłudzeń (16) na szkodę towarzystw ubezpieczeniowych w wyniku szkód komunikacyjnych na własną polisę ubezpieczeniową, lub też wykorzystując pojazdy innych osób.

Mechanizm popełnionych przestępstw był podobny, jak w wyżej podanych przypadkach, przy czym wyłudzenie nienależnych odszkodowań było możliwe dzięki pomocy ze strony pracowników firm ubezpieczeniowych, którzy podczas powypadkowych oględzin samochodów uczestniczących w kolizjach drogowych wykazywali uszkodzenia, które faktycznie nie zaistniały, zaś za okazywaną pomoc otrzymywali pieniądze, przy czym wysokość korzyści majątkowych, uzależniona była od kwoty, o jaką zawyżano wysokość szkody.

Dotychczasowe ustalenia śledztwa wskazują na to, że podejrzany A. N. wręczał także korzyści majątkowe lekarzom orzecznikom w zamian za wydanie korzystnych opinii o stopniu uszkodzeń ciała osób poszkodowanych.

3) Śledztwo w toku V Ds. 14/02 Prokuratury Okręgowej w Świdnicy wszczęte w dniu 20 sierpnia 2002 r. w następstwie doniesienia PZU S.A. w Warszawie Biuro Nadzoru Wydział do Spraw Operacyjnego Badania Szkód we Wrocławiu w sprawie wyłudzenia kwoty 699 469,06 zł na szkodę PZU S.A., Inspektorat w Wałbrzychu, poprzez wypłatę nienależnych odszkodowań z tytułu kradzieży pojazdów mechanicznych objętych ubezpieczeniem auto-casco, pomimo iż zdarzenia, które miały uzasadniać obowiązek ujawnienia szkody przez ubezpieczyciela, w rzeczywistości nie miały miejsca, tj. o przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.

Śledztwo ze względu na wieloosobowy i wielowątkowy charakter i pomoc międzynarodową nie zdołano zakończyć w 2002 r.

Zakresem śledztwa objęto kilkanaście przypadków występowania przez użytkowników pojazdów leasingowych różnych marek do PZU S.A. z roszczeniem o wypłatę odszkodowań z polisy auto-casco z tytułu kradzieży tych samochodów. Dokonane w toku dotychczasowego śledztwa ustalenia wska-

zują, iż rzekomo utracone na skutek przestępstwa pojazdy przed zawiadomieniem organów ścigania o ich kradzieży były wywożone za granicę, a przede wszystkim na teren Litwy i Białorusi.

Oszustwa dokonane zostały na szkodę Europejskiego Funduszu Leasingowego we Wrocławiu i Centrum Leasingu i Finansów w Warszawie.

Czynności w ramach pomocy prawnej dokonywane są między innymi w Hiszpanii, Czechach i Słowacji.

4) Śledztwo w toku V Ds. 20/00 Prokuratury Okręgowej w Świdnicy o przestępstwa z art. 228 § 3, 271 § 1 i § 3 oraz art. 286 k.k. Z dotychczasowych ustaleń wynika, że na terenie W. działała zorganizowana grupa przestępcza zajmująca się „załatwianiem” nienależnych świadczeń rentowych, zwolnień lekarskich oraz odroczeń od odbycia zasadniczej służby wojskowej, w zamian za nienależne korzyści majątkowe. W jej skład wchodziłi pośrednicy, urzędnicy państwowi wydający decyzje administracyjne o przyznaniu świadczeń z tytułu rent zdrowotnych, osoby funkcyjne w ZUS-ach, oficerowie Wojska Polskiego, lekarze. Lekarze przyjmujący korzyści majątkowe w zamian za wydawane i poświadczające nieprawdę zaświadczenia lekarskie o stanie zdrowia pacjentów i przebiegu leczenia, wiedząc o tym, że będą one użyte w toku postępowania administracyjnego, związanego z przyznaniem świadczeń rentowych, bądź też orzeczeń o niezdolności do służby wojskowej, zakładali nawet fikcyjne kartoteki pacjentów, w których potwierdzali rzekome okresy ich leczenia.

W sprawie tej śledztwo toczy się od 2 lat i dotychczas przedstawiono zarzuty popełnienia przestępstw korupcyjnych, fałszowania dokumentów, wyłudzeń odszkodowań i rent (z tytułu ubezpieczeń zdrowotnych) ponad 200 osobom i w zależności od dalszych ustaleń, przewiduje się postawienie w stan oskarżenia kolejnych kilkudziesięciu osób.

Dotychczas w sprawie tej skierowano dwa akty oskarżenia, którymi objęto 115 osób.

5) Śledztwo w toku V Ds. 27/01 Prokuratury Okręgowej w Opolu, w którym zarzuty popełnienia przestępstw wyłudzenia przedstawiono dotychczas 36 osobom.

Z dotychczasowych ustaleń wynika, że w Inspektoracie PZU S.A. w K. doszło do wypłaty nienależnych odszkodowań komunikacyjnych, które były następstwem nieprawidłowości w zakresie likwidacji szkód ujawnionych w trakcie kontroli przeprowadzonej w tym Inspektoracie przez Wydział Nadzoru Oddziału Okręgowego PZU S.A. w W.

Równolegle toczy się inne śledztwo w sprawie nadużycia uprawnień oraz niedopełnienia obowiązków przez pracowników Inspektoratu.

Zakwestionowane w toku kontroli materiały likwidowanych szkód komunikacyjnych poddano badaniom biegłych z zakresu ruchu drogowego i techniki samochodowej. Ekspertyzy wykazały, że uszkodzenia pojazdów nie mogły powstać w okolicznościach podanych przez zgłaszających szkody. Równocześnie ustalono, że odszkodowania z tyt. zgłoszonych szkód komunikacyjnych wypłacane były powtarzającym się osobom występującym w różnych konfiguracjach jako sprawcy kolizji bądź poszkodowani. Dalsze ustalenia śledztwa wykazały, iż uczestnicy tych zdarzeń współdziałali nadto z właścicielem Auto-Komisu w W. i K.

W uzgodnieniu z nim, sporządzali nieautentyczne umowy kupna-sprzedaży pojazdów, na samochody nie znajdujące nabywców w komisie. Na podstawie fałszywych umów rejestrowali samochody na siebie bądź osoby podstawione następnie ubezpieczali je w Inspektoracie PZU S.A. w K.

Ubezpieczane samochody celowo uszkadzano w różnych okolicznościach, w tym w upozorowanych zdarzeniach przez osoby, które w zamian za wyświadczenie usługi przyjmowały korzyści majątkowe.

Celem uwiarygodnienia okoliczności zdarzeń wzywano patrole policyjne. Szkody komunikacyjne likwidowane były z naruszeniem obowiązujących w tym zakresie przepisów w Inspektoracie PZU.

Zarzuty przedstawiono z art. 298 § 1 i 286 § 1 i 11 § 2, art. 270 § 1, 271, 272 k.k. – 36 osobom. Wstępna kwota wyłudzenia wynosi 282 500 zł i nie jest ostateczna.

