

Prokuratura i Prawo

Lipiec - Sierpień 1997 r.

78
ISSN 1233-2577



Prokuratura Krajowa

Spis treści

| | str. |
|--|-----------|
| Dr hab. Marek Mozgawa, adiunkt UMCS w Lublinie, Jacek Radoniewicz, prok. Prok. Apel. w Lublinie | |
| Przepisy karne w prawie autorskim. Zagadnienia teorii i praktyki | 7 |
| Dr Grzegorz Wiciński, adiunkt Uniwersytetu Łódzkiego | |
| Oszustwa ubezpieczeniowe | 28 |
| Krzysztof Jan Jakubski, Komenda Główna Policji | |
| Rozpowszechnianie pornografii w sieci komputerowej „INTERNET” | 44 |
| Jerzy Łabędź, Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie | |
| Ocena wyników analizy powietrza wydychanego i prób krwi na zawartość alkoholu | 53 |
| Dr hab. Marian Filar, prof. UMK w Toruniu | |
| Nowy kodeks karny Federacji Rosyjskiej. Kary i zasady wymiaru | 59 |

Glosy

| | |
|--|-----------|
| do wyroku SA w Krakowie z dnia 20 marca 1996 r., sygn. II AKa 34/96 (dot. wykładni art. 22 § 1 k.k.) – oprac. dr Józef Gurgul | 75 |
| do wyroku SA w Lublinie z dnia 25 stycznia 1994 r., sygn. II AKr 5/94 (dot. kumulatywnej kwalifikacji przestępstwa z art. 168 k.k.) – oprac. Witold Gnatiuk | 81 |

Recenzje

| | |
|--|----|
| pierwszego numeru rocznika czasopisma Theoretical Criminology – oprac. prof. dr hab. Brunon Hołyst | 89 |
| książki Wojciecha Radeckiego, Prawo łowieckie z komentarzem – oprac. Bolesław Kurzępa | 95 |

Materiały szkoleniowe

| | |
|---|------------|
| Waldemar Baliński, wiceprezes Sądu Rejonowego w Lublińcu | |
| Umowne nabycie własności rzeczy ruchomej od osoby nieuprawnionej | 103 |

Odpowiedzi na pytania prawne

| | |
|--|------------|
| Zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego a terminy tymczasowego aresztowania – oprac. dr Ryszard A. Stefański | 113 |
|--|------------|

Z orzecnictwa Europejskiego Trybunału
Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu
z dnia 6 listopada 1980 r., seria A nr 39. Sprawa Guzzardi
przeciwko Włochom (cz. I) – oprac. prof. dr hab. Andrzej Rzepliński . . . 121

Sprawozdania i informacje

Seminarium polsko–niemieckie nt. „Prawo bankowe i obrót papierami
wartościowymi” (Stara Wieś, 12–16 maja 1997 r.) – oprac.
dr Waław Huba 135

Integralną część numeru stanowi dodatek „Orzecznictwo”, z. 7–8/97.



Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanych maszynopisach zmiany tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno–językowych oraz innych przeróbek technicznych. Redakcja przyjmuje prace dotychczas nie drukowane, zaś niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie Autora.

Artykuły



Marek Mozgawa, Jacek Radoniewicz

Przepisy karne w prawie autorskim. Zagadnienia teorii i praktyki*

I. Zagadnienia ogólne

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r.¹ o prawie autorskim i prawach pokrewnych zastąpiła obowiązującą od ponad 40 lat ustawę z dnia 10 lipca 1952 r.², której rozwiązania wyraźnie odstawały już od nowych potrzeb. M.in. z uwagi na niezwykle dynamiczny rozwój nauki i techniki, wynalezienie i upowszechnienie nowych środków rejestracji i odtwarzania, np. informacji, dźwięku i obrazu ustawa ta nie była już w stanie w pełni sposób chronić praw autorskich³. Odpowiedzialność karna była uregulowana w art. 59 ustawy z dnia 10 lipca 1952 r.; w § 1 penalizowane było przywłaszczenie cudzego autorstwa (pod groźbą kary pozbawienia wolności do lat 2 i grzywny albo jednej z tych kar), zaś w myśl § 2 – naruszenie cudzych praw autorskich w inny sposób, przy czym sprawca musiał działać w celu osiągnięcia korzyści materialnej lub osobistej (a sankcją była tu kara pozbawienia wolności do roku i grzywna lub jedna z tych kar). Stosownie do przepisu art. 59 § 3 w przypadkach określonych w § 2 ściganie odbywało się z oskarżenia prywatnego.

Należy podkreślić, że ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. obejmuje swym zakresem zdecydowanie obszerniejszą problematykę niż przepisy ustawy z roku 1952. Nowy akt został bowiem wzbogacony prawami pokrewnymi, określanymi w ten sposób z racji szczególnie bliskich związków z prawem autorskim. Ta stosunkowo młoda (a nie we wszystkich ustawodawstwach wydzielona) dziedzina prawa związana jest przedmiotowo – w mniejszym lub większym stopniu – z twórczością autorską⁴. W polskiej ustawie, w ramach praw pokrewnych,

* Artykuł opracowano w ramach prac badawczych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości

1 Dz. U. Nr 24, poz. 83, cyt. dalej jako p.a.

2 Dz. U. Nr 34, poz. 234.

3 Warto wspomnieć, że na gruncie dawnego prawa autorskiego istniała wątpliwość, czy program komputerowy stanowi dzieło w rozumieniu ustawy z dnia 10 lipca 1952 r. Por. bliżej na ten temat: J. Kwiek–Pietrzykowska, Programy komputerowe są chronione, Rzeczpospolita z 13 maja 1993 r.; M. Mozgawa, Programy komputerowe są chronione, Normy karne zbyt słabe, Rzeczpospolita z 24 maja 1993 r.; M. Mozgawa, Ochrona praw autorskich, Piraci mają się dobrze, Gazeta Wyborcza z 5 maja 1993 (dodatek GWL).

4 M. Mozgawa, J. Szczotka, Ochrona fonogramów i wideogramów, Rzeczpospolita z 3 listopada 1994, s. 18.

chronione są wykonania artystyczne, fonogramy i wideogramy oraz radiowo-telewizyjne nadania programów.

Z uwagi na ramy opracowania nie ma miejsca na szczegółowe przedstawienie wszystkich ogólnych rozwiązań nowej ustawy, dlatego też zaprezentowane zostanie niezbędne minimum. I tak ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. stanowi (art. 1 ust. 1), że przedmiotem prawa autorskiego jest każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiejkolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia (utwór). W szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory: wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe); plastyczne; fotograficzne; lutnicze; wzornictwa przemysłowego; architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne; muzyczne i słowno-muzyczne; sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne; audiowizualne, w tym wizualne i audialne (art. 1 ust. 2 p.a.). Utwór jest przedmiotem prawa autorskiego od chwili ustalenia jego autora, choćby miał postać nie ukończoną, ochrona zaś przysługuje twórcy niezależnie od spełnienia jakichkolwiek formalności (art. 1 ust. 3 i 4 p.a.). Również opracowanie cudzego utworu, w szczególności tłumaczenie, przeróbka, adaptacja jest przedmiotem prawa autorskiego bez uszczerbku dla prawa do utworu pierwotnego (art. 2 ust. 1 p.a.), z tym, że za opracowanie nie uważa się utworu, który powstał w wyniku inspiracji cudzym utworem (art. 2 ust. 4 p.a.). Również zbiory, antologie, wybory, bazy danych są przedmiotem prawa autorskiego, nawet jeżeli zawierają nie chronione materiały, o ile przyjęty w nich dobór, układ lub zestawienie ma twórczy charakter, bez uszczerbku dla wykorzystanych utworów. Należy także zauważyć, że nie stanowią przedmiotu prawa autorskiego: akty normatywne lub ich urzędowe projekty; urzędowe dokumenty, materiały, znaki i symbole; opublikowane opisy patentowe lub ochronne; proste informacje prasowe (art. 4 p.a.). Wymaga podkreślenia, że polska ustawa o prawie autorskim przyjęła dualistyczną koncepcję ochrony wyraźnie rozdzielając autorskie prawa osobiste od autorskich praw majątkowych. W myśl tej koncepcji istnieją dwa odrębne prawa autorskie: pierwsze z nich chroni interesy związane z eksploatacją utworu, ma charakter zbywalny i ograniczony w czasie, drugie zaś chroni interesy osobiste (niemajątkowe), wynikające z więzi łączącej twórcę z jego dziełem i ma charakter niezbywalny i nieograniczony w czasie⁵. W ustawie z 1994 r. utrzymano dotychczasową zasadę, że prawo autorskie przysługuje twórcy, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej (art. 8 p.a.).

⁵ J. Szczotka, Wprowadzenie do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Lublin 1994, s. 24.

II. Analiza ustawowych znamion przestępstw stypizowanych w nowym prawie autorskim

Zagadnienia odpowiedzialności karnej uregulowano w art. 115–123 ustawy, z tym że poszczególne typy czynów zabronionych zostały zawarte w przepisach art. 115–119; przepisy art. 120–123 poświęcone są natomiast kwestiom związanym z wymiarem kary oraz zagadnieniom proceduralnym. Wszystkie występki stypizowane w ustawie mają charakter powszechny i mogą być popełnione z winy umyślnej (z wyjątkiem 116 ust. 4 p.a.). Oczywiście, wspólny jest tu przedmiot ochrony; w grę wchodzi prawa autorskie lub prawa pokrewne⁶.

1. Art. 115

W art. 115 ust. 1 przewidziano karalność przywłaszczenia sobie autorstwa albo wprowadzania w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania (pod karą pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny). Istota przywłaszczenia jako takiego polega na umyślnym postąpieniu z rzeczą jak ze swoją własnością. Pojęcie to rozwinęło się w ramach przestępstw przeciwko mieniu, wśród których przywłaszczenie cudzego mienia – rozumiane jako przywłaszczenie rzeczy fizycznej ruchomej, nigdy zaś jako przywłaszczenia prawa – wiąże się z reguły z przeznaczeniem rzeczy na korzyść sprawcy⁷. Natomiast istota przywłaszczenia praw autorskich – jak zauważa M. Siewierski – polega zarówno na przywłaszczeniu sobie tych praw jako korzyści majątkowych, płynących z rozporządzania utworem poza wolą i wiedzą autora, jak i na przywłaszczeniu tych praw jako dóbr osobistych twórcy (tzw. prawa idealne), nie wiążących się dla niego z korzyścią majątkową, lecz jedynie z korzyścią osobistą⁸. Należy jednak zauważyć, że na gruncie przepisu art. 115 ust. 1 p.a., który jednoznacznie mówi o przywłaszczeniu autorstwa (a nie ogólnie praw autorskich) w grę wchodzi jedynie dobra osobiste twórcy.

W doktrynie podkreśla się, że przestępstwo z art. 115 ust. 1 p.a. ma charakter wieloodmianowy, a przestępstwo może polegać na równoczesnej realizacji kilku odmian⁹. Przywłaszczenie sobie cudzego autorstwa może występować

6 Z. Ćwiakalski, (w:) J. Barta, M. Czajkowska-Dąbrowska, Z. Ćwiakalski, R. Markiewicz, E. Traple, Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Warszawa 1995, s. 472.

7 M. Siewierski, (w:) J. Bafia, L. Hochberg, M. Siewierski, Ustawy karne PRL, Komentarz, Warszawa 1965, s. 360.

8 M. Siewierski, Ustawy ..., op.cit., s. 360. Por. również W. Kubała, Odpowiedzialność karna za naruszenie praw autorskich, Rzeczpospolita z 17 listopada 1995 r., Nr 266 (4219), s. 16.

9 Z. Ćwiakalski, Komentarz ..., op. cit., s. 475.

jako plagiat oczywisty (jawny) lub też jako plagiat ukryty. Plagiat jawny polega na przejęciu cudzego utworu w całości lub znacznej jego części w jego niezmienionej postaci lub z tylko minimalnymi zmianami, zaś plagiat ukryty wyraża się w reprodukcji cudzego utworu w istotnych elementach jego treści, lecz w postaci mniej lub bardziej przekształconej¹⁰. Przesłpstwo przywłaszczenia autorstwa może być popełnione jedynie z działania (z zamiarem bezpośrednim, bowiem sprawca świadomie podaje się za autora utworu lub artystycznego wykonania). Jak słusznie zauważa Z.Ćwiąkalski „Do przywłaszczenia sobie autorstwa utworu nie jest konieczny jego uprzedni zabór, np. sprawca kradnie partyturę, po czym ogłasza, że to on jest jej autorem. Jeżeli sam przedmiot kradzieży ma istotną wartość materialną, w grę może wchodzić kumulatywny zbieg przepisów ustawy (art. 10 k.k.). Następowalby wtedy zbieg między przepisem art. 203 oraz art. 115 ustawy. W innym przypadku, przy braku istotniejszej wartości materialnej, zabór należy uważać za czynność współukaraną w ramach przestępstwa z art. 115 ust. 1 ustawy”¹¹. Drugą możliwą formą realizacji przestępstwa z art. 115 ust. 1 p.a. (poza przywłaszczeniem autorstwa) jest wprowadzenie w bład co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania. Mówiąc o wprowadzeniu w bład mamy na myśli wytworzenie niezgodnego z obiektywnie istniejącym stanem rzeczy wyobrażenia o autorstwie (utworu lub artystycznego wykonania). W grę wchodzi obie postaci zachowania: zarówno działanie jak i zaniechanie. Może być bowiem tak, iż sprawca sam przedstawia się za autora cudzego utworu, jak i tak, że sprawca zobowiązany do sprostowania nieprawdziwej informacji (podanej przez osobę trzecią) umyślnie nie czyni tego¹². Wprowadzenie w bład może się również wyrażać w umyślnym podaniu przez sprawcę osoby trzeciej jako autora utworu (czy artystycznego wykonania), przy czym nie jest tu istotny cel, w jakim sprawca dokonał czynu. Dla bytu przestępstwa (zarówno przywłaszczenia autorstwa jak i wprowadzenia w bład) nie ma znaczenia to, jakiej części cudzego utworu (czy artystycznego wykonania) dotyczy zachowanie sprawcy, niewątpliwie jednak musi to być element istotny chronionego utworu (a nie np. sama idea czy stosowana metoda naukowo-badawcza)¹³.

10 H. Popławski, Przesłpstwa naruszające prawo autorskie, Problemy Praworządności 1983, nr 11, s. 13–14; M. Bojarski, W. Radecki, Pozakodeksowe przepisy karne z komentarzem, Warszawa 1992, s. 280; M. Siewierski, Ustawy..., op. cit. s. 360.

11 Z. Ćwiąkalski, Komentarz..., op. cit., s. 476.

12 Z. Ćwiąkalski, Komentarz..., op. cit., s. 475.

13 Por. interesujące uwagi (na gruncie ustawy z 1952 r.) J. Popławskiego, Przesłpstwa..., op. cit., s. 14–15.

W art. 115 ust. 2 p.a. mowa jest o rozpowszechnianiu, bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy, cudzego utworu w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystycznego wykonania albo publicznym zniekształcaniu takiego utworu, artystycznego wykonania, fonogramu wideogramu lub nadania. Należy wyjść od stwierdzenia, że nie budzi wątpliwości określenie utworów (zdefiniowane w art. 1 p.a.), czy opracowanie cudzego utworu (zgodnie z art. 2 ust. 1 p.a. w szczególności tłumaczenie, przeróbka, adaptacja). O ile w miarę łatwo można poradzić sobie ze zdefiniowaniem artystycznego wykonania czy nadania, o tyle poważne trudności budzi zakres określenia fonogramu i wideogramu (których to definicji ustawa nie zawiera). Podejmując próbę wyjaśnienia tych pojęć trzeba wskazać, że są to dobra niematerialne. Koniecznym warunkiem ich ochrony jest (w świetle przepisu art. 94 ust. 1 p.a.) sporządzenie, co – jak należy sądzić – oznacza utrwalenie, a więc zarejestrowanie fonogramu lub wideogramu na odpowiednim nośniku materialnym. Wydaje się, że dla fonogramu nie jest istotna ani technika utrwalenia, ani też rodzaj materialnego nośnika¹⁴. Fonogramem jest więc np. zarówno rezultat utrwalenia mechanicznego lub laserowego na płytach, jak i zapis magnetyczny na specjalnych taśmach. Inaczej wygląda kwestia wideogramu, gdzie warunkiem koniecznym jest rejestracja metodą pośrednią polegającą na przetworzeniu obrazu na impulsy elektryczne i dokonaniu zapisu magnetycznego, laserowego bądź innego na odpowiednim nośniku (a odtworzenie zapisu następuje na ekranie kineskopu)¹⁵. Wideogramem nie będzie zatem tradycyjne utrwalenie dokonane metodą optyczną na kliszy światłoczułej. Tego sposobu nie można bowiem zaliczyć do metod wideograficznych, a w rezultacie utrwalonych tą techniką obrazów kwalifikować jako wideogramów¹⁶. Należy zatem przyjąć (biorąc pod uwagę rodzajowe cechy fonogramów i wideogramów jako dóbr niematerialnych), że przedmiotem ochrony fonogramu jest każda sekwencja dźwięków bez względu na jej naturę i pochodzenie¹⁷. Tak więc rejestracja fonograficzna może dotyczyć nie tylko utworów muzycznych czy słowno-muzycznych, ale również pozbawionych cech twórczych wypowiedzi, śpiewu ptaków, różnych odgłosów naturalnych (np. szum drzew). Przy wideogramie należy przyjąć, że przedmiotem ochrony jest każda sekwencja obrazów, nawet przedstawionych pojedynczo, lecz powiązanych ze sobą (a zatem nie musi to być sekwencja obrazów przeznaczonych do przedstawienia kinematograficznego, tzn. wywołujących

14 M.Mozgawa, J.Szczotka, *Ochrona...*, op. cit., s. 18; Na temat utrwalenia utworu por. szerzej A.Karpowicz, *Autor–Wydawca, Poradnik prawa autorskiego*, Warszawa 1994, s. 20.

15 M.Mozgawa, J.Szczotka, *Ochrona...*, op.cit., s. 18.

16 M.Mozgawa, J.Szczotka, *Ochrona...*, op.cit., s. 18.

17 J.Szczotka, *Wprowadzenie...*, op.cit., s. 49.

wrażenie ruchu). Takie rozwiązanie przyjęte jest w ustawodawstwach innych państw (np. we Francji)¹⁸.

Nie ma znaczenia rodzaj i przeznaczenie zarejestrowanych obrazów oraz sposób ich tworzenia. Może to być np. utrwalenie proste, mechaniczne, bez elementów osobistej inwencji osoby dokonującej zapisu. Z powyższego wynika, że fonogramy i wideogramy będące przedmiotem ochrony praw pokrewnych nie muszą być utworami w rozumieniu prawa autorskiego, chociaż najczęściej takie powiązanie będzie występowało¹⁹.

Trzeba wyraźnie podkreślić, że – zgodnie z art. 96 p.a. – przepisy polskiej ustawy stosuje się tylko do tych fonogramów, których producent ma na terytorium RP miejsce zamieszkania lub siedzibę oraz tych, których ochrona wynika z umów międzynarodowych. W świetle przepisów kodeksu cywilnego miejscem zamieszkania osoby fizycznej jest miejscowość, w której osoba ta przebywa z zamiarem stałego pobytu (art. 25 k.c.), zaś siedzibą osoby prawnej jest miejscowość, w której siedzibę ma jej organ zarządzający, jeśli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowi inaczej (art. 41 k.c.). Zasadne wydaje się być twierdzenie, iż utworzone w Polsce przedstawicielstwo producenta mającego miejsce zamieszkania za granicą nie wypełnia przytoczonej przesłanki stosowania ustawy polskiej. Decydujące znaczenie będzie miało zatem przystąpienie naszego kraju do konwencji rzymskiej z 1961 r. o ochronie artystów – wykonawców, producentów fonogramów i organizacji radiowo-telewizyjnych. Pozwoli to stosować przepisy naszej ustawy do obcych fonogramów chronionych na podstawie tej konwencji.

Znamię czasownikowe rozpowszechniania ujmujemy jako udostępnianie (w tym przypadku utworu czy artystycznego wykonania) innym osobom, przy czym przepis nie stawia wymogu, aby rozpowszechnianie to było publiczne. Jednakże – jak podkreśla się w doktrynie – do istoty rozpowszechniania należy, aby sprawca bądź pragnął, bądź godził się z tym, że coś (np. wiadomość) dotrze do nieograniczonego, a przynajmniej szerokiego kręgu osób²⁰. Na gruncie prawa autorskiego typowym przykładem rozpowszechniania utworu będzie np. wyemitowanie go przez radio lub telewizję bądź opublikowanie w prasie. Z drugiej jednak strony za rozpowszechnianie należy uznać działanie tego typu, gdy krąg odbiorców jest stosunkowo niewielki, np. przekazywanie wydrukowanego utworu przypadkowo napotkanym osobom.

18 M. Mozgawa, J. Szczotka, *Ochrona ...*, op. cit., s. 18.

19 M. Mozgawa, J. Szczotka, *Ochrona ...*, op. cit., s. 18; M. Mozgawa, *Prawnokarne aspekty nowego prawa autorskiego*, (w:) *Kierunki i stan reformy prawa karnego*, Lublin 1995, s. 43.