6) Śledztwo w toku VI Ds. 15/02 Prokuratury Okręgowej w Opolu, w którym stwierdzono, że prowadzący firmę P. R. zawarł z VolksBank – Leasing Polska S.A. umowę leasingu samochodu osobowego marki „Toyota” wartości 170 000 zł. Warunkiem realizacji umowy i wydania przez dostawcę przedmiotu leasingu wskazanego powyżej samochodu było umieszczenie czynszu inicjalnego w kwocie 40 000 zł. Podejrzany, który nie dysponował taką kwotą, wszedł w porozumienie z kierownikiem sprzedaży salonu, który z poświadczeniem nieprawdy przesłał do siedziby leasingodawcy oświadczenie, iż podejrzany czynsz taki uiścił. Chcąc doprowadzić do sprzedaży pojazdu, sporządził faktury sprzedaży, która zawierała zawyżoną cenę samochodu. Ponadto wydał on przedmiot leasingu innej osobie, która nie była upoważniona przez leasingobiorcę do odbioru przedmiotu leasingu. Pojazd następnie został wywieziony na teren Białorusi, a leasingobiorca zgłosił fikcyjną kradzież. W tym wypadku działał on zarówno na szkodę leasingodawcy, jak i firmy ubezpieczeniowej.

Zarzuty popełnienia przestępstwa przedstawiono osobom organizującym oszustwo, leasingobiorcy, pracownikom firmy leasingowej oraz dostawcy przedmiotu leasingu, jak również paserowi (łącznie 7 osobom) z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.

Charakterystyczne w tej sprawie było to, że firma ubezpieczeniowa polegała jedynie na dokumentacji leasingodawcy – właściciel pojazdu – i nie próbowała czynić własnych ustaleń, a ta zaś, mając zagwarantowane odszkodowanie, nie wnikała w istotę sprawy.

7) W śledztwie w toku II Ds. 3/01 Prokuratury Apelacyjnej we Wrocławiu o przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. jeden z wątków dotyczy udzielenia prezesowi zarządu spółki z o.o. przez specjalistę ds. ubezpieczeń przemysłowych jednego z Towarzystw Ubezpieczeniowych pomocy w wyłudzeniu kredytu w kwocie 600 000 zł na szkodę Banku Przemysłowo-Handlowego przez to, że poświadczył nieprawdę w dokumencie potwierdzającym przyjęcie przez firmę ubezpieczeniową umowy cesji praw z polisy ubezpieczeniowej zawartej między wspomnianym bankiem a kredytobiorcą, stanowiącej podstawę wypłacenia powyższej kwoty w ramach zabezpieczenia kredytu, a nadto zobowiązał się w imieniu towarzystwa ubezpieczeniowego do ewentualnego odszkodowania na rachunek w tymże Banku, podczas gdy faktycznie polisa ta nie obowiązywała, zaś jej przedmiot w postaci maszyn, urządzeń i towarów handlowych wartości 3 934 908,43 zł nie istniał, tj. o przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k. i 271 § 1 i § 3 k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k.

Podane przykłady spraw wskazują na to, jak różnorodna jest przestępczość ubezpieczeniowa i jaka jest skala tego zjawiska oraz w jaki sposób sprawcy tych przestępstw z różnych zresztą środowisk, doskonaląc swoją przestępczą działalność, stosują różne metody i sposoby działania.

Na tym tle także organa ścigania oraz służby kontrolne towarzystw ubezpieczeniowych muszą skuteczniej ujawniać i zwalczać przestępczość ubezpieczeniową, przełamując nieraz mentalność i stereotypy myślowe różnych grup i środowisk, na tego typu zjawiska przestępcze.

III. Uwagi i wnioski końcowe

Wydaje się, iż nadal – pomimo podejmowania wielu działań – wysoka jest ciemna liczba przestępstw ubezpieczeniowych, która nigdy nie ujrzy światła dziennego, z uwagi na trudny proces ich wykrywalności i powiązania grup przestępczych oraz grup nieformalnych zainteresowanych ukrywaniem tych zdarzeń przestępczych.

Na tle przedstawionych przeze mnie spraw karnych nadal istnieje potrzeba podejmowania zorganizowanych działań, wymienionych przeze mnie wyżej organów i instytucji zmierzających do ograniczenia przestępczości ubezpieczeniowej m.in. poprzez:

- zapewnienie precyzyjnej ochrony cywilnej i karnoprawnej zdarzeń związanych z realizacją umów ubezpieczeniowych, także w drodze nowelizacji przepisów prawnych np. art. 298 § 1 k.k.,
- skuteczniejszy nadzór i kontrolę ze strony wyspecjalizowanych komórek kontrolnych i prawnych towarzystw ubezpieczeniowych oraz właściwy dobór kadr służb związanych z zawieraniem umów ubezpieczeniowych i przejrzyste określanie oraz stosowanie procedur związanych z likwidacją szkód powypadkowych,
- kontynuowanie współpracy organów ścigania z towarzystwami ubezpieczeniowymi w ujawnianiu i zwalczaniu przestępczości, przepływ informacji o nowych zjawiskach i mechanizmach popełnianych przestępstw ubezpieczeniowych, udział wzajemny w szkoleniach zawodowych tych instytucji celem zapewnienia profesjonalnej znajomości skomplikowanych zagadnień prawnych ze strony funkcjonariuszy tych instytucji i szersze korzystanie z przysługujących uprawnień procesowych przez przedstawicieli towarzystw ubezpieczeniowych w prowadzonych przez organa ścigania postępowaniach karnych.

Odpowiedzi na pytania prawne



Ryszard A. Stefański

Podmioty uprawnione do złożenia wniosku o orzeczenie środka karnego w postaci obo- wiązku naprawienia szkody

W razie skazania za przestępstwo spowodowania śmierci, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia, przestępstwo przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji lub przestępstwo przeciwko środowisku, mieniu lub obrotowi gospodarczemu, sąd – zgodnie z art. 46 § 1 k.k. – na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej, orzeka obowiązek naprawienia wyrządzonej szkody w całości albo w części.

Z przepisu tego *explicite* wynika, że warunkiem orzeczenia tego środka jest złożenie wniosku przez pokrzywdzonego lub inną osobę uprawnioną. Słusznie Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że „Stosownie do wymagań przepisu art. 46 § 1 k.k., jedną z przesłanek warunkujących możliwość orzeczenia środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody jest złożenie stosownego wniosku w tym zakresie, do czego umocowanie ustawowe ma pokrzywdzony lub <<inna osoba uprawniona>>. Brak takiego wniosku pochodzącego od podmiotów wskazanych w ww. przepisie uniemożliwia orzeczenie obowiązku naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, z wyjątkiem sytuacji przewidzianej w art. 52 k.p.k.”¹.

Nie budzi większych wątpliwości – ze względu na określenie w k.p.k. – pojęcie pokrzywdzonego. Jest nim jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo (art. 49 § 1 k.p.k.). Ponadto pokrzywdzonym może być także instytucja państwowa, samorządowa lub społeczna, choćby nie miała osobowości prawnej (art. 49 § 2 k.p.k.). Za pokrzywdzonego uważa się zakład ubezpieczeń w zakresie, w jakim pokrył szkodę wyrządzoną pokrzywdzonemu przez przestępstwo lub jest zobowiązany do jej pokrycia (art. 49 § 3 k.p.k.). W sprawach o przestępstwa, którymi wyrządzono szkodę w mieniu instytucji państwowej, samorządowej lub społecznej, jeżeli nie działa organ pokrzywdzonej instytucji, prawa pokrzywdzonego mogą wykonywać organy kontroli państwowej, które w zakresie swojego działania ujawniły przestępstwo lub wystąpiły o wszczęcie postępowania (art. 49 § 4 k.p.k.).

¹ Wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2002 r. – V KK 60/02, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11, poz. 4.

Trzeba pamiętać, że za pokrzywdzonego, który nie jest osobą fizyczną, czynności procesowych dokonuje organ uprawniony do działania w jego imieniu (art. 51 § 1 k.p.k.), a jeżeli pokrzywdzonym jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo, prawa jego wykonuje przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczęć pokrzywdzony pozostaje (art. 51 § 2 k.p.k.). W wypadku, gdy pokrzywdzonym jest osoba nieporadna, w szczególności ze względu na wiek lub stan zdrowia, jego prawa może wykonywać osoba, pod której pieczęć pokrzywdzony pozostaje (art. 51 § 3 k.p.k.).

Określenie organu uprawnionego do występowania w imieniu pokrzywdzonego podmiotu zbiorowego, będącego osobą prawną lub instytucją nie mającą osobowości prawnej, może wynikać z przepisów prawa albo statutu danej jednostki.

Samodzielnie jako pokrzywdzony w procesie karnym może działać tylko osoba pełnoletnia, mająca pełną zdolność do czynności prawnych. Stąd też pokrzywdzony będący małoletnim albo ubezwłasnowolnionym musi być reprezentowany przez przedstawiciela ustawowego, tzn. tego, kogo umocowanie opiera się na ustawie (art. 96 k.c.) albo opiekuna faktycznego, tj. przez osobę, pod której stałą pieczęć pozostaje². Samodzielnie może jednak działać osoba, która nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem lub której potrzebna jest pomoc do prowadzenia jej spraw ze względu na chorobę psychiczną, niedorozwój umysłowy albo innego zakłócenia czynności psychicznych, o ile nie została ubezwłasnowolniona całkowicie lub częściowo (art. 13 § 1 i art. 16 § 1 k.c.). W art. 51 § 2 k.p.k. wyraźnie ograniczono możliwość wykonywania prawa pokrzywdzonego przez inne osoby wyłącznie do osób ubezwłasnowolnionych całkowicie lub częściowo; istotna jest decyzja o ubezwłasnowolnieniu. Słusznie zatem Sąd Najwyższy przyjął, że „Osoba upośledzona umysłowo w postaci debilizmu, jeżeli nie została ubezwłasnowolniona, może złożyć skuteczny wniosek o ściganie sprawców zgwałcenia”³. Nietrafny więc był pogląd, że kurator, upoważniony przez sąd opiekuńczy na mocy art. 183 § 2 k.r. i o. do działania za osobę ułomną, np. dotkniętą kalectwem, niedołążną ze względu na wiek, jest uprawniony do działania w jej imieniu także w procesie karnym, a w szczególności jest

² Uchwała SN z dnia 4 marca 1968 r., VI KZP 30/67, OSNKW 1968, nr 5, poz. 52; uchwała SN z dnia 17 grudnia 1970 r., VI KZP 43/68, OSNKW 1971, nr 7–8, poz. 101; wyrok SN z dnia 10 maja 1972 r., VI KR 57/72, OSN PG 1972, nr 12, poz. 199; uchwała połąc. Izb Karnej i Wojaskowej z dnia 21 grudnia 1972 r., VI KZP 64/72, OSNKW 1973, nr 2–3, poz. 18; wyrok SN z dnia 12 marca 1986 r., III KR 28/86, OSNPG 1987, nr 2, poz. 7 z częściowo krytyczną glosą R. A. Stefańskiego, PP 1988, nr 1, s. 67–71.

³ Wyrok SN z dnia 5 stycznia 1973 r., III KR 192/72, OSNKW 1973, nr 4, poz. 49 z aprobowanymi uwagami, M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za rok 1973, Paestra 1974, nr 12, s. 61; W. Daszkiewicz, Głosa do wyroku SN z dnia 5 stycznia 1973 r.– III KR 192/72, PiP 1973, nr 8–9, s. 271–275.

uprawniony do udzielenia w imieniu pokrzywdzonego zgody na przekazanie ścigania⁴. Słabym argumentem – ze względu na wyraźne brzmienie art. 51 § 2 k.p.k. – jest odwołanie się do racjonalności i niesprzeczności systemu prawnego. W aktualnym stanie prawnym podstawę do działania kuratora może stanowić art. 52 § 3 k.p.k.

Przedstawicielami ustawowymi małoletniego jest każdy z rodziców, jeżeli dziecko znajduje się pod władzą rodzicielską obojga rodziców (art. 98 w zw. z art. 92 k.r. i o.), a w wypadku gdy żadne z nich nie może reprezentować małoletniego, kurator ustanowiony przez sąd opiekuńczy (art. 99 k.r. i o.). W razie zaistnienia rozbieżności stanowisk między rodzicami, rozstrzygnięcie wydaje sąd opiekuńczy. Przedstawicielem ustawowym ubezwłasnowolnionego całkowicie są rodzice albo opiekun (art. 13 § 2 k.c.), ubezwłasnowolnionego częściowo zaś kurator (art. 16 § 2 k.c.).

Opiekunem faktycznym jest osoba, pod której pieczę pokrzywdzony pozostaje (art. 51 § 2 k.p.k.); istotne jest faktyczne opiekowanie się pokrzywdzonym. Osoba taka nie musi być wyznaczona opiekunem przez sąd opiekuńczy (art. 145 k.r. i o.). Nie sposób uważać go za przedstawiciela ustawowego tylko dlatego, że umocowanie do reprezentowania pokrzywdzonego wynika z ustawy, tj. z art. 51 § 2 k.p.k.⁵, skoro ustawa wyraźnie odróżnia go od przedstawiciela ustawowego. Do organu procesowego należy sprawdzenie, czy rzeczywiście osoba ta faktycznie sprawuje opiekę i w razie wątpliwości można przeprowadzić odpowiednie postępowanie w trybie art. 97 k.p.k. Chodzi *verba legis* o „stałą pieczę”. Trafnie Sąd Najwyższy przyjął, że „Określenie uprawnień do reprezentowania interesów małoletniego pokrzywdzonego w postępowaniu karnym (art. 42 § 2 – obecnie art. 51 § 2 k.p.k.) nie tylko przez stwierdzenie, że przysługują one przedstawicielowi ustawowemu, ale i osobie, pod której „stałą pieczę” pokrzywdzony pozostaje, nie oznacza, że chodzi tu o okresowe spełnianie powtarzających się czynności należących do istoty pieczy w pewnych tylko okresach, lecz musi oznaczać całościowe i niepodzielne jej pełnienie. Sytuacja taka nie zachodzi, gdy spełnianie owej pieczy następuje tylko w pewnych okresach i to z upoważnienia, czy za zgodą innej osoby nie tylko zobowiązanej do tego orzeczeniem sądu, ale i faktycznie tę pieczę sprawującej”⁶. Na aprobatę zasługuje pogląd SN, że „Użyte w art. 42 § 2 (ob. 51 § 2) k.p.k. określenie <<stała pieczę>> nie oznacza, że wyłączona jest możliwość jej zmiany w przyszłości. Określenie <<stała>> ma wykluczyć możliwość złożenia

⁴ K. A. Kruk, Zgoda pokrzywdzonego na przekazanie ścigania karnego, Prok. i Pr. 2002, nr 3, s. 64.

⁵ W. Daszkiewicz, Prawo karne procesowe. Zagadnienia ogólne, Bydgoszcz 2000, s. 274–275.