20 M. Siewierski, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, część szczególna, Warszawa 1987, s. 463.

Mówiąc o zniekształcaniu mamy na myśli umyślne zdeformowanie go, przedstawienie w sposób odbiegający od jego rzeczywistej zawartości, przy czym dokonane zmiany mogą odnosić się zarówno do formy jak i treści (np. niedozwolony skrót). Ustawa stawia wymóg, aby zniekształcenie miało miejsce publicznie. Należy wyraźnie oddzielić od siebie pojęcia publicznie i w miejscu publicznym. Sprawca działa publicznie, gdy jego zachowanie może być dostrzeżone przez nieoznaczoną liczbę osób (np. wypowiedź w prasie) albo – jak zauważa L.Gardocki – przez oznaczoną, ale większą liczbę osób (np. przez zgromadzonych na zebraniu pracowników fabryki)²¹. Z kolei miejsce jest publiczne, jeśli jest dostępne bez specjalnego zezwolenia bliżej nie określone kręgowi osób. Znamię publicznie wskazuje nie tyle na miejsce, co na sytuację, której jednak nie należy traktować *in abstracto*, lecz *in concreto*²². Choć zazwyczaj zachowanie w miejscu publicznym ma charakter publiczny, to jednak może być inaczej, np. czyn sprawcy dokonany na całkowicie pustej ulicy, czy popełniony nocą w odludnym miejscu, w którym nikogo nie było. Może być również tak, że zachowanie sprawcy w miejscu, które nie jest publicznym będzie jednak miało charakter publiczny, np. wypowiedź w studiu telewizyjnym w trakcie audycji „na żywo”.

W myśl art. 115 ust. 3, kto w celu uzyskania korzyści majątkowej w inny sposób niż określony w ust. 1 i 2 narusza cudze prawo autorskie lub prawa pokrewne określone w art. 16, 17, 18, 86, 94 ust. 2 i art. 97 podlega karze pozbawienia wolności do roku, ograniczenia wolności albo grzywny. Rację ma Z.Ćwiąkałski, który krytycznie odnosi się do takiej konstrukcji twierdząc, że zwrot „w inny sposób niż określony narusza” pozbawiony jest zespołu znamion czynu zabronionego, który spełnia funkcje gwarancyjne, wynikające z zasady *nullum crimen sine lege*²³. Przepis art. 115 ust. 3 mówi o naruszeniu autorskich praw osobistych (art. 16), autorskich praw majątkowych (art. 17 i 18), prawa do artystycznych wykonań (art. 86), prawa do fonogramów i wideogramów (art. 94 ust.2) oraz prawa do nadań (art. 97). Znamię czasownikowe zostało określone ogólną formułą „narusza”, które to pojęcie ma w języku polskim wiele znaczeń, tj. ująć coś z jakiejś całości, napocząć; uszkodzić zepsuć, zakłócić; zerwać, złamać, nie dotrzymać²⁴. Ustawodawca włączył w skład ustawowych znamion czynu zabronionego cel uzyskania korzyści majątkowej, który musi przyświecać sprawcy. Korzyść majątkową będziemy rozumieli analogicznie, jak ma to miejsce na gruncie art. 120 § 3 k.k.

21 L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1994, s. 203.

22 K. Buchała, Prawo karne materialne, Warszawa 1989, s. 207.

23 Z. Ćwiąkałski, Komentarz..., op. cit., s. 478.

24 Słownik Języka Polskiego PWN, Warszawa 1984, t. II, s. 285.

2. Art. 116

W myśl art. 116 ust. 1 kto bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom rozpowszechnia cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystyczne wykonanie, fonogram, wideogram albo nadanie podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. Dla bytu przestępstwa konieczne jest, aby sprawca działał bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom. W grę wchodzi zatem świadome działanie sprawcy bez odpowiedniego zezwolenia pochodzącego od twórcy lub innego uprawnionego podmiotu albo też pogwałcenie przez sprawcę warunków określonych w posiadanym przez niego zezwoleniu, np. dokonanie tzw. naddruku książek.

Przepis art. 116 ust. 1 posługuje się pojęciem „cudzy utwór”. Można zatem postawić pytanie, czy w tym przypadku (podobnie zresztą jest na gruncie art. 117 ust. 1 p.a.) chodzi o utwór, do którego posiada się prawo autorstwa czy też tylko prawa majątkowe? Może być bowiem tak, że autor zbył uprawnienia do majątkowej eksploatacji utworu, a mimo to rozpowszechnia go, czerpiąc z tego tytułu korzyści majątkowe, przy okazji wyrządzając szkodę osobie uprawnionej do rozpowszechniania utworu. Według M. Byrskiej sprawca dalej rozpowszechnia „swój” utwór, a skoro przepis mówi wyraźnie o „cudzym utworze”, tak więc w omawianym przypadku ustawowe znamiona tego przestępstwa nie zostaną zrealizowane²⁵.

Znamię czasownikowe zostało określone słowem „rozpowszechnia”, występujące już w przepisie art. 115 ust. 2 p.a., a które w przedmiotowym kontekście należy ujmować jako „uczynienie utworu powszechnie znanym i w tym celu udostępnienie go innym osobom”²⁶. Może chodzić tu przykładowo o emisję radiową, telewizyjną, publiczny występ, wprowadzenie do obrotu książek. Słusznie zauważa Z. Ćwiąkałski, że nie jest rozpowszechnianiem jednorazowe udostępnienie utworu tylko w najwęższym kręgu najbliższych krewnych, znajomych lub współpracowników, np. pomagających przy utrwalaniu lub zwielokrotnianiu utworu²⁷.

Przestępstwo to może być popełnione jedynie z winy umyślnej w postaci zamiaru bezpośredniego. Należy jednak zwrócić uwagę, że ustawa w art. 116 ust. 4 penalizuje także zachowania nieumyślne, gdzie w grę wchodzi może zarówno lekkomyślność jak i niedbalstwo.

W art. 116 ust. 2 i 3 zawarte zostały typy kwalifikowane, przy czym w ust. 2 znamieniem kwalifikującym jest cel osiągnięcia przez sprawcę korzyści majątk-

²⁵ M. Byrska, *Prawnokarna ochrona programów komputerowych w nowym prawie autorskim*, (w:) *Przestępczość komputerowa*, pod red. A. Adamskiego, Poznań 1994, s. 218.

²⁶ Z. Ćwiąkałski, *Komentarz...*, op. cit., s. 481.

²⁷ Z. Ćwiąkałski, *Komentarz...*, op. cit., s. 481.

kowej, a w ust. 3 gdzie przewidziano sytuację, w której sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 stałe źródło dochodu albo działalność przestępną, określoną w ust. 1 organizuje lub nią kieruje. Uczynienie sobie przez sprawcę stałego źródła dochodu z przestępstwa nie oznacza, że jest to jedyne zajęcie sprawcy lub zawodowe. Musi to być jednak źródło dochodu dające korzyść w sposób, który można określić jako stały, a zatem powtarzający się w pewnym czasie²⁸. Trzeba podkreślić, że ustawa nie wymaga, aby sprawca z popełnienia przestępstwa określonego w art. 116 ust. 1 uczynił sobie główne źródło dochodu. Stałe źródło dochodu nie jest bowiem równoznaczne z wyłącznym źródłem dochodu; może to być zatem źródło dochodu współistniejące z innymi, byle tylko miało charakter stały, a nie sporadyczny.

Gdy chodzi o pozostałe znamiona kwalifikujące, tzn. organizowanie i kierowanie działalnością przestępną, to należy stwierdzić, że możliwe są różne ich wzajemne odniesienia. I tak organizator może kierować ową działalnością, może być jednak i tak, że kto inny organizuje przestępną działalność, a kto inny nią później kieruje. Organizowanie należy kojarzyć z pojęciem przygotowanie, które na gruncie kodeksu karnego ma ściśle określoną treść (art. 14 k.k.). W grę może zatem wchodzić np. nabywanie lub przysposabianie środków, zbieranie informacji, sporządzanie planu działania, wchodzenie w porozumienie z inną osobą celem popełnienia przestępstwa. Jak zauważa Z.Ćwiąkałski „Organizator jest zazwyczaj autorem pomysłu i szczegółowego planu, koordynatorem działań na etapie początkowym. „Organizowaniem” będzie np. ustalenie i zapewnienie sposobu sfinansowania przedsięwzięcia, zapewnienie transportu, ustalenie liczby potrzebnych kolporterów lub nabywców, gdy przestępstwo polega na nielegalnym rozpowszechnianiu książki lub kasety”²⁹. Z kolei „kierowanie działalnością przestępną” należy rozumieć tak jak czyni to kodeks karny, gdy mówi o sprawstwie kierowniczym w art. 164 „Odpowiada za sprawstwo... także ten, kto kieruje wykonaniem przez inną osobę czynu zabronionego”. Jak słusznie zauważa SN w wyroku z dnia 30 maja 1975 r. (Rw 204/75)³⁰ istotą sprawstwa kierowniczego według art. 16 jest to, że osoba kierująca realizacją przez inną osobę czynu zabronionego znajduje się w takiej sytuacji, w której ma rzeczywistą możliwość faktycznego panowania nad rozwojem i przebiegiem bezprawnej akcji. Istotnym elementem tego panowania jest to, że od decyzji osoby kierującej popełnieniem przez inną osobę czynu zabronionego zależy

²⁸ F. Prusak, *Ustawa karna skarbową z komentarzem*, Warszawa 1992, s. 57.

²⁹ Z.Ćwiąkałski, *Komentarz...*, op. cit., s. 485.

³⁰ OSNKW 1975, nr 8, poz. 115.

rozpoczęcie i prowadzenie, a także zmiana lub nawet przerwanie całej bezprawnej akcji.

Biorąc pod uwagę fakt, że w przepisie art. 116 ust. 3 występują dwa znamiona kwalifikujące (stałe źródło dochodu oraz organizowanie lub kierowanie działalnością przestępną) może mieć miejsce taka sytuacja, w której sprawca realizuje oba te znamiona równocześnie. W takim przypadku będzie to niewątpliwie okoliczność wpływająca na wymiar kary (nie będziemy jednak mogli mówić o realnym zbiegu przestępstw).

3. Art. 117

Art. 117 ust. 1 p.a. stanowi, że kto bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom utrwala lub zwielokrotnia cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystyczne wykonanie, fonogram, wideogram lub nadanie, godząc się na ich rozpowszechnianie podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. Podobnie jak w przepisie art. 116 ust. 1, zawarta została tu klauzula „bez uprawnienia lub wbrew jego warunkom”; uwagi poczynione na gruncie art. 116 w tym zakresie zachowują tu aktualność. Sama ustawa wyróżnia – w art. 50 pkt. 1 i 2 – utrwalanie i zwielokrotnianie (określoną techniką) jako odrębne pola eksploatacji. Przez „utrwalenie” rozumieć należy zarejestrowanie, np. utworu, fonogramu czy wideogramu na odpowiednim nośniku materialnym, np. zarejestrowanie laserowe na płytach, zapis magnetyczny na specjalnych taśmach, rejestracja metodą pośrednią. Wydaje się, że – zgodnie z językowym znaczeniem określenia „utrwalenie” – jego istotą jest to, że np. obraz lub głos został zarejestrowany, tzn. możliwe jest jego późniejsze odtworzenie. Przez „zwielokrotnianie” – według Z. Ćwiąkałskiego – należy rozumieć „zwiększanie dowolną techniką liczby egzemplarzy nośników chronionego dobra”³¹. Przesłankę stypizowaną w art. 117 ust. 1 ma charakter materialny (skutkowy), jest bowiem dokonane dopiero z chwilą utrwalenia lub zwielokrotnienia.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że przesłanką konieczną dla zaistnienia odpowiedzialności karnej sprawcy jest to, aby po jego stronie występowało co najmniej „godzenie się” na rozpowszechnianie utrwalanych, czy zwielokrotnianych utworów, artystycznych wykonania, fonogramów itd. Słusznie zwraca się uwagę w doktrynie, że przestępstwo z art. 117 ust. 1 p.a. ma charakter przygotowania do popełnienia przestępstwa z art. 116 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych, tzn. rozpowszechniania utworów itp.³². Tak więc nawet bez istnienia przepisu art. 117 ust. 1 przygotowanie do przestępstwa z art. 116

³¹ Z. Ćwiąkałski, *Komentarz...*, op. cit., s. 488.

³² Z. Ćwiąkałski, *Komentarz...*, op. cit., s. 487.

mogłoby być karalne na podstawie przepisu art. 14 k.k., oczywiście przy założeniu, iż ustanowiono by karalność przygotowania w tym przypadku. Trzeba jednak pamiętać, że na gruncie kodeksu karnego przewidziano karalność przygotowania jedynie z zamiarem bezpośrednim, natomiast przepis art. 117 ust. 1 używa sformułowania „godząc się na ich rozpowszechnianie”, a tym samym przesądza o możliwości wejścia w życie również zamiaru ewentualnego. Wydaje się, że – chociaż przepis art. 117 ust. 1 p.a. nie mówi wprost o „chcieniu” przez sprawcę rozpowszechniania – taka sytuacja jest jak najbardziej prawdopodobna. Często będzie przecież tak, iż ten sam sprawca najpierw np. utrwala utwór czy go zwielokrotnia, a potem zaś go rozpowszechnia. Ustawa o prawie autorskim nie używa sformułowania „chcąc albo godząc się”, jednakże wykładnia logiczna przemawia za zastosowaniem w przypadku wystąpienia zamiaru bezpośredniego przepisu art. 117 ust. 1 p.a., bowiem za takim rozwiązaniem przemawia argumentacja *a minori ad maius*³³. Według Z.Ćwiąkałskiego „W przypadku gdy sprawca, działając bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom, utrwala lub zwielokrotnia cudzy utwór w sposób przewidziany w przepisie art. 117 ust. 1, godząc się przy tym z możliwością jego rozpowszechniania, a następnie sam go rozpowszechnia (art. 116 ust. 1) należy przyjąć kumulatywny zbieg obu przepisów ustawy w sensie art. 10 § 2 k.k.”³⁴. Wydaje się, że powyższy pogląd nie jest słuszny, bowiem w przedmiotowej sytuacji będziemy mieli do czynienia nie z jednym a z wieloma czynami, czyli w rezultacie z rzeczywistym zbiegiem przestępstw.

Art. 117 ust. 2 p.a. przewiduje kwalifikowaną postać przestępstwa, która ma miejsce wtedy, gdy sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1, tzn. bezprawnego utrwalania lub zwielokrotniania, stałe źródło dochodu albo działalność przestępną określoną w ust. 1 organizuje lub nią kieruje.

4. Art. 118

Art. 118 ust. 1 stanowi, że kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przedmiot będący nośnikiem utworu, artystycznego wykonania, fonogramu, wideogramu rozpowszechnianego lub zwielokrotnionego bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom nabywa, pomaga w jego zbyciu, przyjmuje albo pomaga w jego ukryciu podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. Należy pamiętać, że paserstwo spenalizowane jest również w art. 215 i 216 k.k., w art. 82 i 83 ustawy karnej skarbowej (paserstwo

³³ Z.Ćwiąkałski, Komentarz..., op. cit., s. 488.

³⁴ Z.Ćwiąkałski, Komentarz..., op. cit., s. 489.

celne) oraz w art. 122 kodeksu wykroczeń. Można sądzić, że w praktycznym stosowaniu norm prawa autorskiego pojawi się problem określenia wzajemnego stosunku powołanych wyżej przepisów do art. 118 p.a.³⁵. Jest to tym bardziej interesujące, że ustawodawca uczynił zachowanie stypizowane w art. 118 ust. 1 p.a. przestępstwem kierunkowym, bowiem sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W przypadku przestępstwa umyślnego paserstwa z art. 215 k.k. w grę może wchodzić zarówno zamiar bezpośredni, jak i ewentualny. Nie jest jednak jasne, dlaczego ustawodawca zdecydował się na podwójne złagodzenie w przypadku paserstwa dotyczącego przedmiotów będących nośnikami utworów, fonogramów itd. Złagodzenie jest podwójne, gdyż, po pierwsze sankcja w przypadku art. 118 ust. 1 jest zdecydowanie niższa niż w art. 215 k.k. (w art. 118 ust. 1 – kara pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny, zaś w art. 215 § 1 – kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5), po drugie zaś penalizacja w przypadku art. 118 ust. 1 p.a. będzie miała miejsce jedynie wtedy, gdy po stronie sprawcy wystąpi „cel osiągnięcia korzyści majątkowej” (*dolus coloratus*). Przepis art. 118 ust. 1 stanowi niewątpliwie *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 215 § 1 k.k. Istotną wadą obowiązującego prawa autorskiego jest to, iż w przypadku paserstwa nie przewiduje wykroczenia paserstwa, co może skutkować tym, że w sytuacjach, gdy przedmiotem czynu będzie np. kilka płyt kompaktowych, postępowanie może być umarzone z uwagi na znikomy stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu.

Jak słusznie zauważa Z.Ćwiąkalski „Przestępstwo z art. 118 ust. 1 ma charakter materialny (skutkowy), jeśli chodzi o zachowanie polegające na „nabyciu” i „przyjęciu”. Tu konieczne jest wejście w posiadanie rzeczy. Gdy natomiast chodzi o „pomaganie w zbyciu” i „pomaganie w ukryciu”, ma ono charakter formalny, gdyż nie jest istotne, czy rzeczywiście „zbycie” lub „ukrycie” nastąpiło”³⁶.

Typ kwalifikowany określony w art. 118 ust. 2 został stworzony na analogicznych zasadach jak w przepisie art. 116 ust. 3 czy art. 117 ust. 2 (tzn. w grę wchodzi uczynienie sobie przez sprawcę stałego źródła dochodu z przestępstwa bądź też organizowanie lub kierowanie działalnością przestępną).

5. Art. 119

Art. 119 p.a. stanowi, iż kto uniemożliwia lub utrudnia wykonywanie prawa do kontroli korzystania z utworu lub artystycznego wykonania albo odmawia

³⁵ M. Mozgawa, J. Szczotka, *Ochrona...*, op. cit., s. 18.

³⁶ Z.Ćwiąkalski, *Komentarz...*, op. cit., s. 491.

informacji przewidzianych w art. 47 podlega karze grzywny. Jest to bezskutkowe przestępstwo umyślne (które może być popełnione w obu postaciach zamiaru). Poprzez „uniemożliwienie” należy rozumieć próbę uczynienia kontroli niemożliwą do urzeczywistnienia, niedopuszczanie do czynności kontrolnych. Natomiast w przypadku „utrudniania” chodzi o stanowienie lub stwarzanie przeszkody w procesie wykonywania kontroli, chociaż bez jej uniemożliwienia. Z kolei „odmówienie informacji” to tyle co nie zgodzenie się na podanie danych, o które ktoś uprawniony prosił (czy wręcz ich żądał). „Odmówienie informacji” przepis łączy w sposób wyraźny z art. 47 p.a. stanowiącym, co następuje: „Jeżeli wynagrodzenie twórcy zależy od wysokości wpływów z korzystania utworu, twórca ma prawo do otrzymania informacji i wglądu w niezbędnym zakresie do dokumentacji mającej istotne znaczenie dla określenia wysokości tego wynagrodzenia”³⁷.

Zgodnie z przepisami ustawy, w razie warunkowego umorzenia postępowania albo warunkowego zawieszenia wykonania kary pozbawienia wolności w sprawie o przestępstwa określone w art. 115, 116 lub 117, zobowiązuje się sprawcę do naprawienia całości albo części szkody wyrządzonej przestępstwem, jeżeli nie została ona naprawiona (art. 120 p.a.). W wypadku skazania za czyn określony w art. 115, 116, 117 lub 118 sąd orzeka przepadek przedmiotów pochodzących z przestępstwa, chociażby nie były one własnością sprawcy (art. 121 ust.1 p.a.). W takim przypadku sąd może orzec również przepadek przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa, nawet jeżeli sprawca nie był ich właścicielem (art. 121 ust. 2 p.a.).

Stosownie do art. 123 p.a. Minister Sprawiedliwości, w drodze rozporządzenia, może wyznaczyć sądy rejonowe właściwe do rozpoznawania spraw karnych dotyczących naruszenia praw autorskich i praw pokrewnych, co jak się wydaje jest uzasadnione specyfiką tych procesów i brakiem odpowiedniego doświadczenia sędziów³⁸.

III. Rezultaty badań empirycznych

1. Uwagi wstępne

Badaniami objęto sprawy prowadzone w jednostkach organizacyjnych (wojewódzkich i rejonowych) w okręgu lubelskiej prokuratury apelacyjnej (obejmującym województwo lubelskie, chełmskie, zamojskie, bielsko-podlaskie,

³⁷ W kwestiach związanych z wynagrodzeniem twórcy por. A.Karpowicz, *Autor...*, op. cit., s. 72 i n.

³⁸ J.Barta, R.Markiewicz, *Nowe prawo autorskie, Standardy i osobliwości*, Rzeczpospolita z 2 sierpnia 1994 r., Nr 178 (3827), s. 11.

siedleckie), zakończone merytorycznie w drugim półroczu 1995 r. i pierwszym półroczu 1996 r. Stosownie do przyjętych kryteriów wyłoniono w sumie 30 spraw pochodzących z następujących jednostek: Prokuratura Rejonowa dla miasta Lublina – 24, Prokuratura Rejonowa w Zamościu – 2, Prokuratury Rejonowe: w Lubartowie, Siedlcach, Mińsku Mazowieckim i Sokołowie Podlaskim – po jednej.

Spośród badanych postępowań 21 załatwiono wniesieniem do sądu aktu oskarżenia, w pozostałych zaś 9 przypadkach wydano postanowienie o umorzeniu postępowania³⁹.

Jest rzeczą charakterystyczną, że analizowane przypadki dotyczyły dwóch zasadniczych stanów faktycznych:

- handlu nielegalnymi płytami i programami komputerowymi,
- rozpowszechniania w miejscach publicznych utworów muzycznych.

2. Handel nielegalnymi płytami i programami komputerowymi

W tej grupie przypadków zbadano 18 spraw (w tym 17 z Prokuratury Rejonowej dla m. Lublina). Jest rzeczą interesującą, że jedynie w czterech sprawach oskarżonymi byli Polacy, w pozostałych zaś sprawcami byli obywatele Armenii (9), Ukrainy (4), Białorusi (1).