⁶ Postanowienie SN z dnia 27 maja 1997 r., V KKN 248/96, OSNKW 1997, nr 9–10, poz. 77 z krytyczną glosą R. Kmiecika, OSP 1998, nr 1, poz. 11.

wniosku o ściganie przez osobę wykonującą tylko pieczę chwilową, dorywczą. Należy więc przyjąć, że osoba, której sąd opiekuńczy powierzył wychowanie małoletniej i u której zostało ustalone jej miejsce pobytu, chociażby do prawomocnego zakończenia postępowania opiekuńczego, jest <<osobą, pod której stałą pieczę pokrzywdzony pozostaje>> w rozumieniu art. 42 § 2 (obecnie 51 § 2) k.p.k. Z natury rzeczy osoba ta nie jest przedstawicielem ustawowym małoletniego pokrzywdzonego (bo w przeciwnym razie odrębne wymienianie jej byłoby zbędne), a także uprawnienie jej do złożenia wniosku o ściganie nie jest uzależnione od tego, czy małoletni pokrzywdzony pozostaje pod władzą rodzicielską⁷.

Warunek, by piecza była stała nie jest wymagany w wypadku osoby nieporadnej; wystarczające jest, że osoba ta pozostaje pod pieczę (art. 51 § 3 k.p.k.).

Przedstawiciel pokrzywdzonego korzysta ze wszystkich uprawnień procesowych, które przysługiwałyby pokrzywdzonemu, gdyby sam mógł działać w procesie; działa tak, jak działałby pokrzywdzony. Może ustanowić pełnomocnika. Z użycia w art. 51 § 2 k.p.k. zwrotu syngularystycznego nie oznacza, że prawa pokrzywdzonego może wykonywać tylko jedna osoba. Trafnie zauważa się w literaturze, że już z art. 98 § 1 k.r. i o. wynika, że jeżeli dziecko pozostaje pod władzą obojga rodziców każde z nich może działać samodzielnie jako przedstawiciel ustawy: może go reprezentować zarówno ojciec albo matka, a także oboje⁸. Słusznie Sąd Najwyższy wyjaśnił, że „Pokrzywdzony małoletni nie jest uprawniony do złożenia wniosku o ściganie sprawcy przestępstwa ściganego na wniosek. W wypadku gdy przedstawiciel ustawy albo osoba, pod której stałą pieczę pokrzywdzony pozostaje, nie składa z naruszeniem dobra małoletniego takiego wniosku, sąd opiekuńczy wydaje odpowiednie zarządzenie (art. 109, 147, 168 k.r. i o.). W razie niezłożenia powyższego wniosku przed wszczęciem postępowania osoba do tego uprawniona może do czasu upływu okresu przedawnienia karalności złożyć taki wniosek w każdym stadium toczącego się postępowania, a nawet po prawomocnym umorzeniu postępowania spowodowanym brakiem wniosku”⁹.

Na tle dotychczasowego stanu prawnego istotne trudności rodziło określenie katalogu innych osób uprawnionych, o których mowa w art. 46 § 1 k.k., a zwłaszcza, czy do tego kręgu należy prokurator.

⁷ Wyrok SN z dnia 3 lipca 1997 r., IV KKN 430/96, Prok. i Pr. 1997, dodatek „Orzecznictwo”, nr 12, poz. 12.

⁸ W. Daszkie wicz, *Prawo karne procesowe...*, s. 275.

⁹ Uchwała składu siedmiu sędziów SN z dnia 17 grudnia 1970 r., VI KZP 43/68, OSNKW 1971, nr 7–8, poz. 101 z aprobującymi uwagami M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za drugie półrocze 1972 roku, WPP 1972, nr 2, s. 251 i A. Kafarskiego, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego za rok 1970, NP 1974, nr 7–8, s. 959–960.

Niewątpliwie w określeniu tym mieszczą się tzw. strony zastępcze, czyli osoby wstępujące w prawa zmarłego pokrzywdzonego (art. 52 § 1 k.p.k.). Zgodnie z art. 52 § 1 k.p.k. w razie śmierci pokrzywdzonego prawa, które by mu przysługiwały, mogą wykonywać osoby najbliższe, a w wypadku ich braku lub nieujawnienia – prokurator, działając z urzędu. Przepis ten nie określa poszczególnych kategorii stron zastępczych, lecz posługuje się zbiorczym określeniem „osób najbliższych”, odsyłając tym samym do definicji „osoby najbliższej” podanej w „słowniczku wyrażeń ustawowych” k.k., a mianowicie do art. 115 § 11 k.k., w którym taksatywnie wymienia się te osoby. W myśl tego przepisu osobą najbliższą jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu. Katalog ten jest zamknięty i inne osoby nie mogą wykonywać praw pokrzywdzonego na podstawie art. 52 k.p.k.¹⁰

Strony zastępcze realizują prawa zmarłego pokrzywdzonego, bowiem w art. 52 k.p.k. mowa jest wprost o wykonywaniu praw, które przysługiwałyby pokrzywdzonemu; są to prawa pochodne, mające swe źródło w prawach pokrzywdzonego. Występują one jednak we własnym imieniu, bowiem zajęły miejsce zmarłego pokrzywdzonego, który nie jest już podmiotem prawnym¹¹.

W wypadku braku lub nieujawnienia tych osób prawa pokrzywdzonego, może wykonywać prokurator. Chodzi o zapewnienie ochrony praw pokrzywdzonego w razie jego śmierci i braku osób, które mogłyby je realizować. W kwestii jego udziału nasuwały się wątpliwości co do sytuacji objętych zakresem tego unormowania. Brały się one stąd, że także inne przepisy przewidują działanie prokuratora wykonującego prawa pokrzywdzonego po jego śmierci. Tak więc, jak wynika z art. 64 w zw. z art. 63 § 1 k.p.k., prokurator może wytoczyć powództwo na rzecz pokrzywdzonego również po jego śmierci.

Uprawnienia dla prokuratora płynące z art. 52 k.p.k. pozostają bez wpływu na jego uprawnienia przewidziane w innych przepisach. Zasadnie Sąd Najwyższy stwierdził, że „Określeniem <<wykonywanie praw pokrzywdzonego>> posłużył się ustawodawca w przepisach art. 49 § 4, art. 51 § 2 i art. 52 k.p.k., w których wskazał też osoby uprawnione do wykonywania tych praw. Unormowanie zawarte w ostatnim z wymienionych przepisów (*in fine*) stanowią jedyną podstawę uprawnienia prokuratora do wykonywania praw po-

¹⁰ Postanowienie SN z dnia 8 listopada 1978 r. – IV KR 299/78, OSNKW 1978, nr 4, poz. 45 z aprobowanymi uwagami M. Cieślaka, Z. Dody, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie postępowania karnego (I półrocze 1979 r.), Palestra 1980, nr 2, s. 41; W. Daszkiewicz, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego (Prawo karne procesowe – I półrocze 1979 r.), PiP 1980, nr 4, s. 114.

¹¹ W. Daszkiewicz, Prawo karne procesowe..., s. 245.

krzywdzonego, znajdującą przy tym zastosowanie wyłącznie w warunkach ściśle w tym przepisie określonych¹².

Słusznie zatem organ ten uznał, że „Prokurator może złożyć wniosek określony w art. 46 § 1 k.k. tylko w warunkach wskazanych w art. 52 *in fine* k.p.k.”¹³. Prokurator mógł wykonywać czynności procesowe za pokrzywdzonego dopiero w sytuacji, gdy nie było nikogo, kto mógłby realizować uprawnienia, które by mu przysługiwały, gdyby żył. W takim tylko wypadku prokurator mógł złożyć, zamiast pokrzywdzonego, wniosek o orzeczenie obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody tytułem środka karnego określonego w art. 46 § 1 k.k.¹⁴. W tym kontekście nie sposób było zgodzić się z twierdzeniem, że „W razie śmierci pokrzywdzonego, prawa, które mu przysługiwały, przechodzą na spadkobierców pokrzywdzonego, którzy mogą samodzielnie wystąpić w procesie lub też obok prokuratora, który zgłosi wniosek o orzeczenie naprawienia szkody w całości lub w części”¹⁵.

Tak kształtowało się uprawnienie prokuratora w zakresie złożenia wniosku o orzeczenie środka karnego w postaci obowiązku naprawienia szkody do noweli z 10 stycznia 2003 r. Nowelą tą dodano do k.p.k. art. 59a w brzmieniu: „Jeżeli nie wytoczono powództwa cywilnego, pokrzywdzony, a także prokurator, może aż do zakończenia pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego na rozprawie głównej złożyć wniosek, o którym mowa w art. 46 § 1 Kodeksu karnego”. Nie budzi wątpliwości, że regulacja ta pozostaje w związku z art. 46 § 1 k.k., który – o czym była mowa wyżej – uzależnia orzeczenie obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody od wniosku po-

¹² Wyrok SN z dnia 17 maja 2000 r., V KKN 140/00, Prok. i Pr. 2001, nr 1, poz. 10.

¹³ Wyrok SN z dnia 17 maja 2000 r. – V KKN 145/2000, OSNKW 2000, nr 7–8, poz. 64 z aprobującą glosą R. A. Stefańskiego, OSP 2001, nr 1, s. 22–24; wyrok SA w Lublinie z dnia 2 grudnia 1999 r., II AKa 202/99, Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Lublinie, Prokuratura Apelacyjna w Lublinie 2000, nr 11, s. 25–26; postanowienie S.A. w Lublinie z dnia 25 lutego 1999 r. – II AKa 3/99, Prz. Orz. PA w Lublinie 1999, nr 8, s. 89–90; wyrok SA w Krakowie z dnia 13 stycznia 2000 r. – II AKa 235/99, KZS 2000, nr 2, poz. 22; wyrok SA w Białymstoku z dnia 11 grudnia 2001 r. – II AKa 260/01, Prok. i Pr. 2002, dodatek „Orzecznictwo”, nr 11, poz. 14; wyrok S.A. w Krakowie z dnia 21 marca 2002 r. – II AKa 47/02, Prok. i Pr. 2002, , dodatek „Orzecznictwo”, nr 10, poz. 13.

¹⁴ Z. Gostyński, Obowiązek naprawienia szkody w nowym ustawodawstwie karnym, Kraków 1999, s. 107; Z., Sienkiewicz, (w:) M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. II, Gdańsk 1999, s. 67; wyrok SA w Lublinie z dnia 2 grudnia 1999 r., II AKa 202/99, Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Lublinie, Prokuratura Apelacyjna w Lublinie 2000, nr 11, s. 25–26; postanowienie SA w Lublinie z dnia 25 lutego 1999 r. – II AKa 3/99, Przegląd Orzecznictwa Sądu Apelacyjnego w Lublinie, Prokuratura Apelacyjna w Lublinie 1999, nr 8, s. 89–90; R. A. Stefański, Kompensacyjna rola środka karnego obowiązku naprawienia szkody, (w:) Kompensacyjna funkcja prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Prof. Z. Gostyńskiego, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2002, nr 2, s. 139–141.

¹⁵ K. Buchała, (w:) K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I, Kraków 1998, s. 360.

krzywdzonego lub innej uprawnionej osoby. Treść tego przepisu wskazuje, że określa dodatkowe przesłanki stosowania tego przepisu, a mianowicie: 1) określa termin, do którego ma być złożony wniosek, 2) warunkuje jego złożenie niewytoczeniem powództwa. Nie jest jasne, czy wymienienie w nim prokuratora wskazuje, że i do niego ma zastosowanie termin zakreślony w tym przepisie, czy też oznacza rozszerzenie właśnie o niego kręgu podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku. Za ta pierwszą interpretacją może przemawiać fakt, że projekt ustawy o zmianie Kodeksu karnego w zmienionym art. 46 § 1 k.k. wyraźnie przewiduje samoistne uprawnienie prokuratora do złożenia wniosku o orzeczenie tego środka i w związku z tym zasadne było wymienienie go także w art. 49a k.p.k. w kontekście terminu do jego złożenia. Za tym, że ustawodawca, formułując treść art. 49a k.p.k., miał na uwadze treść art. 46 § 1 k.k. w wersji zawartej w projekcie noweli do k.k., wskazuje fakt, że wymienił pokrzywdzonego i prokuratora, które to podmioty występują w tej właśnie redakcji tego przepisu, a pominął „inne uprawnione osoby”, mimo że zawiera je obowiązujący przepis. Niewymienienie tych osób stanowi silne uzasadnienie do przyjęcia, że ustawodawca, konstruując ten przepis, opierał się na przepisie, który nie stał się obowiązującym prawem, a zatem dopuścił się błędu, którego istnienie ma ważne znaczenia w procesie interpretacji art. 49a k.p.k. Należałoby odstąpić od wykładni językowej i posłużyć się innymi dyrektywami wykładni.

Z drugiej strony ustawodawca, uchwalając nowelę do k.p.k., zdawał sobie sprawę, że nie dojdzie do uchwalenia noweli do k.k. i w związku z tym musiał brać pod uwagę, że art. 46 § 1 k.k. będzie obowiązywał w dotychczasowej redakcji. Skoro mimo to pozostawił w art. 49a k.p.k. prokuratora, to oznacza, że uczynił to świadomie, a intencją tego zabiegu mogło być tylko rozszerzenie katalogu podmiotów uprawnionych do złożenia wniosku o prokuratora. Trzeba mieć na uwadze, że zawarty w art. 46 § 1 k.k. wymóg złożenia wniosku przez pokrzywdzonego lub inną osobę uprawnioną jest w istocie normą procesową, zamieszczoną w akcie prawa materialnego i ustawodawca mógł dokonać zmian tych warunków w ustawie procesowej. Zauważyć należy, że w art. 49a k.p.k. rozszerzono warunki orzekania środka karnego określonego w art. 46 § 1 k.k. przez uzależnienie złożenia wniosku od niewytoczenia powództwa. Ponadto nie bez znaczenia jest fakt, że na gruncie art. 46 § 1 k.k. – o czym świadczą wypowiedzi judykatury¹⁶ – były próby nadania prokuratorowi tego uprawnienia poprzez uznanie, iż jest on „inną osobą uprawnioną,” o której mowa w tym przepisie, a za tym przemawiać miał fakt, że jako organ powołany do strzeżenia praworządności może m.in. wytaczać powództwa w sprawach karnych, jeżeli tego wymaga ochrona praw obywateli lub zgłaszać inne wnioski. Rozstrzygnięcie tej kwestii

¹⁶ Zob. orzeczenia cyt. w przypisie 13.

wymagało interwencji ustawodawcy, a nadto w interesie pokrzywdzonego leży, by prokurator jako rzecznik interesu społecznego dbał także o jego interesy, gdy on sam nie może, chociażby z subiektywnych względów realizować swoich uprawnień.

Wymienienie prokuratora w art. 49a oznacza, że zyskał samodzielną pozycję do składania wniosku o orzeczenie tytułem środka karnego obowiązku naprawienia wyrządzonej szkody; podstawę prawną stanowi art. 49a k.p.k.

Nie można więc zmiany tej zawężyć tylko do zakreszenia terminu do złożenia wniosku¹⁷.

¹⁷ W. Grzeszczyk, Główne kierunki zmian kodeksu postępowania karnego (cz. I), Prok. i Pr. 2003, nr 5, s. 8.