W ośmiu sprawach postanowienia o wszczęciu postępowania zostały wydane przez policję (pomimo że chodziło o przestępstwa ścigane z oskarżenia prywatnego, w 5 sprawach błędnie powołano art. 116 ust. 3 p.a., natomiast w pozostałych 3 przypadkach albo nie podano w ogóle kwalifikacji prawnej czynu, albo też była ona nieprecyzyjna). W siedmiu sprawach postanowienie o wszczęciu postępowania wydał prokurator (po przedstawieniu przez policję zebranych materiałów), przy czym w 4 spośród tych spraw powołano się na art. 50 k.p.k., jednakże bez wyjaśnienia w czym wyrażała się potrzeba ochrony interesu społecznego. W pozostałych 3 przypadkach (z owych siedmiu) nie powołano przepisu art. 50 k.p.k., chociaż przyjęta w postanowieniu o wszczęciu kwalifikacja prawna tego wymagała. W trzech sprawach prokurator dał wyraz woli ścigania z urzędu czynów, co do których wydane zostały policyjne postanowienia o wszczęciu postępowania.

Jeśli chodzi o kwalifikację prawną czynów to należy zauważyć, że w 13 sprawach przyjęto, iż sprawcy rozpowszechniali cudze utwory (przy czym w 12 przypadkach oskarżonym przypisano działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej). Jest rzeczą charakterystyczną, iż opis czynu z reguły nie wyjaś-

³⁹ Cztery spośród spraw umorzonych dotyczyły stanów faktycznych zaistniałych na gruncie dawnej ustawy o prawie autorskim z 1952 r., dlatego też pozostawiono je poza obszarem zainteresowania.

niał, w jaki sposób dochodzi do rozpowszechniania (jedynie w 5 sprawach Prokuratury Rejonowej dla m. Lublina wskazano, że rozpowszechnianie polegało na „oferowaniu do sprzedaży”). Niektórzy autorzy aktów oskarżenia mieli wyraźne wątpliwości co do tego, co jest przedmiotem rozpowszechniania; w 7 sprawach wskazano na nośniki utworów (płyty kompaktowe, „kasety gier”), w 3 podkreślono, że chodzi o cudze utwory, w kolejnych zaś 3 sprawach stwierdzono, że chodzi o „utwory w postaci płyt CD” lub też „płyty z cudzymi utworami”. We wszystkich badanych sprawach w zarzutach przedstawianych sprawcom wymieniono wśród znamion element „braku uprawnień” po stronie sprawcy, brak było jednak informacji, w jaki sposób określenie to było rozumiane.

W omawianej grupie przypadków przyjmowano najczęściej kwalifikację prawną z art. 116 ust. 2 p.a. (w dwóch sprawach czyny sprawców zakwalifikowano natomiast z art. 116 ust. 1, w jednej – z art. 116 ust. 1 i 2 p.a. oraz w w jednej z art. 116 ust. 1 i 2 p.a. oraz art. 118 ust. 1 p.a. w zw. z art. 10 § 2 k.k.).

Spośród wszystkich spraw zakończonych aktami oskarżenia 5 zakwalifikowano jako paserstwo (choć w 3 z tych przypadków podejrzani zostali zatrzymani w trakcie handlu płytami kompaktowymi na bazarach). Przyjęte kwalifikacje prawne budzą poważne wątpliwości. Wypada bowiem zauważyć, że prawo autorskie wyraźnie różnicuje utwór, artystyczne wykonanie, fonogram czy wideogram od nośników utworu, artystycznego wykonania, fonogramu czy wideogramu. Przepis art. 116 mówi zaś wyraźnie o „rozpowszechnianiu (bez uprawnienia lub wbrew jego warunkom) cudzego utworu w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystycznego wykonania, fonogramu, wideogramu lub nadania”, zaś nie chodzi tu o rozpowszechnianie nośników tych utworów, fonogramów itp. W związku z tym przede wszystkim należy sądzić, że w przedmiotowych przypadkach kwalifikacja z art. 116 jest wadliwa. Ponadto, wydaje się, iż w prawie autorskim występuje luka w zakresie penalizacji wprowadzania do obrotu (bez uprawnienia lub wbrew jego warunkom) przedmiotów będących nośnikami utworów, artystycznych wykonania, fonogramów lub wideogramów.

Z kolei, gdy chodzi o kwalifikację analizowanych zachowań (polegających na wprowadzaniu do obrotu „nielegalnych” płyt kompaktowych czy CD-Romów) z art. 118 p.a., to również nasuwają się tu pewne wątpliwości. Przepis art. 118 ust. 1 p.a. stanowi bowiem, iż „kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej przedmiot będący nośnikiem utworu, artystycznego wykonania, fonogramu, wideogramu rozpowszechnianego lub zwielokrotnianego bez uprawnienia albo wbrew jego warunkom nabywa, pomaga w jego zbyciu, przyjmuje albo pomaga w jego ukryciu”. Ustawa nie mówi zatem nic o „wprowadzaniu do obrotu” przedmiotów będących nośnikami utworów, fonogramów itp., choć jest rzeczą oczywistą, iż ten kto dany przedmiot wprowadza do obrotu musiał go przedtem nabyć, czy przyjąć.

Rodzi się również problem ewentualnej odpowiedzialności osoby nabywającej do swojego użytku „nielegalne” płyty muzyczne czy programy komputerowe. Czy można postawić jej zarzut naruszenia przepisu art. 118 p.a.? Na pewno bowiem nie może wejść w grę przepis art. 215 k.k., ponieważ art. 118 p.a. stanowi *lex specialis* w stosunku do 215 k.k. Wydaje się, że taka osoba nie będzie ponosiła w ogóle odpowiedzialności karnej, bowiem dla bytu przestępstwa z art. 118 konieczne jest wystąpienie po stronie sprawcy „celu osiągnięcia korzyści majątkowej”. Zgodnie z przyjętymi w tej kwestii poglądami doktryny i ustalonym orzecznictwem korzyścią majątkową jest zarówno powiększenie majątku, jak i zmniejszenie pasywów, zatem osoba kupująca np. „nielegalne” płyty kompaktowe dla siebie nie działa „w celu osiągnięcia korzyści majątkowej” (inaczej jest natomiast, gdy czyni to w celu dalszej odsprzedaży z zyskiem).

Gdy chodzi o problematykę dowodową, to istotne znaczenie miało ustalenie, czy zabezpieczone płyty, CD-Romy oraz cartridge z gramami komputerowymi miały charakter „piracki”. Ustalenia w poszczególnych sprawach zostały dokonane w następujący sposób:

- jedynym dowodem były zeznania policjantów dokonujących zabezpieczenia płyt CD, którzy w toku przesłuchań stwierdzili, że okładki płyt miały w pięciu sprawach podejrzany wygląd (brak hologramów, zamazany druk, wyblakłe kolory). Z akt spraw nie wynika jednak, aby policjanci dysponowali wiedzą fachową potrzebną do oceny legalności płyt;
- w dwóch sprawach policjanci wysłali same obwoluty (bez płyt) z prośbą o ich ocenę do Związku Producentów Audio-Video (ZPAV). ZPAV przekazał obwoluty do ZAiKS-u, w rezultacie w aktach sprawy znalazły się opinie zarówno ZPAV, jak i ZAiKS-u (wskazujące czyje prawa autorskie zostały naruszone);
- w jednej sprawie obwoluty zostały przesłane do International Federation of The Phonography Industry, skąd przesłano je poszczególnym producentom (w aktach sprawy znajdują się odpowiedzi tych firm, które uznały, że naruszono ich prawa autorskie);
- w 8 sprawach do Lublina przyjeżdżali przedstawiciele bądź pełnomocnicy producentów: Poly Gram, Pomaton Emi, Nintendo of America, którzy przesłuchani w charakterze świadków wypowiadali się – po obejrzeniu obwolut płyt lub cartridge gier (przy czym nie były to procesowe okazania) – czy prawa autorskie ich przedsiębiorstw zostały naruszone (tak co do utworów muzycznych, jak i projektów graficznych okładek). W 4 przypadkach przedstawiciele poszczególnych firm zabierali obwoluty i przekazywali je innym producentom do oceny (do akt sprawy załączano wówczas pisma od tych pokrzywdzonych).

Jak się zdaje ten sposób postępowania był stosowany w sytuacjach, gdy policja dokonała zabezpieczenia większej liczby przedmiotów stanowiących nośniki utworów.

W 2 sprawach ustalenia przebiegały dwutorowo: policja zarówno wystąpiła do IFPI, jak i dokonała przesłuchania przedstawicieli tych przedsiębiorstw.

Interesujące wydaje się również to, iż oceny legalności, czy też nielegalności płyt, CD-Romów często dokonywały podmioty zainteresowane, na podstawie tylko i wyłącznie okładek, bez wnikania w to jak wygląda sam nośnik utworu (choć przecież nietrudno sobie wyobrazić oryginalną płytę z kserokopią okładki). Wydaje się, iż stosowanie tego rodzaju ułatwień w postępowaniu jest niewłaściwe.

Gdy chodzi o inne zagadnienia związane z postępowaniem przygotowawczym i sądowym, to na pierwszy plan wysuwa się kwestia ustalania świadomości sprawców co do tego, czy pozostające w ich dyspozycji przedmioty stanowiące nośniki utworów (głównie muzycznych i programów komputerowych) zawierają utwory zwielokrotnione lub (i) rozpowszechnione w sposób nielegalny. Na podstawie analizy materiału aktowego można jednak sądzić, że prowadzący postępowanie zarówno policjanci, jak i prokuratorzy (czy wreszcie sądy) nie przywiązują do tego zagadnienia właściwej wagi.

Jedynie w 4 sprawach podejrzani zostali wprost zapytani o to, czy wiedzieli, że handlują nagraniami pirackimi; w 3 z tych spraw podejrzani wyjaśnili, że nie mieli takiej świadomości, w czwartej zaś sprawca stwierdził, że było mu to obojętne. Ogólnie rzecz biorąc, pytania zadawane podejrzany prowadziły do odpowiedzi, z których wynikało, że nie wiedzieli, iż handel płytami i programami komputerowymi jest zabroniony. Zauważyć należy, że pytania takie zadawane były w większości obywatelom Armenii, Rosji i Ukrainy, którzy twierdzili, że, po pierwsze, w ich krajach taki handel nie doznaje żadnych ograniczeń, a po drugie, iż na polskich bazarach płytami handluje się w sposób jawny (w części spraw podejrzani ci kupili płyty bez żadnego ryzyka właśnie w Polsce).

W 13 sprawach podejrzani zapytani zostali o źródło pochodzenia zakwestionowanych nośników. I tak:

- w 5 sprawach udzielono odpowiedzi, że płyty CD zostały przywiezione z Bułgarii, Rosji, Ukrainy i Armenii,
- w 8 sprawach płyty i cartridge zostały kupione na polskich targowiskach (z reguły na Stadionie Dziesięciolecia w Warszawie).

W dwóch sprawach działania policji zainspirował pełnomocnik jednej z firm zajmujących się ochroną praw producentów, który nabył cartridge od osób oferujących je do sprzedaży, w kilku innych sprawach można domniemywać, że funkcjonariusze policji dopuszczali się wobec sprzedających swoistej (nie-

dozwolonej) prowokacji (ocena tego zagadnienia jest jednak trudna ze względu na nieprecyzyjną treść zeznań funkcjonariuszy dokonujących zatrzymań).

3. Publiczne odtwarzanie utworów muzycznych

W tej grupie znalazły się jedynie 3 sprawy zakończone aktami oskarżenia.

Dwa postępowania prowadzone przez prokuraturę Rejonową w Zamościu dotyczyły odtwarzania w kawiarni utworów muzycznych z taśm magnetofonowych. W obu przypadkach czyny sprawców zakwalifikowano z art. 116 ust. 1 i 2 p.a. precyzując w zarzutach, że sprawcy działając w celu osiągnięcia korzyści majątkowej i bez wymaganych uprawnień, rozpowszechniali cudze utwory narażając przez to ZAIKS na straty. W obu przypadkach postępowania zainicjowano na skutek zawiadomienia przedstawicieli ZAIKS-u. Fakt odtwarzania utworów muzycznych w kawiarniach potwierdził zatrudniony tam personel, przesłuchani zaś w charakterze świadków pracownicy ZAIKS-u poza wyliczeniem zaległych tantiem oświadczyli, że kierownicy lokali uchylali się od zawarcia umów uprawniających ich do publicznego odtwarzania nagrań. Ze sformułowań typowej umowy proponowanej na firmowym druku przez ZAIKS wynika, że licencjobiorca zyskuje na jej mocy prawo do wykorzystywania (publicznego odtwarzania) utworów z repertuaru ZAIKS-u, w zamian zaś jest zobowiązany do odprowadzania tantiem w wysokości naliczanej w umówiony sposób.

W obu przypadkach zawiadomienia ZAIKS-u zostały przekazane z prokuratury do policji z poleceniem wszczęcia postępowania z art. 116 ust. 1 i 2 p.a. (przed skierowaniem spraw do sądu, w żadnej z nich nie podjęto decyzji co do stosowania art. 50 k.p.k.). Jedna z tych spraw doczekała się już sądowego rozstrzygnięcia (zapadł w niej wyrok uniewinniający).

W trzeciej sprawie skierowano akt oskarżenia przeciwko osobie, której przedstawiono zarzut, że w okresie sierpnia i września 1995 r. organizowała w wynajmowanym przez siebie lokalu dyskoteki, w trakcie których odtwarzano utwory chronione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nie posiadając przy tym stosownego uprawnienia. Czyn ten zakwalifikowano z art. 116 ust. 2 p.a., a sąd w nakazie karnym – którym orzekł grzywnę w wysokości 500 zł – powielił opis i kwalifikację czynu zaproponowaną w akcie oskarżenia.

Sądy orzekając w przedstawianych powyżej sprawach nie były zbyt surowe dla sprawców. W zakończonych sprawach – a było ich 16 (spośród 21 spraw, w których wniesiono akt oskarżenia) – orzekano w drodze nakazu karnego grzywny (cztery razy 1000 zł, 2 razy 600 zł, 2 razy 1500 zł i po jednym razie: 500, 550, 800, 1300, 1600, 2000 i 3000 zł). We wszystkich przypadkach, gdy w grę wchodziło wprowadzanie do obrotu płyt kompaktowych, CD-Romów z programami komputerowymi czy cartidgy gier, orzekano przepadek rzeczy. W jednej sprawie zapadł zaś wyrok uniewinniający.

Gdy chodzi o sprawy, w których postępowania zakończono w inny sposób (niż wniesienie aktu oskarżenia), to do tej grupy zaliczono łącznie 9 spraw. W 4 sprawach zdarzenia miały miejsce przed wejściem w życie nowej ustawy o prawie autorskim.

Pozostałe 5 spraw (wszystkie prowadzone przez Prokuraturę Rejonową dla m. Lublina) dotyczyły jednorodnej problematyki, a mianowicie publicznego odtworzenia utworów muzycznych, a dodatkową ich wspólną cechą było to, iż wszystkie zostały zainicjowane skargami ZAIKS-u. Co do tych spraw należy stwierdzić co następuje:

- w 2 spośród nich sprawcami byli organizatorzy imprez rozrywkowych, zaś w 3 właściciele sklepów,
- w 4 sprawach pomiędzy tymi osobami a ZAIKS-em doszło wcześniej do podpisania odpowiednich umów licencyjnych. ZAIKS, pomimo monitów, nie był w stanie wyegzekwować przysługujących mu należności. Sprawcy nie kwestionowali z reguły warunków zawartych umów, a jedynie powoływali się na trudną sytuację materialną. We wszystkich tych przypadkach, zaległe tantiemy zostały uregulowane jeszcze w trakcie trwania postępowań. W dwóch sprawach skutkowało to umorzeniem postępowań na podstawie art. 26 k.k. w zw. z art. 11 pkt. 2 k.p.k. W jednej sprawie postępowanie umorzono wobec niestwierdzenia przestępstwa (choć w uzasadnieniu nie wykazano w jasny sposób, jakie były przesłanki takiej decyzji). W jednej sprawie odmówiono wszczęcia postępowania przygotowawczego. W kolejnej sprawie właściciel sklepu muzycznego odmawiał ZAIKS-owi podpisania umowy licencyjnej i odprowadzania tantiem. Ostatecznie jednak w trakcie dochodzenia (po przedstawieniu zarzutu popełnienia występku z art. 116 ust. 1 p.a.) podejrzany podpisał umowę i wyrównał zaległości, w związku z czym postępowanie umorzono wobec braku interesu społecznego w ściganiu z urzędu.

V. Wnioski końcowe

Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych – mimo jej niedostatków – jawi się jako znaczący krok w stronę przyjętych w świecie standardów w regulacjach prawnych.

Stypizowano w niej wiele czynów zabronionych, i formalnie rzecz ujmując, uzasadnione są nadzieje na szerokie wykorzystanie środków prawno-karnych w walce z szeroko rozumianym piractwem w zakresie prawa autorskiego i praw pokrewnych. Nie można jednak tracić z pola widzenia rysujących się trudności.

Po pierwsze, problematyka prawa autorskiego i praw pokrewnych jest w ogóle materią skomplikowaną, a aspekt prawno-karny nie ma prawie żadnych tradycji w polskim prawie karnym.

Po drugie, ukształtowana w nas mentalność nie pozwala reagować stanowczo na naruszenia praw autorskich (czy innych praw z dziedziny ochrony własności intelektualnej czy przemysłowej) na równi z tradycyjnymi przestępstwami przeciwko mieniu.

Po trzecie, przestępstwa określone w ustawie są w znacznej części ścigane z oskarżenia prywatnego (art. 115, 116 ust. 1, 2 i 4, art. 117 ust. 1 art. 118 ust. 1 art. 119), jedynie zaś typy kwalifikowane – z urzędu (art. 116 ust. 3, art. 117 ust. 2, art. 118 ust. 2). Instytucja oskarżenia prywatnego, w swojej klasycznej postaci, opiera się zaś na założeniu, że przestępstwo prywatnoskargowe godzi w sposób tak bezpośredni w dobro pokrzywdzonego, że sam fakt przestępstwa nie wymaga szczególnych zabiegów dowodowych dla jego wykrycia⁴⁰. W przypadku przestępstw naruszających prawa autorskie szansa wykrycia przestępstwa przez pokrzywdzonego jest jednak niewielka, tak więc niełatwo jest zrozumieć racje, jakimi kierował się ustawodawca uznając oskarżenie prywatne za odpowiedni tryb ścigania tego rodzaju przestępstw.

Słusznie zauważa R.Kmieciak, że „Jeżeli kierowano się wyłącznie jakoby niewielką wagą przestępstwa (...), to oznacza również, że zignorowano całkowie aspekt instrumentalny (realizacyjny) prawa karnego procesowego”⁴¹.

Jak wskazują wyniki przeprowadzonych badań, dochodzenie swoich praw w sprawach o przestępstwa prywatnoskargowe nie jest ani proste ani zbyt efektywne⁴². Nie byłoby chyba również praktyką prawidłową to, by prokuratorzy nagminnie wszczynali postępowanie w tego typu sprawach w trybie art. 50 k.p.k. Nie można bowiem zapominać, że interes społeczny jest okolicznością wyjątkową, a nie typową dla spraw ściganych z oskarżenia prywatnego. W praktyce chodzi tu o okoliczności związane z osobą sprawcy (np. działanie w warunkach recydywy) lub jego czynem (chuligański charakter, wyrządzenie znacznej szkody) albo też z osobą pokrzywdzonego (np. jej bezradnością) oraz o naruszenie przepisów w toczącym się już postępowaniu prywatnoskargowym⁴³.

Jak wynika z analizy przepisów art. 115–119 sporo wątpliwości powstaje przy próbie dokonania ich wykładni gramatycznej. I tak np. ustawa konstruuje

40 R. Kmieciak, Prawnodowodowe aspekty ochrony programów komputerowych w postępowaniu karnym (problematyka wszczęcia postępowania), referat wygłoszony na konferencji: Przeciwdziałanie i ściganie przestępstw związanych z naruszeniem praw autorskich programów komputerowych, Popowo 17–18 października 1996 r., s. 6.

41 R. Kmieciak, Prawnodowodowe ..., op. cit., s. 6.

42 Szerzej o tych kwestiach por. A. Gaberle, J. Czapska, Postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1983.

43 Por. na ten temat w pracy K. Marszał, Ingerencja prokuratora w ściganie przestępstw prywatnoskargowych w polskim procesie karnym, Warszawa 1980, s. 31 i n. Por. również S. Momot, Ingerencja prokuratora w sprawy o przestępstwa z ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych na podstawie art. 50 § 1 k.p.k., Prokuratura i Prawo 1997, nr 4, s. 127 i n.

typy czynów zabronionych przy odwołaniu się do pojęcia fonogramu i wideogramu, podczas gdy równocześnie nie zawiera definicji tych określeń. Poważne zastrzeżenia można mieć również do konstrukcji przepisu art. 115 ust. 3 p.a. (mówiącego: „Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w inny sposób niż określony w ust. 1 lub 2 narusza cudze prawo autorskie lub prawa pokrewne...”). Zwrot „w inny sposób niż określony narusza” pozbawiony jest zespołu znamion czynu zabronionego, który spełnia funkcje gwarancyjne, wynikające z zasady *nullum crimen sine lege*.

Wątpliwości dotyczą również konstrukcji przestępstwa paserstwa na gruncie prawa autorskiego. Nie jest jasne, dlaczego ustawodawca zdecydował się na podwójne złagodzenie w przypadku paserstwa dotyczącego przedmiotów będących nośnikami utworów, fonogramów itd. Złagodzenie – jak już wspomniano – jest podwójne, gdyż po pierwsze sankcja w przypadku art. 118 ust. 1 jest zdecydowanie niższa niż w art. 215 k.k., po drugie zaś penalizacja w przypadku art. 118 ust. 1 p.a. ma miejsce jedynie wówczas, gdy po stronie sprawcy wystąpi cel osiągnięcia korzyści majątkowej (*dolus coloratus*), zaś na gruncie k.k. w grę mogą wejść obie postacie zamiaru (a w przypadku art. 216 k.k. penalizowane jest także paserstwo nieumyślne). Szereg wątpliwości może również powstać przy określaniu wzajemnej relacji przepisów art. 118 p.a. a art. 82 i 83 u.k.s. (paserstwo celne), art. 122 kodeksu wykroczeń (i oczywiście relacji art. 118 p.a. do art. 215 i 216 k.k.).