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Bożena Gronowska

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 15 lipca 2002 r. w sprawie Kalashnikov przeciwko Rosji¹ (dot. warunków odbywania kary pozbawienia wolności)

Uwagi ogólne

Europejska Konwencja Praw Człowieka z 1950 r. (KE), która w unikalnie szczegółowy sposób reguluje standard wolności i bezpieczeństwa osobistego człowieka (art. 5 KE), nie ustosunkowuje się jednocześnie do tak ważnej – z gwarancyjnego punktu widzenia kwestii – którą stanowi jakość warunków odbywania pozbawienia wolności. Zgodnie z wcześniej prezentowanym stanowiskiem organów kontrolnych KE (a zwłaszcza nieistniejącej już dzisiaj Europejskiej Komisji Praw Człowieka) zakres art. 5 KE nie obejmuje warunków pozbawienia wolności i co więcej, nie gwarantuje prawa do specjalnych warunków odbywania pozbawienia wolności. Z przepisu tego wynika co najwyżej to, że dyskryminacja w zakresie warunków pozbawienia wolności mogłaby stanowić naruszenie art. 14 w związku z art. 5 KE².

Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) podkreśla natomiast to, że powinna zachodzić określona korelacja pomiędzy podstawą pozbawienia wolności (charakter środka detencyjnego) a miejscem i warunkami pozbawienia wolności. Ostateczna jednak jakość owych warunków oceniania być może jedynie przez pryzmat art. 3 KE (zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania bądź karania).

O randze sygnalizowanego problemu najlepiej świadczy fakt, iż w 1993 r. w ramach Rady Europy opracowano projekt kolejnego protokołu dodatkowego do KE dotyczącego właśnie warunków pozbawienia wolności oraz szczególnych praw osób osadzonych w izolacji penitencjarnej. Do chwili obecnej kwestie te nie doczekały się jednak w systemie KE regulacji traktatowej, natomiast niezwykle drobniawczo odniesiono się do nich w ramach dokumentów o charakterze tzw. *soft-law*, tj. zaleceń wiążących w płasz-

¹ Sprawa relacjonowana w oparciu o wyrok Case of Kalashnikov v. Russia, judgment, Strasbourg 15 July 2002, appl.47095/99.

² Por. Conditions of Detention and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Human Rights Files No. 4, Strasbourg 1981, s. 2 i n.

czyźnie polityczno-moralnej. Wśród nich bezsprzecznie wiodącą rolę odgrywają słynne Europejskie Reguły Więzienne z 1987 r. (zalecenie Komitetu Ministrów Rady Europy R (87)3).

Prezentowana aktualnie sprawa Kalashnikov przeciwko Rosji, która adekwatnie ilustruje powyższy problem oceniany w realiach rosyjskiego systemu więziennictwa, wydaje się interesująca także dla polskiej penitencjarystyki. Dotyka ona bowiem najtrudniejszego problemu systemów penitencjarnych, jaki stanowi przeludnienie w zakładach karnych i wielopłaszczyznowe efekty negatywne tego zjawiska.

Stan faktyczny

W dniu 8 lutego 1995 r. Valerij Kalashnikov, zajmujący wówczas stanowisko prezesa banku komercyjnego, został oskarżony o popełnienie przestępstwa sprzeniewierzenia. Powód został umieszczony w areszcie tymczasowym w dniu 29 czerwca 1995 r., natomiast wyrok skazujący go na karę pozbawienia wolności zapadł w dniu 3 sierpnia 1999 r.

W okresie od 29 czerwca 1995 r. do 20 października 1999 r. V. Kalashnikov przebywał w zakładzie penitencjarnym w miejscowości Magadan. Następnie decyzją sądu przeniesiono go do zakładu w miejscowości Talaya, gdzie przebywał do 9 grudnia 1999 r. W tym bowiem dniu ponownie umieszczono go w zakładzie w Magadan, z którego ostatecznie zwolniono go w dniu 26 czerwca 2000 r.

Z przedstawionych w niniejszej sprawie dokumentów wynikało, iż w trakcie pierwszego okresu pobytu w zakładzie w Magadan powód umieszczony został w celi wieloosobowej o pow. 17 m² przeznaczonej dla 8 osadzonych (w celi było tylko tyle miejsc do spania). Od samego początku jednak w celi przebywało ciągle 24 więźniów (parokrotnie liczba ta spadła do 18). Oznaczało to, że na jedno łóżko przypadały aż 3 osoby, co w praktyce doprowadziło do tego, iż więźniowie spali na zmiany. Oczekując na swoją kolej do zajęcia miejsca leżącego, więźniowie zwykle siedzieli lub leżeli na podłodze. Prawidłowy wypoczynek nocny był niemożliwy także z tego powodu, iż w zakładzie przez cały czas włączona była telewizja, a w celi praktycznie nigdy nie gaszono światła.

Warunki sanitarno-bytowe zapewniane więźniom osadzonym w zakładzie karnym w Magadan mogą stanowić smutną wizytówkę systemów więziennictwa większości krajów Europy wschodniej. W celi, w której zakwaterowano powoda, znajdował się tzw. kubeł sanitarny oddzielony prowizorycznym przepierzeniem jedynie od umywalki, natomiast nie od środka celi oraz od drzwi, w których znajdował się wizjer dla funkcjonariuszy (ogólna powierzchnia kąta sanitarnego 1,1 m²). W praktyce zatem więźniowie załatwiający swoje potrzeby fizjologiczne nie mieli zapewnionej choćby minimalnej pry-

watności. Więźniowie dysponowali bardzo skromnym wyposażeniem w materace, koce oraz podstawowy sprzęt kuchenny. Co więcej, większość pomieszczeń zakładu była zaatakowana przez insekty, przeciwko którym administracja nie podejmowała właściwych akcji dezynsekcyjnych.

Kolejnym problemem doświadczanym przez osadzonych w zakładzie w Magadan był brak wentylacji oraz odpowiedniego ogrzewania w porze zimowej. Z powodu przeludnienia oraz nałogowego palenia papierosów przez niektórych z więźniów okna w celi praktycznie musiały być otwarte przez cały czas. Dla V. Kalashnikova było to szczególnie uciążliwe, gdyż jest on osobą niepalącą. Powód mógł korzystać jedynie z godzinnego spaceru dziennie oraz zapewniano mu dwa razy w miesiącu gorący prysznic.

W trakcie pobytu w tym właśnie zakładzie w celi V. Kalashnikowa aż sześciokrotnie umieszczano wraz z nim osoby zakaźnie chore (gruźlica, syfilis). Każdorazowo zaaplikowano powodowi profilaktyczne zastrzyki antybiotykowe. Zapobiegły one wprowadzenie zarażenia się chorobami zakaźnymi, jednak ogólne warunki pobytu spowodowały wystąpienie u powoda innego rodzaju powtarzających się infekcji (choroby skóry, grzybica, w efekcie której powód utracił kilka paznokci).

Drugiemu okresowi pobytu V. Kalashnikova w zakładzie w Magadan nie towarzyszyła znacząca poprawa warunków sanitarno-bytowych. Krótkotrwała zmiana na lepsze zaistniała jedynie w miesiącu marcu i kwietniu 2000 r., kiedy to liczba współwięźniów w celi powoda spadła do 11 osób.

Stan prawny

Skarga w niniejszej sprawie została skierowana do ETPCz w dniu 1 grudnia 1998 r. Powód sformułował w niej kilka zarzutów, spośród których jednak absolutnie wiodącym był zarzut dotyczący jakości warunków pozbawienia wolności. W opinii powoda warunki te w sposób oczywisty naruszały standard art. 3 KE (tortury, nieludzkie lub poniżające traktowanie bądź karanie).