De lege ferenda zasadny wydaje się również postulat odrębnego spenalizowania wprowadzania do obrotu (bez uprawnienia lub wbrew jego warunkom) przedmiotów będących nośnikami utworów, artystycznych wykonawców, fonogramów lub wideogramów.

Oszustwa ubezpieczeniowe

1. Pojawienie się w systemie prawa karnego nowych typów przestępstw prowadzi zwykle do dyskusji, w której często ścierają się poglądy aprobujące wolę ustawodawcy bądź będące jej przeciwnie. Nieczęsto zdarza się, aby fakt ingerencji prawa karnego w sposób kazuistyczny w sferę stosunków społecznych chronionych wcześniej przez normę o charakterze ogólnym spotkał się z tak szeroką akceptacją, jak miało to miejsce w przypadku ustawy o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego¹. Co więcej, powszechnie podnoszony był zarzut, że ustawę należało uchwalić przynajmniej dwa, trzy lata wcześniej.

Wzrost punitwności systemu karnego, który jest faktem po wejściu w życie wspomnianej ustawy, winien ograniczać eskalację czynów oraz zjawisk ocenianych społecznie jako szkodliwe. W sytuacji, gdy dotychczasowe rozwiązania normatywne z obszaru prawa karnego, zdawały się być obciążone znamieniem ułomności, konieczność skuteczniejszej ochrony obrotu gospodarczego nie budziła sprzeciwu. W praktyce okazywało się bowiem, że „oczywiste” malwersacje lub wręcz oszustwa np. kapitałowe czy ubezpieczeniowe, których w początkowym okresie obecnej dekady nie brakowało, rozmijały się z dyspozycją chociażby art. 205 § 1 k.k.².

Godzi się jednak przypomnieć, że już u progu lat siedemdziesiątych słusznie przyjęto, że w oszustwie sprawca nie musi nawet uzyskać mienia bezpośrednio, lecz na skutek rozporządzenia nim przez osobę oszukaną. Rozporządzenie takie należy rozumieć jak najszerzej³. Nie jest celem niniejszego opracowania poszukiwanie odpowiedzi na pytanie, dlaczego znamię „rozporządzenie mieniem” po upływie dwudziestu lat nabrało kształtu znamienia interpretowanego w sposób zawężający przez organy stosujące prawo; nie tylko zresztą w odniesieniu do oszustwa ubezpieczeniowego.

2. Zagadnienia obejmujące problematykę dogmatyczną oszustwa asekuracyjnego, należy poprzedzić próbą choćby pobieżnego usystematyzowania czynów godzących w szeroko pojęty interes zakładów ubezpieczeń, a w efekcie całego rynku ubezpieczeniowego w Polsce.

1 Dz. U. Nr 126, poz. 615 z 30 listopada 1994 r.

2 H. Pracki, Obrót gospodarczy pod ochroną – zagadnienia prawnokarne, Warszawa 1995, s. 47.

3 I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, WP, Warszawa 1973, s. 623; por. również wyrok Sądu Najwyższego OSNKW 129/66.

Najprawdopodobniej w związku z wejściem w życie Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, problematyka dotycząca przestępstwa ubezpieczeniowego koncentruje się głównie wokół art. 4 wspomnianej ustawy. Nie można przez to jednak zapomnieć, że z dyspozycji art. 205 k.k. nie zostało „wymazane” tzw. oszustwo ubezpieczeniowe, co oznacza, że kryminalizacja tego czynu została poszerzona.

Druga grupa przepisów prawnokarnych, mających na celu ochronę polskiego rynku ubezpieczeniowego zawarta jest w Ustawie o działalności ubezpieczeniowej⁴ oraz w Kodeksie handlowym⁵.

Wszystkie te przepisy mają na celu dążenie do ochrony danego dobra prawnego, do zachowania – jak pisze S.Śliwiński – pewnych stanów rzeczy antycypowanych jako pożyteczne dla interesu społecznego, co jest materialną przyczyną ich istnienia⁶. Można zatem przyjąć, że w omawianym zakresie mamy do czynienia z rodzajowym zespołem przestępstw ubezpieczeniowych.

Pojawiające się w literaturze przedmiotu propozycje rozszerzenia tego zakresu o inne czyny, jedynie pośrednio związane z działalnością ubezpieczeniową, należy ocenić krytycznie⁷.

Dla przykładu, osoba która kradnie z firmy ubezpieczeniowej sprzęt komputerowy na pewno uszczupli w ten sposób majątek tej firmy w obliczu konieczności ponownego zakupu komputerów, jednak poważne zastrzeżenia powinno wyzwać twierdzenie, że w takim przypadku popełnione zostało przestępstwo ubezpieczeniowe. Podobnie, nie będzie przestępstwem ubezpieczeniowym czyn sprawcy, który kradnie samochód, dlatego że pojazd ten mu się podoba, a okoliczność czy pojazd był ubezpieczony była dla przestępcy obojętna i znajdowała się poza jego motywacją i świadomością⁸.

Przedstawione przykłady, z perspektywy prawnokarnej oceny czynu niewiele różnią się od siebie – pomijam rzecz jasna kwestie dotyczące wartości zagarniętego mienia czy okoliczności czynów, gdyż nie jest to w tym momencie istotne.

Poglądy odmienne od prezentowanego mogą budzić zastrzeżenia. Jeżeli bowiem przyjąć, że kradzież samochodu w opisanych okolicznościach jest przestępstwem ubezpieczeniowym, konsekwentnie należałoby uznać, że za-

4 Dz. U. Nr 11, poz. 62 z dnia 2 lutego 1996 r.

5 Kodeks handlowy. Rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 27 czerwca 1934 r. z późn. zmianami.

6 S. Śliwiński, *Prawo karne materialne*, t. I, Warszawa 1946, s. 145.

7 Por. T. Rydzek, *Przestępczość ubezpieczeniowa w świetle teorii i praktyki*, *Prawo Asekuracyjne* 1996, nr 2, s. 69; E. Kędra, *Oszustwa asekuracyjne i inne przestępstwa na szkodę ubezpieczycieli* (cz. I), *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 1996, nr 4–5–6, s. 16 i nast.

8 T. Rydzek, *Przestępczość ubezpieczeniowa...*, op. cit., s. 69–70.

bójstwo osoby, która okazała się być ojcem rodziny jest przestępstwem przeciwko rodzinie. Takie rozumowanie – logicznie być może poprawne – z punktu widzenia elementarnych zasad dogmatyki prawa karnego nie jest jednak uprawnione, a co więcej, bez należytego uzasadnienia nadmiernie rozszerza zakres typu rodzajowego przestępstwa ubezpieczeniowego. Przyjmując za punkt wyjścia przy podziale przestępstw kryterium formalne, o zaliczeniu danego czynu do rodzajowego typu przestępstwa ubezpieczeniowego decyduje typizacja wyrażona poprzez ustawowy stan faktyczny, dlatego nie zaliczam do grupy przestępstw ubezpieczeniowych czynów, które jedynie w sposób pośredni godzą w interesy rynku ubezpieczeniowego.

Osobnym problemem, któremu poświęcono dalsze rozważania, są zachowania kwalifikowane w ramach konstrukcji zbiegu przepisów ustawy.

3. Powszechnie uważa się, że skala przestępstw popełnionych na szkodę zakładów ubezpieczeń owiana jest tzw. „ciemną liczbą”, której wielkość zdaniem wielu autorów może przewyższać najgorsze wyobrażenia o rozmiarach problemu⁹. W ocenie Europejskiego Komitetu Ubezpieczeń (CEA) straty jakie ponoszą firmy ubezpieczeniowe w następstwie wyłudzeń i oszustw ubezpieczeniowych mogą przekraczać łącznie kwotę około 10 mld USD rocznie. To jest tyle, co zbiór składki brutto za wszystkie ubezpieczenia w takich krajach jak: Irlandia, Grecja i Portugalia. Przy czym najwięcej przestępstw dotyczy rzecz jasna ubezpieczeń komunikacyjnych¹⁰.

Innym niebezpiecznym zjawiskiem, podnoszonym zwłaszcza w literaturze zachodniej jest formuła tzw. „złotej liczby”, chodzi tu o takie czyny, których sprawcy co prawda zostali ujawnieni, jednak z różnych względów nie ponoszą oni odpowiedzialności karnej. Ten swoiście pojmowany oportunizm ścigania dotyczy osób, które mając władzę polityczną wykorzystują ją bezkarnie na rzecz swojej oligarchii, pomnażając w ten sposób jej potencjał kapitałowy¹¹.

O ile pojęcie „ciemnej liczby” jest stałym elementem praktycznie wszystkich opracowań na temat przestępczości ubezpieczeniowej, o tyle trudno jest wprost zjawisko „złotej liczby” przenieść na ten obszar. W praktyce jednak bardzo często zdarza się, iż ujawnione przez zakład ubezpieczeń próby oszustw lub wręcz oszustwa ubezpieczeniowe nie są zgłaszane organom ścigania. Jeżeli jednak ubezpieczyciel złoży zawiadomienie o przestępstwie, również często organy ścigania nie umarzają postępowania już to z uwagi na znikomy stopień

9 T. Rydzek, *Przestępczość ubezpieczeniowa...*, op. cit., s. 71–72; E. Kędra, *Oszustwa asekuracyjne...*, op. cit., s. 22–23; E. Kędra, *Jeszcze w sprawie przestępczości na szkodę ubezpieczyciela*, *Prawo Asekuracyjne* 1996, nr 3, s. 56 i nast.

10 *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 1996, nr 10–12, s. 42.

11 S. C. Versele, „Złote liczby” przestępczości, *Przestępczość na świecie* 1977, t. X, s. 38 i nast.

społecznego niebezpieczeństwa czynu, już to w obliczu braku dowodu popełnienia przestępstwa.

Jest jedynie częścią prawdy to, że przyczyny opisanego stanu rzeczy należy wiązać – jak pisze E. Kędra – z przemyślnością sprawców w realizacji zamysłów przestępczych w połączeniu z typizacją ustawową czynów trudnych ze swej istoty do udowodnienia, co unicestwia możliwość uruchomienia funkcji ochronnych prawa karnego ze względu na głęboki kamuflaż samego czynu oraz zaplanowaną znikomość środków dowodowych jego popełnienia¹².

W oczywistej sprzeczności do przytoczonej tezy pozostaje następujący przykład zdarzenia oraz jego prawnokarne konsekwencje.

Józef Ch. właściciel samochodu marki Fiat 126p w trakcie jazdy rzekomo wyrządził szkodę w pojeździe marki Audi 100 należącym do Ryszarda P. W toku postępowania likwidacyjnego prowadzonego przez pracownika ZURiP POLONIA S.A. ustalono, iż okoliczności wypadku pozostają w sprzeczności z wyjaśnieniami złożonymi przez trzech przypadkowych świadków zdarzenia, którzy podali, że bezpośrednio po głośnieym huku spowodowanym uderzeniem samochodu kierowanego przez Ryszarda P. w pień drzewa nie było na miejscu zdarzenia żadnego innego samochodu. Również oględziny samochodu Fiat 126p nie doprowadziły do ujawnienia uszkodzeń, które mogły powstać w wyniku zdarzenia, którego przebieg przedstawił Ryszard P.

Nikt, poza osobami zainteresowanymi – rzekomymi uczestnikami wypadku, nie potwierdzał przebiegu zdarzenia.

O sprawie powiadomiono Komendę Wojewódzką Policji w B., która podjęła dochodzenie w sprawie (kwalifikacja czynu: art. 11 § 1 k.k w zw. z art. 205 § 1 k.k.). Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego, potwierdzone zostały ustalenia poczynione przez ubezpieczyciela w toku postępowania likwidacyjnego, tzn. uczestnicy rzekomego wypadku przesłuchani w charakterze świadków utrzymywali swoją wersję przebiegu zdarzenia, której nie potwierdzili pozostali świadkowie.

Po pięciu miesiącach od dnia zdarzenia tj. 12 sierpnia 1996 r. prokurator umorzył dochodzenie w sprawie usiłowania wyłudzenia odszkodowania wobec braku dowodu popełnienia przestępstwa. Warto dodać, że kierowca samochodu Audi 100 nie posiadał ubezpieczenia AC, a zgłoszone roszczenie poważnie przekraczało kwotę 15 tys. zł.

Pozostaje mieć nadzieję, że w wyniku zażalenia na postanowienie o umorzeniu dochodzenia zostanie przywrócona funkcja ochrony prawa karnego w tym przypadku.

¹² E. Kędra, *Jeszcze w sprawie...*, op. cit., s. 56.

Z perspektywy kilkuletniej, czynnej obserwacji funkcjonowania rynku ubezpieczeniowego w Polsce, zadziwiająca jest zdaniem autora oczywista „niechęć” organów ścigania do zajmowania się przestępstwami gospodarczymi a ubezpieczeniowymi w szczególności. Powołany wyżej przykład nie jest epizodem z okresu kilkuletniej działalności jednej z firm ubezpieczeniowych, przeciwnie skala problemu urasta do rangi zjawiska, którego nie można już nie dostrzegać.

Utrudnianie zakładom ubezpieczeń dotarcie w takich razach do wymiaru sprawiedliwości, może być postrzegane nawet jako jeden z kryminogennych aspektów omawianej problematyki. Nie trzeba chyba nikogo przekonywać, jak bardzo negatywne konsekwencje wyzwała ugruntowana opinia o niewielkiej skuteczności ścigania określonej kategorii przestępstw.

Przyczyny opisanego stanu rzeczy są dwojakiego rodzaju. Po pierwsze, już w latach siedemdziesiątych w krajach Europy Zachodniej podnoszono, że efekty organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości w zwalczaniu przestępczości gospodarczej należało oceniać wybitnie negatywnie. Bez wyspecjalizowanych organów i biegłych, nie tylko w dziedzinie prawa karnego, ale również prawa bankowego, czekowego, ubezpieczeniowego, skuteczne ściganie przestępstw gospodarczych nie jest po prostu możliwe. Podjęte więc zostały – zgodnie zresztą z zaleceniami Rady Europy – odpowiednie działania zmierzające do zmiany istniejącej wówczas sytuacji¹³.

Podobne spostrzeżenia i sugestie, co do sposobów zwiększenia skuteczności prawa karnego gospodarczego, można niestety śmiało wpisać w realia Polski lat dziewięćdziesiątych.

Zdaniem Prezesa Sądu Gospodarczego w Warszawie – Sędziego D. Czajki zarówno sędziowie jak i prokuratorzy nie są przygotowani merytorycznie do przeciwdziałania zjawiskom przestępczości gospodarczej. Taki stan rzeczy jest konsekwencją braku niezbędnej wiedzy z zakresu ekonomii, zarządzania, czytania bilansów, analiz ekonomicznych.

Wyjątkowo trafną, przez co wartościową jest konstatacja, z której wynika twierdzenie, iż w sprawach gospodarczych prawo jest tylko formą, treścią są zjawiska ekonomiczne¹⁴.

Drugą przyczyną, z którą należy wiązać problemy związane ze skutecznością prawa karnego w omawianym zakresie, jest zagadnienie typizacji czynów określanych jako przestępstwa ubezpieczeniowe.

4. Formułując dyspozycję przepisu kryminalizującego zachowania godzące w interes gospodarczy towarzystwa ubezpieczeniowego nie wystarczy zasto-

13 O. Górniok, *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*, Warszawa 1994, s. 159–160.

14 A. Łukaszewicz, *Dwa lata ustawy o ochronie obrotu gospodarczego. Sędziowie muszą się uczyć*, *Rzeczpospolita* 1996, nr 270, s. 14.

sowanie przez ustawodawcę nawet najlepszych technik legislacyjnych, choćby wcześniej sprawdzonych przy stanowieniu prawa karnego. Spośród przepisów, których celem jest ochrona rynku ubezpieczeniowego – uwaga ta dotyczy przede wszystkim oszustwa. Przystępując do penalizacji tego czynu, doświadczenia jakie zostały zdobyte w okresie poprzedzającym uchwalenie ustawy o ochronie obrotu gospodarczego oraz znacznie bogatszy dorobek w tym zakresie krajów Europy Zachodniej należało wykorzystać w większym stopniu.

Subsydiarność prawa karnego na obszarze dyscypliny tak złożonej i różnorodnej jak ubezpieczenia gospodarcze – właśnie na etapie stanowienia prawa, przesądza w znacznej mierze o jego skuteczności. Chodzi więc o opartą na rzetelnej wiedzy i doświadczeniu antycypację takich zachowań, wobec których prawo karne ma ambicje realizowania funkcji represyjnej.

Podjmując próbę analizy art. 4 § 1 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, który przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 5 dla tego, kto w celu uzyskania odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia powoduje zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania – należy się zastanowić, czy tak ujęta dyspozycja oszustwa ubezpieczeniowego jest w stanie skutecznie realizować założone cele.

Uprzedzając dalsze rozważania, trudno oprzeć się refleksji, iż twierdząca odpowiedź na postawione pytanie rysuje się bardzo mgliście.

Ustawa w tej części odwołuje się niestety do sytuacji – rzecz można – typowych, to znaczy takich, gdy sprawca swoim świadomym zachowaniem doprowadza do takiej zmiany w otaczającym świecie, która w świetle postanowień umowy ubezpieczenia stwarza pozory zaistnienia wypadku ubezpieczeniowego, który z istoty swej jest podstawą do wypłaty odszkodowania. I właśnie w celu uzyskania tego odszkodowania sprawca podejmuje czynności noszące znamiona oszustwa.

Przykładem niech będzie spowodowanie pożaru hurtowni, w której znajdował się ubezpieczony towar, ze zbyciem którego były kłopoty lub był on przeterminowany, zniszczenie lub porzucenie mienia – często będzie to samochód, upozorowanie kradzieży. Wymienione zdarzenia na ogół doprowadzą do wypłaty przez zakład ubezpieczeń odszkodowań. Natomiast w sytuacji ujawnienia okoliczności tych zdarzeń, zapewne dojdzie do skazania sprawcy lub sprawców tych czynów. Powiemy rzecz jasna, że popełnione zostało oszustwo ubezpieczeniowe.

Przepis art. 4 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego jest przykładem przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo. Przy czym, narażenie to jest abstrakcyjne, co oznacza, że karze podlega określony czyn, a nie sama sytu-

acja, która jest niebezpieczna, jak ma to miejsce w przypadku narażenia konkretnego¹⁵.

Trudności związane z typizacją czynów w prawie karnym gospodarczym związane są przede wszystkim z płynnością granic pomiędzy zachowaniami społecznie szkodliwymi a takimi, które „można jeszcze” tolerować. Sposobem wybrnięcia, a mówiąc precyzyjniej – ominięcia tego problemu, jest formułowanie przez ustawodawcę typu uproszczonego kryminalizacji danego zachowania. Zdaniem L. Gardockiego tzw. typy uproszczone zostały pomyślane jako instrument do kryminalizowania czynów trudno udowodnialnych, które są w przekonaniu ustawodawcy ukryte za zachowaniami opisanymi w danym zespole znamion¹⁶. Zarzuty podnoszone pod adresem tzw. kryminalizacji uproszczonej zdają się być uzasadnione już chociażby z powodu nieuzasadnionego szkodliwością społeczną rozszerzenia kryminalizacji aż na tzw. przedpole czynu, który wyrządza szkodę dobru chronionemu¹⁷.

Zarzut taki próbuje się odpierać argumentem, iż ten typ kryminalizacji bliski jest idei współczesnego prawa karnego, które ma chronić dobra prawne przed ich naruszeniem, a nie odpłacać karą za wyrządzenie im szkody¹⁸. Wyrażony w taki sposób prymat prewencyjnej funkcji prawa karnego jest niczym innym, jak idealizowaniem otaczającej nas rzeczywistości.

O ile przy kryminalizacji innych przestępstw gospodarczych, w szczególności oszustw kapitałowych, kryminalizacja uproszczona broni się nader skutecznie i to zarówno w wymiarze karno-materialnym jak i procesowym, o tyle oszustwo ubezpieczeniowe nie jest najlepszym do stosowania omawianej techniki legislacyjnej. Mimo to, ustawodawca – być może „siłą rozpędu” – przeniósł ustawową konstrukcję wykorzystywaną przy typizacji przestępstwa oszustwa kredytowego (art. 3 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego) do będącego przedmiotem analizy art. 4 tejże Ustawy.

Przede wszystkim ze względów procesowych należało sformułować przejrzystą dyspozycję przestępstwa skutkowego, pozostawiając tzw. przedpole czynu usiłowaniu – jako stadialnej formie przestępstwa oszustwa asekuracyjnego.

15 K. Buchała, *Prawo karne materialne*, PWN, Warszawa 1980, s. 173–174; por. również J. Waszczyński, *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Wyd. UŁ, Łódź 1992, s. 109–110.

16 L. Gardocki, *Zagadnienia kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 65 i nast.; por. również O. Górniok, *Niektóre problemy ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, *Prokuratura i Prawo* 1996, nr 5, s. 12.

17 L. Gardocki, *Typizacja uproszczona*, *Studia Iuridica* 1982, t. X, s. 73.

18 Tamże s. 73 i nast.

Sytuacja procesowa osoby chcącej uzyskać np. kredyt jest wyjątkowo trudna już w chwili złożenia przez nią nierzetelnego dokumentu¹⁹, nawet wówczas, gdy kredyt ten ostatecznie nie zostanie przyznany. Nikt bowiem, bez oczywistego celu, którym jest uzyskanie kredytu, nie przedkłada w banku nierzetelnych oświadczeń lub co gorsza fałszywych dokumentów, zwłaszcza że wniosek kredytowy jednoznacznie przesądza o intencjach wnioskodawcy. I dlatego właśnie penetrowanie przez ustawę karną przedpola np. oszustwa kapitałowego znajduje uzasadnienie, chociażby natury dowodowej. W konsekwencji taka typizacja czynu, akcentując funkcję prewencyjną prawa karnego jest w stanie faktycznie realizować funkcję represyjną, o ile skuteczność tej pierwszej zostanie podważona.