W charakterze obrony przed tym zarzutem strona państwa pozwanej wskazywała na ogólne problemy doświadczane przez rosyjski system penitencjarny, w tym zwłaszcza ogromne przeludnienie zakładów karnych i aresztów śledczych. Wobec tego zjawiska bowiem nawet najbardziej staranne działania administracji penitencjarnej muszą prowadzić do stosunkowo skromnych rezultatów. Co jednak ważne – jak stwierdzała strona rządowa – warunki zapewnione powodowi nie różniły się, a przynajmniej nie były gorsze od tych, w których przebywała większość osób pozbawionych wolności w Rosji. Strona rządowa polemizowała także z przedstawioną przez powoda liczbą współosadzonych, która miała wahać się w granicach 11–14 osób.

Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą ETPCz dany sposób traktowania człowieka może być uznany za „niehumaniczny” m.in. z powodu premedytacji działania, ze względu na długość czasu oddziaływania na człowieka oraz ostateczne skutki, czy to w postaci faktycznej szkody cielesnej, czy powodowania intensywnego cierpienia fizycznego lub psychicznego. Z kolei, „poniżające” traktowanie człowieka powoduje u niego uczucie strachu, niepewności czy niższości, które to uczucia są w stanie go poniżyć czy umniejszyć. Należy jednocześnie podkreślić, że brak któregokolwiek z wyżej wymienionych elementów nie może sam przez się wykluczyć stwierdzenia naruszenia art. 3 KE w konkretnym przypadku. Zawsze jednak cierpienie i upokorzenie muszą przekroczyć pewien próg, immanentnie wpisany w daną formę usprawiedliwionego traktowania bądź karania jednostki.

Z całą pewnością środki detencyjne często mogą zawierać w sobie taki właśnie element. Nie znaczy to jednak, iż np. areszt tymczasowy sam w sobie każdorazowo musi uruchamiać problem zastosowania art. 3 KE, podobnie jak z przepisu tego nie można wyprowadzać ogólnego obowiązku państwa zwolnienia więźnia ze względów zdrowotnych lub umieszczenia go w szpitalu na zewnątrz jednostki w celu zapewnienia mu terapii medycznej szczególnego rodzaju.

W kontekście standardu art. 3 KE państwo musi zapewnić jednak to, że osoba pozbawiona wolności zostaje umieszczona w warunkach, które są kompatybilne z wymogiem poszanowania godności osobowej człowieka oraz to, że sposób i metody wykonywania danego środka detencyjnego nie powodują u więźnia stresu lub uciążliwości o takim stopniu intensywności, który wykracza poza nieunikniony poziom cierpienia zawarty w samej istocie pozbawienia wolności. Obowiązkiem państwa jest także adekwatne zabezpieczenie zdrowia i ogólnej dobrej kondycji więźnia.

Rozważając skargi na warunki detencji ETPCz musi uwzględniać kumulatywny skutek wywołany przez fakt przebywania danej osoby w owych warunkach, jak również specyfikę roszczeń osoby pokrzywdzonej. W sprawie V. Kalashnikova ogólny okres przebywania w kwestionowanych przez niego warunkach wyniósł 4 lata i 10 miesięcy. Poza dyskusją w niniejszej sprawie był fakt naruszenia minimalnego standardu dotyczącego niezbędnej powierzchni mieszkalnej należącej osobom pozbawionym wolności – zgodnie z zaleceniami Europejskiego Komitetu Przeciwko Torturom jest to 7 m², a zatem cela przeznaczona dla 8 osób powinna mieć przynajmniej 56 m² powierzchni, podczas gdy cela V. Kalashnikova miała ok. 18 m² i zamieszkiwana była przez ponad 20 osób, co w ostatecznym rozrachunku zapewniało 0,9–1,9 m² na osobę.

Nie było zatem wątpliwości, że – nawet przy założeniu czasowych zmian w liczbie osadzonych – cela V. Kalashnikova była notorycznie w poważnym stopniu przeludniona. Taki natomiast stan rzeczy sam w sobie rodzi problem

mieszczący się w zakresie przedmiotowym art. 3 KE. Dodatkowo, przebywaniu w niezwykle zatłoczonej celi towarzyszyły ogólnie złe warunki sanitarno-bytowe. Większość twierdzeń powoda dotycząca tych warunków została potwierdzona przy pomocy dowodów, jak również samą stroną rządową.

Wszystkie te okoliczności odbiły się ostatecznie negatywnie na stanie zdrowia powoda i choć uzyskiwał on niezbędną pomoc lekarską, to jednak nie była ona wystarczająca, gdyż jego kłopoty zdrowotne związane z infekcjami powtarzały się parokrotnie. Przedmiotem szczególnej uwagi i troski sędziów ETPCz okazał się fakt umieszczania w jednej celi osób zakażonych tak poważnymi chorobami, jak syfilis i gruźlica, nawet przy założeniu, że w danym momencie choroby te znajdowały się w stadium nieaktywnym.

Analizując całokształt sprawy V. Kalashnikova ETPCz nie stwierdził jakichkolwiek sygnałów świadczących o tym, że organy państwowe działały z zamiarem poniżenia lub upokorzenia powoda. Choć zatem cel danego sposobu traktowania człowieka, w tym zwłaszcza zamiar poniżenia lub upokorzenia, jest istotnym czynnikiem uwzględnianym w wypadku art. 3 KE, to jednak brak wystąpienia takiego celu czy zamiaru nie wyklucza możliwości stwierdzenia naruszenia wskazanego standardu. Wnikliwa analiza sytuacji, w jakiej znalazł się powód, w tym także czas pobytu w ustalonych warunkach detencji, jednoznacznie przekonują o tym, że doświadczył on znacznego psychicznego cierpienia, które niewątpliwie naruszyło jego godność osobową i wywołało uczucia poniżenia i upokorzenia.

Wszystkie poczynione w niniejszej sprawie ustalenia doprowadziły ETPCz do jednomyślnej konkluzji, iż warunki zapewnione powodowi w zakładzie karnym w Magadan kwalifikowane mogą być jako „poniżające traktowanie” w rozumieniu art. 3 KE.

W treści skargi V. Kalashnikova znalazły się jeszcze dwa zarzuty, tj. zbyt długiego czasu trwania aresztu tymczasowego (art. 5 § 3 KE) oraz ogólnego czasu trwania procesu karnego (art. 6 § 1 KE). Z punktu widzenia zasadniczego problemu występującego w niniejszej sprawie zarzuty te są jednak mniej ciekawe w sensie poznawczym. Ponieważ dotyczą one kwestii wielokrotnie omawianych przy podobnych okazjach, w niniejszej prezentacji zostaną pominięte. Należy jednak dodać, że także w przypadku tych zarzutów V. Kalashnikova wygrał sprawę z państwem pozwanym przed ETPCz.

Ostatecznie, w związku ze stwierdzonymi naruszeniami przez Rosję jej zobowiązań konwencyjnych zasądzono na rzecz powoda tytułem słusznego zadośćuczynienia za doznaną szkodę niemajątkową kwotę 5000 euro.

Sprawozdania i informacje



Arkadiusz Lach

Konferencja dotycząca gromadzenia i prezentacji dowodów elektronicznych (Namur, 8–9 maja 2003 r.)

W dniach 8–9 maja 2003 r. w Namur (Belgia) odbyła się konferencja poświęcona gromadzeniu i prezentacji dowodów elektronicznych przy tzw. cyberprzestępstwach (*Collecting and Producing Electronic Evidence in Cybercrime Cases*). Konferencja ta została zorganizowana przez Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID) Uniwersytetu w Namur w ramach prowadzonego przez sieć jednostek badawczych i instytucji programu badawczego CTOSE (*Cyber Tools On – Line Search for Evidence*). Głównym celem tego programu jest stworzenie i przetestowanie metodyki postępowania z dowodami elektronicznymi, z uwzględnieniem zarówno aspektów technicznych, jak i prawnych.

W obradach wzięło udział 85 uczestników z 14 krajów (Zjednoczone Królestwo, Polska, Belgia, Holandia, Tanzania, Tasmania, USA, Włochy, Niemcy, Dominikana, Szwajcaria, Rumunia, Nigeria, Etiopia) reprezentujących różne środowiska w tym uniwersytety, instytucje Unii Europejskiej i Rady Europy, policję, organy zajmujące się ochroną danych osobowych, dostawców usług internetowych, producentów multimedialnych itp. Z Polski przybyli: prof. dr hab. Andrzej Adamski (UMK w Toruniu), Ireneusz Parafianczuk (Nask Cert Polska) oraz autor niniejszego sprawozdania.

Głównym celem konferencji było przedyskutowanie trzech zagadnień:

1. Jak dalece dowody elektroniczne mogą stać się technicznie przekonującymi dowodami?
2. Pod jakimi warunkami elektroniczne ślady przestępstw można dopuścić w postępowaniu karnym?
3. W jakim stopniu naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych podczas przetwarzania danych zawartych w tych śladach ma wpływ na ważność dowodów elektronicznych?

Konferencja została podzielona na pięć bloków tematycznych: aspekty techniczne, projekt CTOSE, prawna dopuszczalność dowodów elektronicznych w prawie europejskim, gromadzenie dowodów elektronicznych, punkty widzenia różnych zainteresowanych podmiotów odnośnie gromadzenia dowodów elektronicznych.

W ramach pierwszego z bloków referaty wygłosili Jean-Marc Dinant (CRID), który zajął się wagą śladów elektronicznych, Mark Hoekstra (IT Forensic BV), omawiający praktyczne aspekty pracy biegłego ze specjalnością

w zakresie technik informatycznych, Vlasti Broucek (University of Tasmania), który przedstawił zastosowanie *Intrusion Detection Systems* (IDS) przy gromadzeniu dowodów oraz Bertrand Lathoud (Uniwersytet w Lozannie). Ten ostatni zaprezentował teoretyczne podstawy przetwarzania informacji zawartych w śladach elektronicznych.

Przybliżając badania prowadzone w ramach programu CTOSE Olivier Le-roux i Maria Veronica Perez Asinari (CRID) oraz Robin Urry i Neil Mitchinson (Institute for the Protection and Security of the Citizen) omówili główne problemy prawne wiążące się z dowodami elektronicznymi, ze szczególnym uwzględnieniem ochrony danych osobowych.

Pierwszy referat w trzecim bloku przedstawił Ilias Chantzou (Komisja Europejska) streszczając propozycje co do Decyzji Ramowej odnośnie Ataków Przeciwko Systemom Informatycznym. Podkreślił on, że w decyzji tej musi zostać zachowana równowaga pomiędzy zagadnieniami zabezpieczenia systemów informatycznych, zwalczania przestępczości komputerowej i ochrony danych. Głównymi zasadami dopuszczalności dowodów, w tym istniejących w formie elektronicznej, zajął się Rik Kaspersen (Vrije Universiteit Amsterdam), natomiast proceduralnymi aspektami Konwencji Rady Europy w sprawie Cyberprzestępczości – Guy de Vel (Rada Europy). R. Kaspersen zdecydowanie opowiedział się za koniecznością każdorazowego ustalenia przez sąd autentyczności i integralności zgromadzonego w formie elektronicznej materiału dowodowego.

Czwarty blok tematyczny został zdominowany przez problematykę ochrony danych osobowych i dopuszczalności zatrzymywania danych (*data retention*). Ochrona danych stanowiła zresztą centralny punkt większości dyskusji i polemik, co świadczy o bardzo poważnym traktowaniu tego zagadnienia przez wszystkie podmioty oraz jej szczególnym znaczeniu przy inwigilacji i gromadzeniu dowodów w systemach informatycznych. W czasie obrad dało się też zauważyć ostrożną akceptację dla wprowadzenia do krajowych systemów prawnych regulacji umożliwiających zatrzymywanie danych (archiwizowania wszelkich danych dotyczących przepływu przekazów informacji przez określony okres na potrzeby ewentualnych postępowań), co wcześniej spotkało się z dużym sceptycyzmem ze strony ekspertów Rady Europy przygotowujących Konwencję w sprawie Cyberprzestępczości. Przedstawiono także zagadnienia legitymacji podmiotów prywatnych do gromadzenia dowodów oraz istotne zmiany w prawie USA w zakresie gromadzenia dowodów elektronicznych, które zostały wprowadzone w USA po zamachu na WTC ustawą USA Patriot Act. Referaty w tej części obrad wygłosili Philippe Gerard (Komisja Europejska), Ian Walden (University of London), Paul Schwartz (Brooklyn Law School), Cedric Laurant (Electronic Privacy Information Center).

W ostatnim bloku różne punkty widzenia w zakresie gromadzenia dowodów elektronicznych zaprezentowali przedstawiciele policji (Luc Beirens – Belgia), organizacji zarządzających prawami autorskimi (Thomas Dillon – Motion Pictures Association), adwokatury (Andrea Monti – Włochy) i inspektora ochrony danych osobowych (David Smith – Zjednoczone Królestwo). Ożywioną dyskusję i głosy polemiczne wywołał zwłaszcza referat T. Dillona na temat skali naruszeń praw autorskich i metod stosowanych przez producentów audio i video dla przeciwdziałania tym naruszeniom. Powołując się na statystyki przeprowadzone w kwietniu 2003 r. podał on między innymi, że w Niemczech w 2002 r. 2,4 mln ludzi skopiowało średnio 6 filmów rocznie, a 23% filmów ściąganych jest przed premierą kinową w tym kraju. Z kolei D. Smith nie negując koncepcji zatrzymywania danych podniósł szereg związanych z tym problemów, w tym konieczność stworzenia procedur dostępu do zgromadzonych danych osobom, których dane te dotyczą oraz ujednoczenia okresów zatrzymywania danych w poszczególnych krajach, gdyż na dzień dzisiejszy proponuje się terminy od 1 miesiąca do 10 lat. Z zainteresowaniem wysłuchano też A. Monti, który na przykładzie prowadzonych przez siebie spraw pokazał, jak dalece brak należytych procedur zabezpieczania dowodów elektronicznych lub nie stosowanie się do nich wpływa na ocenę wiarygodności uzyskanych danych w postępowaniu sądowym. Podkreślając dużą rolę dostawców dostępu do Internetu w gromadzeniu dowodów, A. Monti wyraził jednocześnie pogląd, że nie mogą oni, a przynajmniej nie powinni, zastępować w tym organów ścigania.

Podsumowując konferencję szef CRID – profesor Yves Pouillet – podkreślił rosnące znaczenie dowodów w postaci elektronicznej zarówno w postępowaniu karnym jak i cywilnym, konieczność wypracowania i przestrzegania odpowiednich procedur dla ich gromadzenia i prezentacji oraz zbliżenia uregulowań prawnych odnośnie tego typu dowodów w poszczególnych krajach, co w przypadku przestępczości komputerowej ma szczególne znaczenie ze względu na jej transgraniczność.