Inną rzeczą jest ocena typizacji uproszczonej w związku z podporządkowaniem aspektów natury materialno-prawnej względem procesowym. I jest to argument, który przemawia za stosowaniem tej konstrukcji w przypadkach zupełnie wyjątkowych.

5. Przedmiotem ochrony prawnokarnej przepisu art. 4 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego jest szeroko pojmowany interes społeczny, związany z utrzymaniem funkcjonalnej i socjalnej sprawności instytucji ubezpieczeniowych oraz poszczególnych ubezpieczycieli, co należy utożsamiać z możliwie najlepszą kondycją finansową zakładów ubezpieczeń²⁰.

Jest rzeczą naturalną, że wypłaty nienależnych odszkodowań wpływają na politykę kreowaną przez poszczególnych ubezpieczycieli w zakresie określania wysokości składek ubezpieczeniowych, mogą również w znaczący sposób przyczyniać się do utraty płynności finansowej zakładu ubezpieczeń.

Nikt nie jest w stanie ocenić w jakim stopniu oszustwa ubezpieczeniowe przyczyniły się do upadku takich towarzystw jak: Gryf, poznańska Hestia czy poważnych kłopotów, z jakimi boryka się Feniks. Na pewno jednak problem istnieje, stąd konieczność ochrony polskiego rynku ubezpieczeniowego.

Istotą dyspozycji omawianego przepisu jest zachowanie, a więc rzecz jasna zarówno działanie jak i zaniechanie, w wyniku którego rzekomo miał miejsce wypadek ubezpieczeniowy. Celem takiego zachowania się sprawcy jest uzyskanie odszkodowania z tytułu umowy ubezpieczenia, której zakres obejmował skutki wywołanego zdarzenia. Zdarzenia, które jednak pozbawiono cech losowości, przez co podważona została materialna przesłanka zasadności roszczenia wynikającego z umowy ubezpieczenia gospodarczego.

¹⁹ Por. art. 3 § 1 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego.

²⁰ K. Buchała i inni, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 71.

Ustawodawca nie podejmuje kwestii, czy podmiotem uprawnionym z umowy ubezpieczenia ma być sprawca szkody, który ją wyrządził, czy też ktoś inny. Zasadność takiego rozróżnienia byłaby zresztą wątpliwa, dlatego z aprobatą należy odnieść się do przepisu – w tej jego części.

Zachowaniem, z którym wiąże się konsekwencje prawnokarne, jest – co wyżej podniesiono – wywołanie zdarzenia, któremu nadano cechy „wypadku ubezpieczeniowego”. W literaturze prawa ubezpieczeniowego „wypadek ubezpieczeniowy” bywa również określany mianem „wypadku losowego” definiowanego jako zdarzenie losowe powodujące szkodę majątkową lub szkodę na osobie²¹. Zamienne używanie tych pojęć nie jest metodologicznie poprawne, gdyż nie każdy wypadek losowy jest wypadkiem ubezpieczeniowym. Jedynie bowiem te wypadki losowe są wypadkami ubezpieczeniowymi, które przed ich wystąpieniem zostały objęte ochroną ubezpieczeniową, co należy rozumieć jako zdarzenie będące podstawą do wypłaty odszkodowania. Konstrukcja przepisu, który penalizuje tzw. oszustwo asekuracyjne już na etapie wywołania zdarzenia, czyli na przedpolu czynu, nie jest – co podnoszono – rozwiązaniem szczęśliwym.

Analiza strony przedmiotowej art. 4 Ustawy pozwala zauważyć, że ustawodawca szczególnie akcentuje znamię „powodowania zdarzenia”, które ogniskuje wokół siebie dyspozycję przepisu. Można więc konstatować, że nie jest kryminalizowane w perspektywie art. 4 takie wyłudzenie odszkodowania, czy też usiłowanie tego czynu, jeżeli zdarzenie objęte ochroną ubezpieczeniową miało charakter losowy.

Przykładem niech będzie następujący stan faktyczny. Kierowca przewożący towar, który oczywiście wcześniej został ubezpieczony, w trakcie jazdy stwierdził, że pojazd ma usterkę. W czasie, gdy był zajęty naprawą auta, nieznanemu sprawcy przecięli plandekę i zdążyli ukraść niewielką ilość towaru, gdyż samochód został szybko naprawiony i ruszył. Na parkingu, w czasie przerwy w jeździe, kierowca zauważył przeciętą plandekę i niewielki ubytek w masie towarowej. Następnie wyniósł z auta znacznie większą ilość towaru, ukrył go i udał się na Policję, aby zgłosić, że został okradziony.

Niestety regułą jest, że roszczenia majątkowe zgłaszane przez osoby uprawnione z umowy ubezpieczenia, zwykle są zawyżane. O metodach i technikach tego procederu z oczywistych względów nie należy nawet pisać. Liczba przypadków, gdy wypłacane są nienależne odszkodowania w sytuacji zdarzenia mającego charakter losowy, jest naturalnie trudna do oszacowania, nawet w skali jednej firmy ubezpieczeniowej. Nie ulega jednak wątpliwości, że problem ten dotyczy przede wszystkim szkód występujących w ubezpieczeniach komu-

21 Por. A. Banasiński, *Ubezpieczenia gospodarcze*, Warszawa 1993, s. 76.

nikacyjnych. Przy czym pod pojęciem nienależnego odszkodowania, rozumiem w tym momencie również część nienależnie wypłaconej przez ubezpieczyciela kwoty pieniędzy.

Niestety, sprawcy czynów, którzy „wykorzystali okazję” jaką było zdarzenie losowe nie popełniają oszustwa ubezpieczeniowego w rozumieniu art. 4 Ustawy. Można zatem śmiało przyjąć, że ustawodawca przecenił moment „powodowania zdarzenia” będącego podstawą do wypłaty odszkodowania w opisie całego czynu, skoro jedyny w polskim prawie karnym przepis jednoznacznie kojarzony z oszustwem asekuracyjnym, nie jest w stanie penalizować czynów, które w znaczący, a być może nawet decydujący sposób określają tzw. szkodowość towarzystw ubezpieczeniowych.

Argument taki można naturalnie osłabić, podnosząc, że wyłudzenie odszkodowania w opisanych sytuacjach będzie ścigane chociażby na podstawie art. 205 k.k. Problem w tym, że realizowanie funkcji represyjnej przez ten przepis w odniesieniu do oszustw ubezpieczeniowych jest równie skuteczne, jak ściganie przestępstwa niegospodarności na podstawie art. 217 k.k. przed jego uchyceniem w 1994 r.²². W tym stanie rzeczy, pozostaje jedynie wierzyć w swoisty renesans art. 205 k.k. przy ściganiu oszustw ubezpieczeniowych. Jeżeli tak się jednak nie stanie – paradoksalnie – osoba, która porzuciła kilkunastoletniego Fiata 126p o wartości np. 1500 zł, a następnie zgłosiła się po odszkodowanie, narażając zakład ubezpieczeń na niewielką stratę, oczywiście w zamysle ustawodawcy wypełni dyspozycję art. 4 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, co prawdopodobnie doprowadzi do skazania. Natomiast przy zawyżeniu kosztów naprawy samochodu marki Mercedes, który faktycznie uległ wypadkowi, a więc nikt nie spowodował zdarzenia, aby otrzymać odszkodowanie, strata ubezpieczyciela będzie wielokrotnie wyższa, a uwzględniając efektywność art. 205 k.k. sprawcy zapewne nie zostanie nawet przedstawiony zarzut – co potwierdzają doświadczenia autora ilustrowane chociażby wcześniejszym przykładem.

Innym rodzajem zachowań, które nie mieszczą się w dyspozycji art. 4 § 1 Ustawy, a z całą pewnością przez swój oszukańczy charakter godzą w interes ubezpieczyciela, pośrednio zresztą również w interes osób związanych umową ubezpieczenia z podmiotem prowadzącym działalność ubezpieczeniową, jest problem zawyżania wysokości sum ubezpieczenia dla majątku będącego przedmiotem ubezpieczenia, proceder podwójnego lub wielokrotnego ubezpieczenia tego samego ryzyka. Nie sposób rzecz jasna ocenić skali takich zachowań.

²² Por. art. 13 pkt 4 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego oraz H. Pracki, Nowe rodzaje przestępstw gospodarczych, Prokuratura i Prawo 1995, nr 1, s. 39–41.

wań, jednak skoro są one w ogóle ujawniane przez zakłady ubezpieczeń, można domniemywać, że nie są to zjawiska marginalne.

Jeżeli do katalogu typowych rodzajów ubezpieczeń gospodarczych dodamy takie, które do niedawna praktycznie w ogóle nie istniały, np. ubezpieczenia celne, wierzytelności, gwarancyjne czy wreszcie od odpowiedzialności cywilnej w związku z wykonywaniem zawodu lub prowadzeniem określonej działalności gospodarczej, łatwo można sobie uświadomić nowe obszary przestępczej aktywności, którym zakłady ubezpieczeń będą musiały skutecznie przeciwdziałać w imię ochrony interesów ekonomicznych rynku ubezpieczeniowego. Nadzieja na współpracę w omawianym zakresie z organami ścigania w świetle zdobytych doświadczeń nie rysuje się optymistycznie. Ze źródeł własnych autora wynika, że w okresie obowiązywania Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego (do października 1996 r.) Prokuratura Apelacyjna w Łodzi odnotowała na obszarze swojej właściwości wszczęcie dwóch postępowań w związku z naruszeniem dyspozycji art. 4, z tego jedno postępowanie umorzono, a w drugim sporządzono akt oskarżenia.

Przyczyny takiej sytuacji pozostają w związku z mało przydatną w praktyce formułą omawianego przepisu. Udowodnienie „spowodowania zdarzenia”, które miało na celu uzyskanie odszkodowania w szczególności w takich rodzajach ubezpieczeń jak właśnie ubezpieczenia wierzytelności czy kontraktowej odpowiedzialności cywilnej mają wymiar głównie teoretyczny. Okazuje się nadto, że w przypadku ubezpieczeń najczęściej zawieranych – komunikacyjnych, skuteczność przepisu jest w najlepszym wypadku wątpliwa.

Powracając do rozważań dogmatycznych nad art. 4 Ustawy, które dotychczas koncentrowały się wokół strony przedmiotowej, warto uświadomić sobie kolejny aspekt znamienia „powodowanie zdarzenia” jako cechy omawianego czynu.

W znaczeniu rzecz można – naturalnym, powodowanie zdarzenia, choć jest decydującym momentem w opisie całego czynu w wymiarze dowodowym jest praktycznie pozbawione samodzielności bytu. Do chwili, gdy sprawca nie wystąpi z roszczeniem o odszkodowanie nie będzie można mu na ogół przedstawić żadnego zarzutu. Skoro bowiem np. rzecz stanowi jego czyli sprawcy własność, może on tą rzeczą swobodnie dysponować, a w pewnych okolicznościach nawet świadomie zniszczyć bez żadnych konsekwencji prawnych. Bez dalszego ciągu wydarzeń, w szczególności występowania o odszkodowanie, w ujęciu modelowym jest nieprawdopodobieństwem udowodnienie, że zniszczenie ubezpieczonego przedmiotu miało na celu uzyskanie odszkodowania.

Jednak wówczas, gdy zostanie zgłoszone roszczenie do ubezpieczyciela, który ujawni fakt umyślnego zniszczenia mienia przez uprawnionego z umowy

ubezpieczenia, rzecz jasna nastąpi odmowa wypłaty odszkodowania. Mniej przejrzyste natomiast może jawić się kwestia prawnokarnej oceny czynu, o ile sprawca będzie dowodził, że zniszczył swoje mienie nie w celu uzyskania odszkodowania, lecz na przykład w celu wyrządzenia przykrości bliskiej osobie, zaś po odszkodowaniu wystąpił, gdy opadły emocje, licząc się z ewentualnością odmowy wypłaty odszkodowania.

Taki sposób powiązania strony przedmiotowej z podmiotową, która wyraża wyłącznie zamiar bezpośredni, będzie zapewne w wymiarze dowodowym sporym utrudnieniem dla organów ścigania.

Na tle omówionego wcześniej przykładu, pojawia się bardzo istotna kwestia związana z zależnością pomiędzy odmową wypłaty odszkodowania w obliczu braku podstaw uzasadniających roszczenie a usiłowaniami wyłudzenia odszkodowania lub oszustwa.

Nie można wszak przyjąć, że każde bezpodstawne wystąpienie o odszkodowanie jest w najlepszym przypadku próbą wyłudzenia odpowiedniej kwoty pieniędzy od zakładu ubezpieczeń, rozumianą jako osiągnięcie korzyści majątkowej.

Z drugiej jednak strony, obowiązująca w polskim prawie karnym zasada legalizmu, winna w świetle art. 205 § 1 k.k. obligować organy ścigania do wszczęcia postępowania w każdej sprawie, gdy uprawniony z umowy ubezpieczenia świadomie przedkłada ubezpieczycielowi rachunki za naprawę pojazdu przewyższające rzeczywistą wartość powstałej szkody lub w ogóle nie mające nic wspólnego z zaistniałym zdarzeniem. Trudno w takich razach oddalić zarzut, iż czynność taka została podjęta w celu uzyskania nienależnej korzyści majątkowej w następstwie wprowadzenia w błąd ubezpieczyciela, który mieniem rozporządził.

Osiągnięcie korzyści majątkowej dla siebie lub innego podmiotu jest zresztą celem zachowania się sprawcy zarówno w świetle dyspozycji art. 205 § 1 k.k. jak i art. 4 § 1 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego. Przy czym w pierwszym wypadku chęć uzyskania korzyści majątkowej występuje jako znamię czynu zabronionego, zaś w drugim należy do jego istoty, pomimo że nie występuje w zespole ustawowych znamion czynu.

Jeżeli więc przyjęto, że do istotnych kryteriów oceny stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu określanego jako oszustwo ubezpieczeniowe, zaliczamy rozmiar wyrządzonej szkody – rozumianej jako kwota nienależnie wypłaconego odszkodowania, problematyka dotycząca zakresu pojęcia „korzyści majątkowej” na tle dość osobliwego poglądu wyrażonego w literaturze nabiera kształtu, którego nie można zaakceptować²³.

²³ Por. K. Buchała i inni, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 77–78.

Zdecydowanej krytyki, wręcz odrzucenia wymaga ten fragment komentarza do Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, gdzie – omawiając kwestię osiągnięcia przez sprawcę korzyści majątkowej – sugeruje się, że jeżeli powoduje on zdarzenie ubezpieczeniowe w sytuacji, gdy wysokość ewentualnego odszkodowania nie przewyższy kwoty równej wysokości wpłaconej przez niego składki ubezpieczeniowej, to sprawca w takich okolicznościach nie osiąga korzyści majątkowej²⁴.

Trudno zgodzić się z poglądem, który jest efektem hermetycznego ujmowania istoty problemu, wyrażonego z pominięciem elementarnych treści zawartych w teorii prawa ubezpieczeniowego. Jest rzeczą naturalną, że rozważania na temat istoty ryzyka ubezpieczeniowego, zasad rachunkowości ubezpieczeniowej wraz z ważną dla prawidłowego funkcjonowania zakładów ubezpieczeń kwestią rezerw techniczno-ubezpieczeniowych nie mieszczą się w temacie opracowania.

Przy ocenie bezprawności czynu bez większego znaczenia pozostaje fakt, czy sprawca „miarkował” swoje bezzasadne roszczenie do kwoty równej wysokości wpłaconej składki ubezpieczeniowej czy też nie, jak również to, czy miał tego świadomość.

Rozmiar wyrządzonej szkody, zarówno w aspekcie wyżej omówionym, jak i w ogóle przy ustalaniu faktu przestępstwa jest oczywiście istotny, ale – jak wcześniej podniesiono – jako jedno z kryteriów oceny stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu, który na przykład w świetle art. 26 k.k. wyznacza granicę pomiędzy przestępstwem a czynem, z którym prawo karne nie wiąże konsekwencji.

Do czasu wejścia w życie Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego strona podmiotowa dyspozycji art. 205 § 1 k.k. skutecznie utrudniała ściganie sprawców czynów, którym „pochopnie” zostały udzielone kredyty lub gwarancje kredytowe.

Podobne zastrzeżenia zarysowały się na tle kryminalnego tła otaczającego wątpliwe co do zasady lub wysokości roszczenia z tytułu zawartych umów ubezpieczenia.

Już chociażby na podstawie danych statystycznych²⁵ śmiało można powiedzieć, że przede wszystkim za sprawą sposobu typizacji oszustwa kapitałowego prawo karne zostało wyposażone w skuteczny instrument przeciwdziałania wyłudzeniom kredytów lub gwarancji kredytowych. Naturalnie można pod adresem art. 3 § 1 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego – bo o nim tu mowa

²⁴ Tamże.

²⁵ A. Łukaszewicz, Dwa lata ustawy o ochronie..., op. cit., s. 14.

– podnieść pewne zarzuty, dotyczące na przykład konsekwencji, jakie wynikają z wprowadzenia przez ustawodawcę do dyspozycji przepisu prawno-karnego znamion ocennych w takiej postaci, jak to zostało uczynione. Nie zmienia to jednak ogólnej oceny omawianego przepisu, jest on bowiem w stanie skutecznie realizować funkcję prewencyjną jak i przede wszystkim represyjną.

Do zgoła odmiennych wniosków prowadzi analiza art. 4 § 1 Ustawy, zaś nadmierne eksponowanie w literaturze funkcji prewencyjnej²⁶, którą rzekomo przepis jest w stanie realizować, jest niczym innym jak subtelną krytyką ułomnej – z praktycznego punktu widzenia – konstrukcji legislacyjnej.

Niezbyt przejrzysta typizacja czynu, ma również tę cechę, że potęguje rozbieżności interpretacyjne, co w znaczący sposób może utrudniać stosowanie prawa. Przykładem niech będzie teza, zgodnie z którą przyjmuje się, że dla realizacji znamion omawianego typu przestępstwa wystarczające jest spowodowanie zdarzenia, od którego uzależniona jest wypłata odszkodowania²⁷. Jeżeli pominąć problematykę strony podmiotowej, to tak jest w istocie, rzecz jednak w tym, że owo powodowanie zdarzenia musi być w celu uzyskania odszkodowania, a przecież – co już akcentowano – nie zawsze tak być musi. Każda inna interpretacja art. 4 Ustawy jest poważnym zagrożeniem dla funkcji gwarancyjnej.

Podobnie, można mieć wątpliwości, czy uprawnione jest twierdzenie, że koncepcja art. 4 § 1 Ustawy odpowiada tzw. karalnej czynności przygotowawczej²⁸. Niezależnie od racji, które być może uzasadniają kojarzenie określonego sposobu typizacji czynu z pojęciem – karalnej czynności przygotowawczej, z dogmatycznego punktu widzenia karalność czynności przygotowawczych winna być podporządkowana reżimowi art. 14 i nast. k.k. jako stadialnej formie przestępstwa ze wszystkimi tego konsekwencjami.

Wreszcie ostatnia kwestia na którą warto zwrócić uwagę, to problem kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy, w szczególności art 4 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego a art. 205 czy 199 lub 200 k.k. Zarysowana w literaturze skrajna polaryzacja stanowisk jest zapowiedzią niemałych problemów, z jakimi przyjdzie się zmierzyć organom stosującym prawo²⁹.

26 Por. E.Kędra, Jeszcze w sprawie przestępczości..., op. cit., s. 63.

27 K.Buchała i inni, Komentarz do ustawy o ochronie..., op. cit., s. 77; por. J.Wojciechowski, Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem, Warszawa 1994, s. 28.

28 Por. A.Bentkowski, Nowe przepisy karne dotyczące przestępstw ubezpieczeniowych i ochrony rynku ubezpieczeniowego, Wiadomości Ubezpieczeniowe 1996, nr 4–6, s. 15; K.Buchała i inni, Komentarz do ustawy o ochronie..., op. cit., s. 77; H.Pracki, Nowe rodzaje przestępstw..., op. cit., s. 49.

29 Por. H.Pracki, Obrót gospodarczy pod ochroną, Warszawa 1995 r., s. 41 oraz tego autora, Nowe rodzaje przestępstw..., op. cit., s. 50; K.Buchała i inni, Komentarz do ustawy..., op. cit., s. 80–81; J.Wojciechowski, Ustawa o ochronie obrotu..., op. cit., s. 28.

Zasada obligująca sąd do wyczerpania przy kwalifikacji prawnej czynu całej jego kryminalnej charakterystyki, narzuca zdawać by się mogło konieczność kwalifikacji kumulatywnej, w szczególności w takich przypadkach, gdy sprawca zdarzenia występuje do zakładu ubezpieczeń z roszczeniem odszkodowawczym, wypełniając w takich razach dyspozycją zarówno art. 4 § 1 Ustawy jak i 205 § 1 k.k. Nie można jednak tracić z pola widzenia negatywnego warunku multikwalifikacji zarówno w wymiarze legislacyjnym, jak i w kategoriach sądo-prokuratorskiej kwalifikacji czynu. Racjonalny ustawodawca nie powtarza zakazu już ustanowionego innym przepisem, jeżeli za jego przekroczenie nie wprowadza innej sankcji mającej uzasadnienie w racjonalnej polityce kryminalnej³⁰.

Dopuszczenie możliwości kwalifikacji kumulatywnej w omawianym zakresie może grozić zafałszowaniem rzeczywistości poprzez sugerowanie, że dany czyn ma większy ładunek społecznego niebezpieczeństwa niż ten, który rzeczywiście zawiera się w zachowaniu, którego sprawca się dopuścił³¹.

W sytuacji jednak, gdy sprawca wystąpił z roszczeniem odszkodowawczym w związku z wystąpieniem zdarzenia, które sam spowodował, nie powinna budzić zastrzeżeń teza, zgodnie z którą przyjmujemy, że miała miejsce wielość czynów, a więc i wielość przestępstw, co determinuje przyjęcie konstrukcji tzw. współukaranej czynności uprzedniej obok przestępstwa oszustwa określonego w art. 205 k.k.³². Niezależnie od prawno-karnych konsekwencji takiego rozumowania, które w świetle wcześniejszych rozważań po raz kolejny podważają skuteczność przepisów art. 4 § 1 Ustawy, jako środka przeciwdziałającego oszustwom ubezpieczeniowym. Z praktycznego punktu widzenia z łatwością można dostrzec, że całość nie przedstawia niestety klarownej konstrukcji.

Nie powinno przeto budzić zdziwienia, że skala zjawiska objętego opracowaniem, postrzegana z perspektywy zakładów ubezpieczeń jest istotnym problemem, a fakt ten nie znajduje i najprawdopodobniej nie znajdzie potwierdzenia w statystykach sądowych³³.

6. W podsumowaniu rozważań na temat oszustwa ubezpieczeniowego, których główny nurt ogniskował się wokół krytyki art. 4 Ustawy o ochronie obrotu gospodarczego, już to w kategoriach niewykorzystanych możliwości, jakie

30 K. Buchała, Z. Cwiąkałski, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1990, s. 67 wraz z powołanym tam orzecnictwem.

31 W. Wolter, Nauka o przestępstwie, Warszawa 1973, s. 240; J. Waszczyński, Prawo karne w zarysie..., op. cit., s. 113 i nast.

32 K. Buchała i inni, Komentarz do ustawy o ochronie..., op. cit., s. 80–81.

33 Por. M. Bonarowski, Buszowanie w wypłatach. Wyłudzenia odszkodowań są coraz większym problemem, Gazeta Bankowa 1997, nr 1.

stwarzała Ustawa, już to w ramach wniosków *de lege ferenda*, należy zaakcentować potrzebę typizacji oszustwa asekuracyjnego w klasycznej formie przestępstwa skutkowego.

W krajach Europy Zachodniej zrzeszonych w Europejskim Komitecie Ubezpieczeń (CEA), który przestępczość ubezpieczeniową postrzega jako jeden z kluczowych problemów rynku ubezpieczeniowego, pojęcie przestępstwa ubezpieczeniowego definiowane jest jako żądanie bezpodstawnego odszkodowania albo otrzymanie takiego odszkodowania drogą oszustwa³⁴.

Unikając z oczywistych względów szczegółowej oceny tak sformułowanej definicji nie ulega wątpliwości, że wymaga ona np. dalszego definiowania – tym razem – znamienia „drogą oszustwa”, co jest jej istotnym mankamentem.

Uważam jednak, że należało skorzystać z doświadczeń zebranych w krajach Europy Zachodniej i podjąć próbę określenia dyspozycji przepisu typizującego oszustwo ubezpieczeniowe nawiązując do istoty propozycji zgłaszanej przez Europejski Komitet Ubezpieczeń. Można było na przykład sankcję karną związać z: „żądaniem bezpodstawnego odszkodowania lub otrzymaniem takiego odszkodowania w następstwie przedłożenia fałszywych lub stwierdzających nieprawdę dokumentów co do okoliczności lub faktu zdarzenia będącego podstawą do wypłaty odszkodowania lub jego części”.

Niezależnie od zarzutów, które można podnieść w stosunku do takiej propozycji, wypada zaznaczyć, że jest ona jedynie próbą ukazania sposobu zredukowania wątpliwości piętrzących się na tle obecnego unormowania, co nie pozostaje bez związku ze skutecznością funkcjonowania przepisu w praktyce.

Nie ulega wszakże wątpliwości, że w tym przypadku, problem zbiegu przepisów ustawy w relacji do art. np. 205 § 1 k.k. staje się podręcznikowym przykładem pozoranego zbiegu przepisów ustawy, zwłaszcza jeżeli przyjmiemy jako nadrzędny pogląd części przedstawicieli nauki, którzy wiążą tę nazwę tylko ze stosunkiem wykluczania się zakresów odpowiednich przepisów, co upraszczając nieco całą rzecz można uznać – jak czytamy w komentarzu do kodeksu karnego – za odpowiednik działania reguły: *lex specialis derogat legi generali*³⁵.

34 Materiały Europejskiego Komitetu Ubezpieczeń (CEA), Paryż 1992 r.; por. też Dokumentacja Polskiej Izby Ubezpieczeń, Warszawa 1994.

35 K. Buchała i inni, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, op. cit., s. 68 wraz z podanym tam materiałem źródłowym autorstwa K. Buchały, W. Woltera, czy W. Maćciora.

Krzysztof Jan Jakubski

Rozpowszechnianie pornografii w sieci komputerowej „Internet”

W 1989 roku przez sieć „Internet” przeszło około 12 milionów pakietów (porcji) informacji. Do grudnia 1992 r. w sieci rozchodziło się rocznie około 6 miliardów pakietów, a w maju 1994 r. przez kable i łącza komputerowe przeszło ponad 21 miliardów porcji informacji w stosunku rocznym. Internet – jak ocean – jest rozległy i ciągle się zmienia. Nikt nie jest tu prawdziwym mistrzem, nikt go w całości nie wysondował, nikt nie wie o nim wszystkiego, ponieważ zmienia się każdego dnia¹. „Internet” nie został założony przez żadną osobę, agencję rządową, korporację, uniwersytet, czy rząd. Nikt nie jest też jego wyłącznym właścicielem. Wszyscy natomiast, którzy z niego korzystają lub świadczą w nim jakieś usługi, stanowią w naturalny sposób jego część. Kompanie telefoniczne są właścicielami tych fragmentów, które są odpowiedzialne za fizyczne przesłanie pakietów. Dostawcy usług odpowiadają za poprawne przesyłanie (odszukiwanie adresów komputerów) pakietów. Internet stanowi jakby jedną ogromną sieć z tą tylko różnicą, że jest to struktura wirtualna utworzona przez programistów, składająca się z tysięcy fizycznych sieci lokalnych. Z punktu widzenia użytkownika jest zbiorem programów, które wykorzystują sieć do komunikowania się między sobą. Najważniejsze z nich to poczta komputerowa, zdalna interakcyjna praca na odległych maszynach, zdalna transmisja zbiorów, dostęp do zbiorów danych, listy dyskusyjne i bezpośrednie rozmowy. Buszując po „Internecie” znaleźć można szereg miejsc, na których znajduje się erotyka. Od zabawnych rysunków na internetowej stronie „Playboya” do brutalnej, twardej, a nieraz wulgarnej pornografii, w tym z elementami zoofilii lub pedofilii. Jednocześnie zdarzają się wypowiedzi niektórych polskich prawników uważających, iż polskie przepisy karne w dobie rewolucji informatycznej są w sposób całkowicie nie zamierzony liberalne i nie przewidują ścigania rozpowszechniania pornografii w sieci komputerowej². Czy jednak jest to zdanie słuszne, zwłaszcza iż przypadki

-
- 1 G. H. Cady, P. Mc Gregor, Internet od podstaw do mistrzostwa, t. 1, Komputerowa Oficyna Wydawnicza „Help”, Warszawa 1995, s. 17 i 26.
 - 2 Por. A. Adamski, Odpowiedzialność operatora sieci komputerowej i BBS-u za przesłaną informację. Aktualny stan prawny w Polsce na tle tendencji światowych (wybrane aspekty), (w:) Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa, Materiały z seminarium Miedzeszyn'95, NASK 1995, s. 82–88.

rozpowszechniania treści pornograficznych, w tym pornografii dziecięcej, na ogólnie dostępnych światowych listach dyskusyjnych poświęconych np. dzieciom, przez polskich użytkowników „Internetu” są ujawniane i zgłaszane³.

Reglamentacja prawna seksualizmu w Europie została wprowadzona w XVI wieku i miała ona liczne oblicza. Przełom wieku XIX i XX wyzwolił międzynarodową aktywność w zwalczaniu sprośności. Jej efektem była m.in. międzynarodowa konferencja z okazji IV sesji Ligi Narodów, odbyta w Genewie, której dziełem była sygnowana dnia 12.09.1923 r. międzynarodowa konwencja o zwalczaniu obiegu i handlu publikacjami pornograficznymi. Stworzyła ona podstawy ustawodawstw antypornograficznych i, aczkolwiek sama uchylała się od jakichkolwiek definicji, stanowiła wzorzec dla kodyfikacji wielu państw. Konwencja podpisana została przez wszystkie, z wyjątkiem Szwecji i USA, państwa cywilizowane, które wprowadziły ją do swych ustawodawstw. Protokołem z dnia 12.11.1947 r. przejęta została następnie z Ligi Narodów do ONZ. Generalnie zabraniała ona:

- produkcji i rozpowszechniania materiałów pornograficznych w celu ich dystrybucji i publicznej ekspozycji,
- działań zmierzających do technicznej obsługi takiej produkcji, jak też i rozpowszechniania (import, eksport, przewóz, przechowywanie itp.),
- uprawiania handlu takimi przedmiotami oraz podejmowania działań mających ten handel i dystrybucję ułatwić.

Konwencja zwracała szczególną uwagę na zagadnienia ochrony dzieci i młodzieży, w związku z czym szereg państw stworzyło w tym względzie szczególne i bardzo restryktywne przepisy.

Rewolucja kulturowa połowy dwudziestego wieku w Europie spowodowała też szereg zmian w podejściu do zagadnienia pornografii. Ustawą z dnia 9.06.1967 r. (z mocą obowiązującą od dnia 1.07.1967 r.) parlament duński znowelizował § 234 p. 1 ust. 1 duńskiego kodeksu karnego w ten sposób, że wyłączył ze sfery przewidzianej tam penalizacji pornografii druki pornograficzne, wypowiadając równocześnie konwencję genewską. Od dnia 1.07.1969 r. zdepenalizował również rozpowszechnianie wizerunków pornograficznych. Zachowana została nadal kryminalizacja rozpowszechniania pornografii wśród młodzieży do lat szesnastu. Śladami Danii poszła Szwecja, która zresztą nigdy nie podpisała konwencji genewskiej. Znowelizowany ustawą z dnia 25.06.1970 r. (z mocą obowiązującą od dnia 1.07.1970 r.) rozdział 16 § 11 k.k. penalizuje jedynie wystawianie w miejscu publicznym pornograficznego wize-

3 Sprawa V Ds 67/96/S Prokuratury Wojewódzkiej w Katowicach.

runku w taki sposób, iż zdolne jest to wywołać ogólne zgorszenie, lub przestanie za pomocą poczty czy w inny podobny sposób pornograficznego wizerunku bez uprzedniego zamówienia. Paragraf 12 tegoż rozdziału zawiera jednak nadal globalny zakaz rozpowszechniania wśród młodzieży pism i wizerunków „wpływających na zdziczenie obyczajów i mogących poważnie niebezpieczeństwo dla obyczajowego wychowania młodych osób spowodować”. IV ustawa o nowelizacji prawa karnego Niemiec z dnia 29.11.1974 r. (z mocą obowiązującą od dnia 28.01.1975 r.) również gruntownie zmieniła zasady regulacji karnej przestępstw seksualnych. Jednakże nowa treść § 184 k.k. penalizuje udostępnianie pornografii młodzieży do lat 18 poprzez eksponowanie jej w miejscach, w których ze względu na ich dostępność może być ona przez tą młodzież dostrzeżona, dostarczanie jej osobie bez uprzedniego zamówienia (np. pocztą), ponadto został zachowany bezwzględny zakaz rozpowszechniania pornografii mającej za swój przedmiot połączenie seksu z gwałtem, wykorzystywaniem dzieci oraz zwierząt. Podobnie kryminalizuje rozpowszechnianie pornografii wśród dzieci i młodzieży § 208 austriackiego kodeksu karnego z dnia 23.01.1974 r.⁴.

II Rzeczpospolita ustawą z dnia 31.07.1926 r. ratyfikowała konwencję genewską⁵ i opublikowała w Dzienniku Ustaw⁶. Również zmiany dokonane po drugiej wojnie światowej – oświadczeniem rządowym z dnia 14.06.1951 r. w sprawie ratyfikacji przez Polskę protokołu o zmianie konwencji o zwalczaniu obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi zawartej w Genewie w dniu 12.09.1923 r., podpisanego w Lake Success w dniu 12.11.1947 r. – zostały przyjęte⁷. Tak więc konwencja ta kształtowała polskie prawo karne zarówno przed, jak i po drugiej wojnie światowej.

Art. 173 § 1 obowiązującego kodeksu karnego z 1969 r. stanowi, iż przestępstwo popełnia ten, kto rozpowszechnia pisma, druki, fotografie i inne przedmioty mające charakter pornograficzny. Sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. Tej samej karze podlega ten, kto w celu rozpowszechnienia, takie pisma, druki, fotografie albo przedmioty sporządza, przechowuje, przenosi, przesyła lub przewozi. Przepisy te chronią obyczajność, karząc rozpowszechnianie przedmiotów, których celem jest wywołanie podniecenia seksualnego⁸. Należy przy tym zwrócić uwagę, że polskie

4 Por. M. Filar, Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej, Toruń 1977, s. 151–156.

5 Dz. U. z 1926 r., Nr 93, poz. 537.

6 Dz. U. z 1927 r., Nr 71, poz. 621 i 622.

7 Dz. U. z 1951 r., Nr 59, poz. 407 i 408.

8 Por. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 512.

przepisy są w tym względzie liberalne, bowiem nie kryminalizują samej produkcji pornografii, a tylko jej rozpowszechnianie⁹.

Czyn z art. 173 § 1 musi się wyrazić w „rozpowszechnianiu”. Rozpowszechnianie to takie zachowanie, które polega na czynieniu powszechnie dostępnymi przez zakomunikowanie, dostarczenie, podarowanie, sprzedanie, kolportaż, powielanie, kopiowanie itp. szerszemu i bliżej nieokreślonemu kręgowi osób. Okazanie np. fotografii pornograficznej pojedynczym, ściśle określonym osobom (np. kolegom) w mieszkaniu prywatnym nie stanowi rozpowszechniania.

Rozpowszechnianie może być czynnością jednorazową albo szeregiem czynności, składających się na przestępstwo ciągłe. Rozpowszechnianiem w rozumieniu art. 173 § 1 k.k. jest nawet jednorazowe dostarczenie rysunku pornograficznego jednej osobie, ale dokonane z myślą, iż przekaże ona ten rysunek także osobom innym. Ustalanie faktu rozpowszechnienia musi być więc każdorazowo wyjaśniane przez sąd na podstawie całokształtu okoliczności czynu, wśród których dominantą jest brak intymności zachowania się. Kodeks karny nie precyzuje jakim środkiem może być popełnione przestępstwo rozpowszechniania pornografii, a więc użycie każdego środka w tym celu może być ścigane karnie. Wątpliwości, jakie niekiedy nasuwają się w związku ze sposobem przekazywania informacji w sieci komputerowej (sygnały elektryczne, binarne) w tym wypadku nie odgrywają żadnego znaczenia. Rozpowszechniać pornografię można także za pomocą telefaksu (również przesyłanie sygnału binarnego), zapisu obrazu lub dźwięku na taśmie magnetycznej lub innym nośniku (zmiany magnetyczne lub podłoża), drukowanie (nakładanie farby na papierze).

Przedmiotem czynu z art. 173 § 1 są pisma, druki, fotografie lub inne przedmioty mające charakter pornograficzny. Wyliczenie podane w tym przepisie ma wyraźnie charakter przykładowy (słowa „lub inne”). Rozpowszechnianie musi dotyczyć jednak zawsze określonego przedmiotu. Jednakże należy mieć tu na uwadze interpretację celowościową. Dosłowne bowiem traktowanie słowa „przedmiot” (rzecz w rozumieniu prawa cywilnego) nie miałoby sensu. Przedmiot nabiera pornograficznego charakteru w momencie, gdy emanuje pornograficzną treścią wyrażaną przez ten przedmiot. Charakter ten może być zauważalny już bezpośrednio wtedy, gdy patrzy się na dany przedmiot (np. zdjęcie w czasopiśmie, rysunek, rzeźbę, obraz), jak i wtedy, gdy do ujawnienia treści wyrażanej przez przedmiot dochodzi dopiero w sytuacji zastosowania odpowiednich technik, umożliwiających jej ujawnienie (np. nagranie na kasecie magnetofonowej, nagranie na kasecie video). W doktrynie nie ma wątpliwości

⁹ Por. wyrok SN z dnia 16.02.1987 r., sygn. WR 28/87, OSNKW 1987, nr 9–10, poz. 85.

co do tego, że wyświetlanie filmu w kinie lub telewizji, jak też nadanie audycji radiowej może rodzić odpowiedzialność za rozpowszechnianie pornografii¹⁰. W takiej sytuacji nie dochodzi przecież do przekazywania odbiorcy przedmiotu o charakterze pornograficznym (np. kasety filmowej lub video), lecz do przekazania mu samej treści zawartej na tej kasecie. To dopiero jej treść (w przypadku kasety video niewidoczne gołym okiem zmiany na nośniku magnetycznym) powoduje traktowanie tej kasety jako pornograficznej. Dyspozycja art. 173 § 1 poprzez otwarte wyliczenie przedmiotów wykonawczych stworzyła warunki do analogii wewnątrz ustawowej. Istotą bowiem czynu jest rozpowszechnienie wytworów myśli ludzkiej (treści), mających charakter pornograficzny. Jej ucieleśnienie może nastąpić w różnorodnych postaciach. Znaczenie ma przedmiot (treść) czynu i sposób popełnienia (rozpowszechnianie). Art. 173 k.k. nie precyzuje także okoliczności (czas, miejsce i sytuacja), w jakiej sprawca popełnia przestępstwo.

Przestępstwo z art. 173 § 1 k.k. jest przestępstwem umyślnym. Sprawcą przestępstwa może być każdy (słowo „kto”) człowiek odpowiadający ogólnym warunkom odpowiedzialności karnej (poczytalny i w wieku odpowiedzialności karnej), gdy chciał albo przynajmniej przewidywał i na to się godził, że jego zachowanie jest rozpowszechnianiem przedmiotów o charakterze pornograficznym. Rozchwianie ocen co do pornograficznego charakteru danego przedmiotu, w praktyce może wywołać trudności w udowodnieniu tego zamiaru. Definicja pornografii w prawie polskim nie jest jednoznacznie określona, podobnie jak w konwencji. Najbardziej reprezentatywną i zasługującą na akceptację jest definicja M.Filara określająca pornograficznymi przedmioty, których treścią jest przedstawienie czynności seksualnych w sposób sprzeczny z przyjętymi wzorcami zachowań seksualnych, opartymi na biologicznych funkcjach seksu (tzw. twarda pornografia)¹¹. Tym samym zaliczyć tu należy czynności wbrew naturze lub niezgodne z jej funkcjami (homoseksualizm, sodomia, pedofilia, nekrofilia). Ze stanowiskiem tym zgadzają się przedstawiciele medycyny sądowej.¹²

Czynności przygotowawcze do rozpowszechniania pornografii stanowią samoistne przestępstwo przewidziane w § 2 art. 173 k.k. Czynności te są ściśle wyliczone, a mianowicie: sporządzanie, przechowywanie, przenoszenie, prze-

10 Por. I.Andrejew, W.Świda, W.Wolter, Kodeks karny..., op. cit., s. 512; J.Bafia, K.Mioduski, M.Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, t. 2, Wyd. Prawnicze 1987, s. 147-148; O.Chybiński, W.Gutekunst, W.Świda, Prawo karne – część szczególna, PWN 1980, s. 226-230.

11 M.Filar, Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym, Toruń 1985, s. 115.

12 T.Marcinkowski, Medycyna sądowa dla prawników, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1993, s. 447-448.

syłanie lub przewożenie przedmiotów o charakterze pornograficznym w celu ich rozpowszechniania. Nie jest przy tym konieczna częstotliwość powtarzania czynności, przestępstwo jest dokonane z chwilą, gdy czynność ta została wykonana nawet jednorazowo. W przypadku systemów informatycznych czynnością taką może być przykładowo skanowanie obrazów pornograficznych (sporządzanie), przechowywanie plików graficznych lub tekstowych na komputerowym nośniku informacji (przechowywanie)¹³, umieszczenie na dysku twardym innego komputera za pomocą sieci informatycznej (przesyłanie). Należy mieć na uwadze fakt, że wszelkie informacje wprowadzone do komputera, zarówno z klawiatury jak i innych urządzeń wejściowych (modem, skaner itp.) nie są czymś ulotnym, lecz rezydują w pamięci komputera. Pamięć komputera, w dużym uproszczeniu, to zespół elektronicznych komórek wypełnionych danymi i rozkazami dla komputera. Każda z komórek ma własne oznaczenie (swój adres), gdzie zapamiętana jest podstawowa jednostka informacji (bajt)¹⁴. Wartości bajtu mogą symbolizować znaki alfanumeryczne (cyfry, litery i znaki umowne), dane graficzne lub poszczególne rozkazy komputera. Rozkazy i dane wprowadzone do pamięci komputera zawsze zapisane są na odpowiednim podłożu. Najczęściej są nimi nośniki półprzewodnikowe, magnetyczne i optyczne, a także praktycznie już nie używane taśmy perforowane. Nośnikami półprzewodnikowymi będą kości pamięci komputera (RAM¹⁵, ROM¹⁶, EPROM¹⁷ itp.) oraz karty pamięciowe (dyski krzemowe¹⁸). Nośnikami magnetycznymi

13 Plik (ang. file) – porcja danych przechowywana na dysku lub innym nośniku informacji. Plik binarny – plik zawierający dane nie będące tekstem. Plik tekstowy – plik zawierający wyłącznie znaki drukowalne. Wszystkie komputery (oprócz dużych maszyn IBM) używają do kodowania znaków standardu ASCII (amerykański znormalizowany kod wymiany określający wartości odpowiadające literom, cyfrom, znakom przestankowym i nielicznym kodom sterującym – ang. American Standard Code for Information Interchange).

14 Bajt – najkrótszy adresowalny ciąg bitów traktowany przez komputer jako niepodzielna całość w procesie przetwarzania, przechowywania i przesyłania informacji, składający się z ośmiu mniejszych jednostek – bitów. Bit (ang. Binary digit – cyfra dwójkowa) to jednostka ilości informacji mogąca przybierać jedną z dwóch wartości: 0 lub 1. Matematycznie ilość informacji można wyrazić jako logarytm o podstawie 2 liczby wszystkich możliwości.

15 RAM (ang. Random Acces Memory) – półprzewodnikowa pamięć o swobodnym dostępie, w której po wyłączeniu zasilania zapis bezpowrotnie ginie.

16 ROM (ang. Read Only Memory) – pamięć półprzewodnikowa stała, w której podczas procesu produkcyjnego zapisano na stałe pewną treść. Pamięć nie nadaje się do nowego lub uzupełniającego zapisu.

17 EPROM (ang. Elektrically Programmable Read Only Memory) – półprzewodnikowa programowalna pamięć stała. Pamięć, którą można zaprogramować na drodze elektrycznej. Po skasowaniu zawartości, np. za pomocą ultrafioletu, jest możliwe jej ponowne programowanie.

18 Szerzej na ten temat – P. Pawełczyk, Pamięci Flash w natarciu, Magazyn komputerowy Enter 1994, nr 10 (44), s. 34.

będą taśmy magnetyczne, dyskietki miękkie¹⁹ i dyskietki twarde²⁰. Nośnikami optycznymi będą głównie płyty kompaktowe (CD-Rom²¹). Trzeba tu zaznaczyć, iż technologia przechowywania danych jest jedną z najbardziej dynamicznie rozwijających się dziedzin informatyki i należy się spodziewać dużych zmian w tej dziedzinie²². Jakikolwiek zaś utwalenie czyni zadość wymaganiom ustawy, by istniał „przedmiot mający charakter pornograficzny”. Inne czynności przygotowawcze do rozpowszechniania pornografii, nie wymienione w § 2 art. 173 k.k. (np. zakup kamery, komputera, skanera, modemu itp.), nie stanowią przestępstwa²³. Czyn taki ma miejsce tylko wówczas, gdy działania sprawcy realizowane są w celu rozpowszechniania przedmiotów pornograficznych, tak więc np. przechowywanie tych przedmiotów w innym celu nie stanowi tego przestępstwa (przestępstwo kierunkowe, popełnione w zamiarze bezpośrednim).

Podsumowując stwierdzić należy, że w świetle kodeksu karnego z 1969 r. odpowiedzialności karnej za rozpowszechnianie pornografii w ramach sieci komputerowych podlegać będzie zarówno ten, kto tworzy i następnie rozpowszechnia same pliki komputerowe o charakterze pornograficznym (np. sprzedając dyskietki lub CD-Romy), jak i ten, kto taki utwralony plik udostępnia poprzez przekaz w ramach ogólnie dostępnej sieci komputerowej. Przekaz taki spełnia bowiem podstawowy warunek, jakim jest wymaganie „rozpowszechniania”. W ten sposób treść pornograficzna przedmiotu dociera do bliżej nieozna-

19 Fizycznie każda dyskietka jest krążkiem wyciętym z cienkiej folii, pokrytym warstwą nośnika magnetycznego w postaci lakieru zmieszanego z tlenkiem żelaza. Foliowy krążek schowany jest w kopercie (dyskietki o średnicy 5,25 cala i powyżej w miękkiej, a o średnicy 3,5 cala w obudowie sztywnej). Szerzej na ten temat – J. Grabowski, R. Styczyński, Dyski twarde i dyskietki, Wyd. Lupus, Warszawa 1995, s. 11–13.

20 Pojęcie dysk twardej (ang. hard disc) jest związane z konstrukcją dysków, będących sztywnymi krążkami z metalu, najczęściej aluminium. Typowy napęd dysku twardego składa się z kilku lub kilkunastu talerzy o średnicy od 2,5 do 5,25 cala, umieszczonych wraz z głowicami i układem pozycjonującym oraz niezbędną elektroniką w trwale zamkniętej obudowie. Każdy metalowy krążek jest pokryty substancją magnetyczną tworzącą właściwy nośnik. Szerzej na ten temat – J. Grabowski, R. Styczyński, Dyski..., op. cit., s. 11–13; J. Michałczyk, Dane na „twardo”, Magazyn komputerowy CHIP 1996, nr 9, s. 68–70.

21 CD-Rom to wykonany z tworzywa sztucznego (poliwęglanu) krążek o średnicy 12 cm (czasem też 8 cm) i grubości 1,2 mm, pokryty napyłoną cienką warstwą metalu (najczęściej aluminium), na której są wgłębienia. Wgłębienia lub ich brak (tzw. pit i land) to zapisane binarnie dane. Szerzej na ten temat – M. Setlak, Magia srebrnego krążka, Magazyn komputerowy Enter 1995, nr 10 (56), s. 40–52; M. Bieńkowski, Gorączka złota, magazyn komputerowy CHIP 1996, nr 1, s. 46–54.

22 Por. m.in. P. Pawełczyk, Pamięci przestrzenne, Magazyn komputerowy Enter 1994, nr 6 (39), s. 32–33; tegoż autora, Pamięci przyszłości, Magazyn komputerowy Enter 1994, nr 11 (45), s. 32–34.

23 Por. art. 14 § 2 k.k.

czonemu kręgu odbiorców. Nie jest tu argumentem to, że odbiorca może nie skorzystać z tego przekazu. Przy takim bowiem założeniu należałoby twierdzić, że odbiorca może nie oglądać zdjęć, czasopism, nie słuchać audycji radiowych, nie oglądać telewizji, co całą odpowiedzialność za rozpowszechnianie pornografii uczyniłoby bezprzedmiotową.

Na innych założeniach zbudowane zostały fenomeny przestępstw dotyczące produkcji i rozpowszechniania pornografii uchwalone w kodeksie karnym z dnia 20 marca 1997 r.²⁴. Karalne jest prezentowanie treści pornograficznych w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która sobie tego nie życzy (art. 201 § 1 n.k.k.) oraz małoletniemu poniżej 15 lat (§ 2). Wyraźnie więc ustawodawca stwierdza, że przedmiotem czynu są treści pornograficzne, a nie „druki, fotografie lub inne przedmioty mające charakter pornograficzny”. W § 2 przewiduje się także karalność udostępniania małoletniemu przedmiotów prezentujących treści pornograficzne. Produkcja w celu rozpowszechniania lub sprowadzenie albo rozpowszechnianie treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat albo związane z użyciem przemocy lub posługiwania się zwierzędziem spenalizowane zostało w art. 201 § 3 n.k.k. Ustawodawca słusznie więc uznał tzw. „twardą pornografię” za szczególnie niebezpieczną i wymagającą ścigania karnego, podobnie jak w państwach Europy Zachodniej. Ochronę małoletniego podkreśla ponadto § 2 art. 199 n.k.k. przewidujący karalność utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat. Tak więc zmiany modyfikują zasady ścigania za rozpowszechnianie pornografii, ale w dalszym ciągu czynią to rozpowszechnianie karalnym. Przesyłanie treści pornograficznych na ogólnie dostępne listy dyskusyjne w sieci komputerowej oraz przesyłanie materiałów pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej 15 lat albo związanych z użyciem przemocy lub posługiwaniem się zwierzędziem pozostaje przestępstwem ściganym z urzędu, na które w każdym przypadku ujawnienia takiego faktu – reagować musi organ ścigania.

Dopóki „Internet” był domeną naukowców, nie było potrzeby analizy przepisów prawnych pod kątem zastosowań w globalnych sieciach komputerowych. Teraz jednak wydaje się, że przez najbliższych parę lat „Internet” będzie rajem dla prawników, wynajdujących nowe precedensy i szukających zastosowań istniejących przepisów do sieci komputerowych. Będzie też zapewne polem walki z pojawiającymi się negatywnymi zjawiskami. Bardzo ważne jest rozstrzygnięcie kwestii odpowiedzialności za propagowane w sieci informacje czy

24 W wersji przedstawionej Senatowi RP przez marszałka Sejmu w kwietniu 1997 r. (druk senacki nr 497) – po uchwaleniu przez Sejm, a przed poprawkami Senatu.

obrazy. Szczególnie dotyczy to dostawców usług, takich jak serwery²⁵ systemu „news”²⁶ czy bazy danych z anonimowymi „FTP”²⁷, w których deponowane są pliki. Nie ma praktycznie możliwości kontroli wszystkich materiałów, co czyni wątpliwym obarczanie całą odpowiedzialnością administratora serwera. Co więcej, prawo bywa odmienne w różnych krajach, a sieć „Internet” z natury swojej jest globalna, i obejmuje obszary o różnym prawodawstwie. Rodzi to szereg wątpliwości, chociażby taką – czy przy pobieraniu informacji sprzecznej z prawem w miejscu, gdzie jest ona odczytywana, może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej administrator serwera, jeżeli maszyna ta stoi w miejscu, gdzie informacja taka jest legalna. Przepisy prawne uwzględniające specyficzne możliwości sieci komputerowych nie zostały jeszcze stworzone. Nie zwalnia to jednak organów ścigania od przeciwdziałania w przypadkach, gdy informacje przesyłane tą siecią naruszają obowiązujące przepisy prawne.

25 Serwer – komputer świadczący usługi innym komputerom w sieci. Jest to wysokiej klasy zestaw komputerowy, na którym zainstalowany jest sieciowy system operacyjny umożliwiający oddalonym komputerom korzystanie z jego pamięci masowej (serwer dyskowy), zasobów obliczeniowych (serwer obliczeniowy), plików a nie sektorów dyskowych (serwer plików).

26 News jest to publiczne forum wymiany artykułów i informacji, które są przesyłane między wybranymi komputerami w sieci tzw. serwerami news.

27 FTP (File Transfer Protocol) – specjalny protokół do transmisji dowolnie dużych zbiorów i to zarówno tekstowych jak i binarnych. Zapewnia on pełną kontrolę poprawności transmisji oraz praw dostępu do danych. W oparciu o ten protokół wiele ośrodków utworzyło na swoich komputerach publiczne, ogólnie dostępne archiwa (tzw. anonymous FTP), w których udostępnia się zarówno różnego typu oprogramowanie jak i inne zbiory (np. biblioteczne).

Jerzy Łabędź

Ocena wyników analizy powietrza wydychanego i prób krwi na zawartość alkoholu

W Pracowni Alkoholologii Instytutu Ekspertyz Sądowych w Krakowie prowadzone są badania i wydawane opinie o przydatności różnego typu analizatorów powietrza wydychanego do kontroli trzeźwości uczestników ruchu drogowego, względnie kontroli trzeźwości pracowników w zakładach pracy.

W okresie ostatnich 11 lat w Pracowni Alkoholologii Instytutu opracowano 18 opinii o różnego typu analizatorach, wydając 9 opinii pozytywnych i 9 negatywnych o tych urządzeniach (Tab. 1 i 2).

Rzeczywisty pomiar stężenia alkoholu we krwi na podstawie analizy powietrza wydychanego, może być przeprowadzony tylko przez badanie powietrza

Tab. 1. Podręczne analizatory do badań powietrza wydychanego na zawartość alkoholu (do szybkiej kontroli trzeźwości)

| Pomiar par alkoholu | Analizator | Firma | Wykazuje alkohol zalegający w jamie ustnej |
|--|-----------------------------------|---------------------------------|--|
| Z zastosowaniem detektora półprzewodnikowego | ALCO CHECK | Digilab | tak |
| | ALCO CHECK 3000 | Computer | tak |
| | ATC-1 Alcohol-Analyzer | | tak |
| | Alcotest 7310 | Dräger | tak |
| | Alkotest P-25 prototyp | MERA-PIAP | tak |
| | ALERT J4X* | Alc. Couterm. syst. | tak |
| Z wykorzystaniem utleniania elektrochemicznego | Alcotest 7410* | Dräger | tak |
| | Lion S-D2 | | tak |
| | Lion S-L2 | | tak |
| | ALCO-SENSOR IV* | Intoximeters Inc. | tak |
| | Alcometer SD-400* | Lion | tak |
| | Alcotest 7410 ^{PLUS} RS* | Dräger | tak |
| | AlcoData | Oliwa SMD Production Sp. z o.o. | tak |

* Analizatory, które uzyskały pozytywną opinię Instytutu o przydatności do kontroli trzeźwości

Tab. 2. Stacjonarne analizatory do badań powietrza wydychanego na zawartość alkoholu

| Pomiar par alkoholu | Analizator | Firma | Wykazuje alkohol zalegający w jamie ustnej |
|---|----------------|-------------------|--|
| Absorbpcja w zakresie promieniowania podczerwonego | Alcomat | Simens | nie |
| | Alcotest 7110 | Dräger | nie |
| | Alkometr A 2.0 | AWAT | nie |
| Detekcja elektrochemiczna i Detekcja w podczerwieni | Intox EC/IR | Intoximeters Inc. | nie |

Wszystkie analizatory uzyskały pozytywną opinię Instytutu o ich przydatności do kontroli trzeźwości

wydychanego pochodzącego z pęcherzyków płucnych. Jedynie powietrze z tej części płuc ma ścisły kontakt z krwią. U większości ludzi warunek ten spełniony jest po wydechu około 1,5 dm³ powietrza.

Badanie zawartości alkoholu za pomocą analizatorów powietrza wydychanego (metoda nieinwazyjna) polega na dynamicznym procesie wymiany gazu. Wymiana gazu związana jest z jego dyfuzją przez membrany pęcherzyków płucnych oraz z wymianą zachodzącą w drogach oddechowych w czasie procesu oddychania w układzie: powietrze i woda znajdująca się w ślinie. Stężenie alkoholu we krwi jest bardzo zbliżone do wartości, którą możemy uzyskać z pomnożenia zmierzonego stężenia alkoholu w powietrzu wydychanym, pochodzącym z pęcherzyków płucnych przez liczbę 2000¹.

Jednakże wiadomo, że nie może istnieć uniwersalny, idealny, stały współczynnik podziału alkoholu etylowego, dla układu krew/powietrze wydychane. Wartości współczynnika podziału, uzyskane doświadczalnie, wykazują zmienności osobnicze, jak również wynikają z temperatury ciała osoby badanej, proporcji części morfotycznych krwi do osocza itp.

Współczynnik podziału etanolu w układzie krew/powietrze wydychane (przy temperaturze ciała 37°C) może wynosić od 1800:1 do 2586:1 (przy temperaturze ciała 34°C). Stosowany w analizatorach współczynnik podziału 2100:1 jest rozwiązaniem kompromisowym, którego wybór został dokonany arbitralnie.

1 W. Gubała, Wiarygodność analizy powietrza wydychanego na zawartość alkoholu, Prokuratura i Prawo 1995, nr 1, s. 78–84.

Ze względu na użyteczność analizatorów możemy podzielić je na podręczne i stacjonarne. Inny podział uwzględnia zasadę pomiaru alkoholu w powietrzu wydychanym, która może być oparta na: spektrofotometrycznym pomiarze w podczerwieni, utlenianiu elektrochemicznym lub z zastosowaniem półprzewodników² (Tab. 1 i 2).

W badaniach naszych porównywaliśmy wyniki stężeń alkoholu w powietrzu wydychanym z wynikami analiz równoległe pobranych prób krwi, zarówno w fazie wchłaniania, jak i eliminacji alkoholu z organizmu.

Analizy prób krwi na zawartość alkoholu wykonywano metodą enzymatyczną ADH przy użyciu zestawów firmy Boehringer lub Sigma, względnie metodą chromatografii gazowej za pomocą aparatu Perkin Elmer Auto System z przystawką HS 40.

Należałoby w tym miejscu zaznaczyć, że „błąd” w analizie chemicznej jest jednym z podstawowych kryteriów dokładności oznaczeń poziomu alkoholu we krwi lub innych materiałach. Każdy pomiar ma ograniczoną dokładność w zależności od urządzenia, którym się go przeprowadza i od sprawności osoby, która ten pomiar wykonuje. W naszym laboratorium, które jest dobrze wyposażone i dysponuje odpowiednio wyszkoloną kadrą, osiągnięcie w tych oznaczeniach dokładności $\pm 0,05\%$ nie przedstawia większych trudności. Jak wykazały liczne kontrolne testy „błąd” analityczny w naszym laboratorium nie przekracza $\pm 0,03\%$.

W fazie wchłaniania alkoholu z przewodu pokarmowego do krwiobiegu – pojedyncze wyniki badań powietrza wydychanego w stosunku do wyników analiz równoległe pobranych prób krwi były zawyżone nawet o 0,26% i raczej dotyczyło to początkowego momentu fazy wchłaniania alkoholu. Przeważnie zawyżenia te wynosiły od około 0,04% do około 0,10% lub nieznacznie przekraczały tę ostatnią wartość. Jest to zresztą fizjologicznie uwarunkowane, bowiem w tej fazie obserwujemy wyższe stężenie alkoholu w krwi tętniczej (pęcherzyki płucne) aniżeli w krwi żyłnej. Jednak pod koniec fazy wchłaniania oraz w fazie równowagi, jak również w całej fazie eliminacji alkoholu z organizmu różnice te maleją ze względu na wyrównywanie stężeń alkoholu w układach naczyń krwionośnych.

W przypadku, gdy pomiar powietrza wydychanego podręcznym analizatorem (np. Alcotest 7410) wykonany zostanie do 15 minut po konsumpcji alkoholu, można uzyskać wysoki wynik (stężenie) nie adekwatny do rzeczywistej zawartości alkoholu z powodu wpływu tzw. alkoholu zalegającego (resztkowego) z jamy ustnej.

2 J. Łabędź, Nowoczesna aparatura do analizy powietrza wydychanego na podstawie badań prowadzonych w Instytucie Ekspertyz Sądowych, Prokuratura i Prawo 1995, nr 4, s. 66–75.

Dlatego też bardzo ważne jest, aby po zatrzymaniu osoby do kontroli trzeźwości, wykonać dwukrotnie badania podręcznym analizatorem w odstępie 15 minut. W przypadku uzyskania wyników badań np. 2,86‰ i 0,79‰ należy dokonać trzeciego pomiaru tym urządzeniem, gdyż uzyskane wyniki badań wskazują, że u badanej osoby w jamie ustnej znajdował się jeszcze alkohol zalegający (resztkowy), natomiast część wypita pozostawała jeszcze w fazie wchłaniania.

Podobny efekt obserwujemy, kiedy badane osoby mają czkawkę (odbijanie), względnie, które wymiotują. W ten sam sposób należy postępować z badaną osobą w przypadku przyjęcia przez nią leku w postaci kropli sporządzonych na alkoholu. Np. w przypadku zażycia w dawce terapeutycznej leku ziołowego takiego jak np. Amol, Artecholin itp., wówczas jeśli badanie podręcznym analizatorem było wykonane do 15 minut od jego użycia, uzyska się wynik dodatni np. 0,58‰, natomiast powtórne badanie po 15 minutach powinno wykazać wartość 0,00‰. Jeżeli po tym czasie urządzenie wykaże dodatni wynik to świadczy to o tym, że badana osoba oprócz leku na alkoholu, spożywała alkohol w innej postaci.

Jeżeli w tych wszystkich przypadkach, o których wspomniano wyżej, do badań osoby zatrzymanej użyto by analizatora typu Alcomat, to wówczas w czasie do 15 minut po spożyciu alkoholu lub leku na alkoholu, urządzenie zasygnalizuje alkohol resztkowy, natomiast po 15 minutach w przypadku użycia leku na alkoholu w dawce terapeutycznej wskazać powinno wartość 0,00‰.

Podobnie należy postępować w przypadku wcześniejszego użycia przez zatrzymaną osobę leku w formie aerozolu lub dezodorantu do ust sporządzonych na alkoholu (Tab. 3).

Tab. 3. Wpływ niektórych preparatów aerozolowych stosowanych w przypadkach schorzeń układu oddechowego, np. astmy, rozedmy, bronchitu, oraz dezodorantu do ust na wskazanie analizatorów powietrza wydychanego

| | Pomiar spektrofotometryczny w podczerwieni | | Utlenianie elektrochemiczne | |
|-------------------|---|---------|-----------------------------|---------|
| | do 15 min. | 15 min. | do 15 min. | 15 min. |
| Ternolate | Alkohol resztkowy | 0,00 | 0,20‰ – 0,89‰ | 0,00 |
| Xylomaetazolin | Alkohol resztkowy | 0,00 | 0,20‰ – 0,89‰ | 0,00 |
| Dezodorant do ust | Alkohol resztkowy | 0,00 | 1,48‰ – 2,48‰ | 0,00 |

A zatem, jeśli badanie powietrza wydychanego i pobranie próby krwi do badań na zawartość alkoholu będzie wykonywane w krótkim odstępie czasu w fazie wchłaniania alkoholu z przewodu pokarmowego do krwiobiegu, szcze-

gólnie w początkowej jego fazie, wówczas wyniki badań i analiz mogą nie korelować ze sobą, a różnice mogą nawet wynosić do około 0,2%.

Z badań własnych i dokonanej analizy 75 wyników w grupie kobiet oraz 150 wyników w grupie mężczyzn przeprowadzonych w Instytucie Ekspertyz Sądowych nad krzywymi wchłaniania i eliminacji alkoholu wynika, że najczęściej faza wchłaniania u kobiet trwa od 21 minut do 70 minut (86,7% przypadków), a u mężczyzn od 25 minut do 70 minut (92,6% przypadków). Należy liczyć się jednak z przypadkami, w których faza wchłaniania alkoholu z przewodu pokarmowego do krwiobiegu może trwać u kobiet od 15 do 20 minut (6,7% przypadków), zaś u mężczyzn około 15 minut (2,7% przypadków), jak również u kobiet od 70 do 80 minut (6,7% przypadków), a u mężczyzn od 70 do około 110 minut (4,6% przypadków).

W fazie eliminacji alkoholu z organizmu – średnie różnice pomiędzy wynikami badań powietrza wydychanego i analiz prób krwi wynosiły od około $\pm 0,03\%$ do około $\pm 0,05\%$, chociaż w pojedynczych przypadkach różnice wynosiły do około 0,10% lub przekraczały nieznacznie tę wartość. Zaobserwowano w czasie badań, że w fazie tej istnieje raczej tendencja do uzyskania nieco niższych stężeń alkoholu w powietrzu wydychanym w stosunku do stężeń alkoholu w równoległe pobranych próbach krwi.

Z doświadczenia w pracy ekspertowskiej wiadomo, że na zgodność (korelację) pomiędzy uzyskanymi wynikami badań powietrza wydychanego z wynikami analiz prób krwi na zawartość alkoholu w tej fazie wpływa czas, jaki upływał pomiędzy tymi czynnościami. Jeżeli odstęp czasu nie jest większy niż 25 do 30 minut, to różnice pomiędzy wynikami mogą nie przekraczać wartości 0,10% lub przekraczają ją nieznacznie. W przypadku większych odstępów czasu, np. od około 30 minut do około 1,5 godziny, różnice pomiędzy wynikami badań powietrza wydychanego i analiz prób krwi mogą nawet wynosić od około 0,20% do około 0,30%, a nawet mogą być większe. Wówczas trudno raczej mówić o dobrej zgodności (korelacji) uzyskanych wyników badań, chociaż jest to zgodne z fizjologią eliminacji alkoholu z organizmu.

Bardzo ważne jest, aby akumulatory w podręcznych analizatorach były możliwie w pełni naładowane. W przeciwnym wypadku wyniki badań powietrza wydychanego mogą być zaniżone o około 10%, a nawet w pojedynczych przypadkach o około 15% w stosunku do rzeczywistego stężenia alkoholu, a zatem również do wyników analizy próby krwi.

Nieznaczne różnice pomiędzy wynikami badań powietrza wydychanego a wynikami analiz równoległe pobranych prób krwi mogą być również spowodowane hiperwentylacją płuc, tj. przewietrzaniem płuc poprzez 3–4 głębokie oddechy wykonane przed wydechem lub hipowentylacją płuc, tj. krótkotrwałym

wstrzymaniem oddechu na 1 – 2 sekundy przed wydechem. Średnie zaniżanie, czy też zawyżenie wyników badań powietrza wydychanego wynosiło około $\pm 0,03\%$, chociaż w sporadycznych przypadkach może wynosić od $-0,13\%$ do $+0,08\%$.

Podręczne analizatory takie jak ALCO-SENSOR IV RBT IV i Alcometer SD-400P wyposażone są w tzw. opcję „Manual”, która do wykonania pomiaru wymaga niewielkiej ilości powietrza wydychanego. Uzyskane wyniki badań można traktować co najwyżej szacunkowo, a niestwierdzenie alkoholu w powietrzu wydychanym nie zawsze może świadczyć, że badana osoba jest trzeźwa. W takim przypadku winna być zawsze pobrana od badanej osoby próba krwi. Wówczas różnice pomiędzy uzyskanymi wynikami badań powietrza wydychanego przy opcji „Manual” a wynikami analiz prób krwi mogą być nawet znaczne.

W dotychczasowej praktyce ekspertowskiej w Instytucie spotkaliśmy się z przypadkiem, kiedy u badanej osoby stwierdzono analizatorem Alcomat firmy Siemens stężenie $1,20\%$ alkoholu etylowego, a w pobranej od niego próbce krwi metodą enzymatyczną ADH uzyskano wynik $0,00\%$. Z informacji zawartej w piśmie skierowującym próbę krwi do badań na zawartość alkoholu wynikało, iż policjanci przeprowadzający badanie analizatorem wyczuli od tej osoby zapach rozpuszczalnika. Z przeprowadzonego z badanym wywiadu uzyskali informację, że jest on „wączaczem” kleju butapren. Przeprowadzone w Instytucie kontrolne badanie *in vitro* powietrza zawierającego pary butaprenu, potwierdziły możliwość uzyskania w takich przypadkach wyników dodatnich w przypadku posłużenia się analizatorem Alcomat³.

3 W. Gubała, W. Gut, Przypadek sprzeczności między wynikiem badania trzeźwości za pomocą Alcomatu a wynikiem laboratoryjnej analizy próby krwi, Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii 1994, nr 44, s. 203–205.

Marian Filar

Nowy kodeks karny Federacji Rosyjskiej. Kary i zasady wymiaru

1. Problematyce kary poświęcano w ustawodawstwie radzieckim zawsze szczególną uwagę, zaś przepisy jej dotyczące wyraźnie dominowały nad przepisami dotyczącymi zasad odpowiedzialności. Tu właśnie „biło serce” karnego ustawodawstwa radzieckiego i realizowała się ochronna funkcja prawa radzieckiego jako instrumentu tzw. socjalistycznych stosunków społecznych. Następstwem tego był skrajny niekiedy pragmatyzm tych przepisów. Był on wynikiem uprawianej od lat tzw. strategii dyferencjacji przestępczości i odpowiedzialności za przestępstwo, która ukształtowała kanon myślenia w kryminologii radzieckiej na długie lata. Strategia dyferencjacji nadawała tej części kodeksu wyraźnie pozytywistyczny charakter, opierając ją na kanonie skuteczności i efektywności przy równoczesnym stworzeniu niezwykle rozległej sfery dyskrecjonalności organów wymiaru sprawiedliwości karnej w jej stosowaniu. Klasyczna triada prawa karnego „przestępstwo – вина – kara” została tu więc rozerwana i sprowadzona do stwierdzenia, iż wprowadzie każdy czyn zabroniony spotkać musi się z określoną reakcją Państwa, niemniej wybór rodzaju tej reakcji jest w zasadzie kwestią czystego pragmatyzmu rozstrzyganą dyskrecjonalnie *ad casum*¹.

Jak wiele z tej filozofii i będącej jej następstwem „technologii” legislacyjnej „odziedziczył” nowy k.k. rosyjski?

2. Zagadnieniom powyższym poświęcono w nowym kodeksie cztery rozdziały i 62 artykuły.

Rozdział III „Kara (*nakazanie*) rozpoczyna podrozdział (*gława*) 9 „Pojęcia i cele kary. Rodzaje kar”.

Według art. 43 ust. 2 k.k. karę stosuje się w celu przywrócenia (*wostanowlienija*) sprawiedliwości społecznej, a także w celu poprawy (*isprawlijenija*) osądzonego i zapobieżenia popełnienia nowych przestępstw. Uderzające jest tu wyraźne wyeksponowanie racjonalizacji retrybtywnej przed racjonalizacjami prewencyjnymi. O tego rodzaju przesłance nie było w ogóle mowy w tzw. projekcie akademickim (p.a. – art. 57, ust. 2), zaś w k.k. z 1960 r. w tym kontekście mówiło się, że „skazanie jest nie tylko karą za popełnione przestępstwo...”, co miało wprowadzić retrybtywny wyraz, lecz nie było aż tak jednoznaczne. Art. 44 wyróżnia następujące rodzaje kar (*widy nakazanija*):

¹ Patrz M.Filar, Niektóre węzłowe problemy rozwoju prawa karnego europejskiego państw socjalistycznych – próba syntezy. Problemy Prawa Karnego, t. 10–11, Katowice 1985, s. 49 i nast.

- a) grzywna,
- b) pozbawienie prawa sprawowania określonych funkcji lub wykonywania określonej działalności,
- c) pozbawienie odznaczeń honorowych wojskowych i cywilnych, nagród państwowych i stopnia wojskowego,
- d) prace obowiązkowe,
- e) prace poprawcze,
- f) ograniczenie zasad odbywania służby wojskowej,
- g) konfiskata mienia,
- h) ograniczenie wolności,
- i) areszt – umieszczenie w wojskowej jednostce dyscyplinarnej (batalion karny),
- j) pozbawienie wolności na czas oznaczony,
- k) dożywotnie pozbawienie wolności,
- l) kara śmierci.

Kary przewidziane punktami d, e, f, h, i, j, k, l mogą być wymierzone jedynie jako kary zasadnicze (art. 45 ust. 1).

Kary przewidziane w punktach a i b mogą być orzeczone zarówno jako kary zasadnicze, jak i kary dodatkowe (art. 45 ust. 2).

Kary wymienione w punktach c oraz g orzeczone mogą być jedynie jako kary dodatkowe (art. 45 ust. 3).

W stosunku do k.k. z 1960 r. zrezygnowano z kary zsyłki i wysyłki, nagany, nałożenia obowiązku zadośćuczynienia szkody oraz umieszczenia w tzw. reformatorium pracy wychowawczej (dla włóczęgów, żebraków, pasożytów i „niealimenciarzy”).

Godna odnotowania jest rezygnacja z tradycyjnie zakorzenionej w prawie radzieckim (i „przedradzieckim” – rosyjskim) kary zsyłki i wysyłki, które to były przewidziane jeszcze przez p.a. (choć nie było ich już w p.r.).

Wielce charakterystyczne jest wprowadzenie do katalogu kar nieznanego dotąd prawu radzieckiemu kary dożywotniego pozbawienia wolności, jak również wymienienie kary śmierci w ogólnym katalogu kar, nie zaś, jak to było w k.k. z 1960 r., określenie jej jako kary o charakterze wyjątkowym (art. 23 k.k. z 1960 r.). Z drugiej strony świadczyć to może o pewnym zaostrzeniu polityki karnej, z drugiej zaś o zarzuceniu typowej dla tzw. socjalistycznego prawa karnego hipokryzji przejawiającej się w formalnym uznawaniu za „wyjątkowe”, tego co bynajmniej wyjątkowe nie było.

Interesująco uregulowane zostały zasady określenia wysokości grzywny. Kodeks rezygnuje z kwotowego określenia tej wysokości stanowiąc, iż wymierza się ją w wymiarze od dwudziestopięcio- do tysiąckrotności minimalnego wynagrodzenia za pracę przyjętego w FR lub w rozmiarze wysokości zarobku lub innego dochodu skazanego za okres od dwu tygodni do jednego roku (art. 46 ust. 2).

Jako karę dodatkową, grzywnę wymierzyć można jedynie w przypadkach wskazanych w ustawie (art. 46 ust. 4). Złośliwe uchylanie się od jej zapłacenia powoduje jej zamianę na pracę obowiązkową lub poprawczą albo areszt.

Kodeks przewiduje dwie kary wolnościowe związane z pracą. Tzw. prace obowiązkowe (art. 49) są w istocie realizacją idei tzw. *community service*. Skazany w czasie wolnym od pracy zawodowej może zostać zobowiązany do nieodpłatnego wykonania społecznie użytecznych prac wskazanych przez organy samorządowe w wymiarze od 60 do 240 godzin, nie więcej jednak niż cztery godziny dziennie.

Prace poprawcze (art. 50) polegają na potrąceniu z zarobków skazanego przez okres od 2 miesięcy do 2 lat na rzecz Skarbu Państwa sumy od 5 do 20% tych zarobków; jest więc faktycznie rozłożoną na raty grzywną.

Kara ograniczenia wolności (art. 53) jest w swej istocie półwolnościową formą pozbawienia wolności. Skazanego, w zależności od rodzaju popełnionego przestępstwa, umieszcza się na okres od 1 roku do 3 lat (przestępstwo umyślne), lub od 1 roku do 5 lat (przestępstwo nieumyślne) w specjalnym zakładzie bez izolowania od społeczeństwa w warunkach ustanowienia nad nim nadzoru. Uchylanie się od oddania się tej karze powoduje jej zamianę na pozbawienie wolności.

Kodeks zna trzy kary detencyjne.

Areszt (art. 54) orzeka się na okres od 1 do 6 miesięcy i realizuje się w warunkach surowej izolacji od społeczeństwa. Nie stosuje się go wobec osób, które w chwili wydania wyroku nie ukończyły 16 lat, a także kobiet ciężarnych i mających dzieci do lat 8. W tej formie wydaje się on być realizacją idei tzw. *short time shock therapy*.

Kara pozbawienia wolności polega na izolacji skazanego od społeczeństwa w warunkach jednego z trzech wariantów jej wykonania:

- w tzw. kolonii–osiedlu (*kałonia–posielienije*),
- kolonii poprawczej (*isprawitielnaja kałonija*) o reżimie zwykłym, zastrzonym lub szczególnym,
- więzienia (*tiurma*).

Karę pozbawienia wolności orzeka się na okres od 6 miesięcy do 20 lat, w przypadku zaś skazania w warunkach zbiegów przestępstw okres ten wynosić może nawet 25, a niekiedy 30 lat.

W stosunku do ustawodawstwa radzieckiego na gruncie k.k. z 1960 r. istotnie podwyższono górną granicę kary (z 10 do 20 lat)². Zachowano nato-

2 Choć podwyższenie to ma w istocie charakter pozorny, k.k. RSFR z 1960 r. zezwalał na wymierzenie w stosunku do określonych kategorii sprawców kary pozbawienia wolności „grubo” powyżej granicy 10 lat.

miast charakterystyczną dla tego prawa daleko idącą diferencjacją reżimów jej wykonania, które nie są jedynie instytucją prawa penitencjarnego, lecz prawa materialnego. Art. 58 w drobiazgowy i kazuistyczny sposób reguluje zasady tego wymiaru w zależności od rodzaju popełnionego przestępstwa i rozmiarów wyroku określając ściśle, w jakim reżimie mają być wykonane te kary (art. 58).

Karę dożywotniego pozbawienia wolności wymierza się jedynie jako alternatywę dla kary śmierci w przypadku popełnienia tzw. szczególnie ciężkiego przestępstwa wymierzonego przeciwko życiu, jeśli sąd dojdzie do wniosku, iż można tu odstąpić od kary śmierci (art. 59).

Przy takim jej ujęciu kara ta stanowi w istocie element depenalizujący karę śmierci i należy ją traktować jako łagodzącą, a nie zaostrzającą system wymiaru kary (choć kary tej nie znał k.k. z 1960 r.).

Kara śmierci (art. 59) wymierzona być może tylko w przypadku skazania za szczególnie ciężkie przestępstwo przeciwko życiu. Nie wymierza się jej wobec kobiet (!), mężczyzn którzy w chwili wyroku ukończyli 65 lat oraz wobec sprawców, którzy w chwili czynu nie ukończyli 18 lat.

Na podkreślenie zasługuje znaczne ograniczenie katalogu czynów, za które może ona być wymierzona, zwłaszcza pominięcie w nim przestępstw przeciwko państwu, nie łączących się z umyślnym pozbawieniem życia.

Można więc stwierdzić, iż przepisy dotyczące katalogu kar w nowym kodeksie FR stwarzają przesłanki do złagodzenia tradycyjnie surowej polityki karnia. Eliminują ją anachroniczne i nieprzystające na współczesnych realiów państwa o ambicjach demokratycznych oraz stwarzają możliwości dla większej elastyczności w wymiarze kary.

3. Podrozdział 10 „Wymiar kary” (*naznaczenije nakazania*) spełnia w strukturze rozdziału III rolę węzłową. Niezwykle interesującą regulację zawiera rozpoczynający go art. 60 stanowiący, iż osobie uznanej za winną popełnienia przestępstwa wymierza się sprawiedliwą karę w granicach przewidzianych przez naruszony przezeń przepis części szczególnej, z uwzględnieniem zasad wynikających z przepisów części ogólnej. Najsurowszą z wynikających z tych przepisów kar można zastosować jednak jedynie w tym przypadku, gdy kary łagodniejsze nie zapewniają celów kary (art. 60 ust. 1). Jest to wyraźne podkreślenie racjonalizacji retributywno–sprawiedliwościowej kary, przy równoczesnym wprowadzeniu zasady subsydiarności kary najsurowszej (co praktycznie oznacza subsydiarność kary pozbawienia wolności). Tak sformułowana dyrektywa ogólna wymiaru kary jest w prawie rosyjskim całkowitą nowością i odbiega od dotychczasowej tradycji radzieckiej w tym względzie. Kierując się tą dyrektywą przy wymiarze kary sąd uwzględnia charakter i stopień społecznego niebezpieczeństwa i osobowość skazanego, wpływ orzeczonej kary na poprawę skazanego i warunki życia jego rodziny, a także okoliczności

łagodzące i zaostrzające odpowiedzialność (art. 60 ust. 3). Charakterystyczne jest tu pominięcie dyrektywy ogólnoprewencyjnej przy wymiarze kary.

Nadzwyczajne zaostrzenie kary, tj. wymierzenie kary surowszej niż przewiduje dany przepis części szczególnej możliwe jest jedynie w przypadku zbiegu przestępstw (art. 17 ust. 1 i art. 69) oraz tzw. zbiegu wyroków (*sowokupnost prigaworow* – art. 70, co przypomina polską instytucję wyroku łącznego i kary łącznej).

Nadzwyczajne złagodzenie kary, reguluje art. 64 k.k. Stosując je sąd może wziąć pod uwagę cele i motywy działania sprawcy, rolę oskarżonego przy jego popełnianiu, jego zachowanie w czasie i po popełnieniu przestępstwa oraz inne okoliczności w sposób istotny zmniejszające stopień społecznego niebezpieczeństwa przestępstwa, a także aktywny udział sprawcy przestępstwa grupowego w jego wykryciu (art. 64 ust. 1). W powyższym charakterze mogą być uwzględniane tzw. ustawowe okoliczności łagodzące występujące oddzielnie lub łącznie (art. 64 ust. 2). Takie nadzwyczajne złagodzenie polegać może zarówno na wymierzeniu kary łagodniejszego rodzaju niż przewiduje to sankcja danego przepisu części szczególnej, jak i zejściu poniżej dolnej granicy kary przewidzianej oraz odstąpieniu od wymierzenia kary dodatkowej, której wymierzenie jest obligatoryjne (art. 64 ust. 1).

Instytucją dotychczas niespotykaną w prawie radzieckim jest przewidziane w art. 65 nadzwyczajne złagodzenie kary w przypadku werdyktu zasiadających w składzie sądu ławników o zastosowaniu łaski (*snizchozhdienije*), co skutkuje możliwością zastosowania wobec sprawcy art. 64 k.k. o nadzwyczajnym złagodzeniu kary. Podstawą takiego werdyktu jest przekonanie tych ławników, iż skazany zasługuje na taką łaskę. Formuły powyższe są niezwykle szerokie i w istocie rzeczy dopuszczają pełną dyskrecjonalność sądu w powyższej kwestii, co zresztą występowało w bardziej jeszcze szerszym zakresie na gruncie k.k. z 1960 r. W tradycyjny dla prawa radzieckiego sposób także i nowy kodeks zawiera katalog okoliczności łagodzących (art. 61) i obciążających (art. 63).

Wśród tych pierwszych możemy przykładowo wymienić brzemienność, posiadanie nieletnich dzieci, ujawnienie okoliczności przestępstwa, udzielenie ofierze pomocy medycznej, prowokację ze strony ofiary.

Wśród drugich – wielokrotność i recydywę przestępstwa, popełnienie przestępstwa w grupie osób, zwłaszcza grupie zorganizowanej, aktywną rolę w popełnieniu przestępstwa, popełnienie przestępstwa z motywów nienawiści narodowej, rasowej, religijnej, popełnienie przestępstwa wobec kobiety w widocznej ciąży, popełnienie przestępstwa podczas klęski żywiołowej, wydarzeń nadzwyczajnych i masowych rozruchów oraz jego popełnienie z wykorzystaniem zaufania wynikającego ze stanowisk sprawcy, jak i z wykorzystaniem umundurowania lub dokumentów przedstawicieli władzy.

Art. 66 przewiduje szczególne zasady wymiaru kary za tzw. przestępstwa niedokończone (przygotowanie, usiłowanie – art. 30 i 31 k.k.). I tak kara za przygotowanie do przestępstwa (jeżeli dane przestępstwo w ogóle karalne jest w formie przygotowania) nie może przekroczyć połowy górnej granicy ustawowego wymiaru kary za dokonanie tego przestępstwa (art. 66 ust. 1), zaś za usiłowanie, analogicznie 3/4 tej granicy. W obu powyższych przypadkach nie wymierza się też kary śmierci ani kary dożywotniego pozbawienia wolności. Jest to rozwiązanie nieznane k.k. z 1960 r. i ma swoje korzenie w p.a.

Art. 67 reguluje zasady wymiaru kary za tzw. współuczestnictwo w popełnieniu przestępstwa (*souczastije*). Wymiar ten uzależniony jest od charakteru i stopnia faktycznego udziału danej osoby w popełnieniu przestępstwa i znaczeniu tego udziału dla realizacji celu przestępczego oraz jego wpływu na charakter i stopień szkody spowodowanej przestępstwem. Rozwiązanie to inspirowane jest wyraźnie akcesoryjną koncepcją odpowiedzialności. Elementem koncepcji odpowiedzialności samoistnej jest tu jedynie ust. 2 tegoż przepisu, według którego okoliczności łagodzące lub obciążające uwzględnia się jedynie do tego ze współuczestników, którego dotyczą. Szczegółowe zasady wymiaru kary za współudział określone zostały w ramach przepisów określających poszczególne jego formy zawarte w dziale 7 rozdz. I k.k. Ogólnie warto jedynie wskazać, iż za współudział odpowiada się w granicach ustawowego wymiaru kary przewidzianego za dokonanie danego przestępstwa.

Nowy kodeks całkowicie zerwał z typowym dla prawa radzieckiego „antropologizującym” i stwarzającym wielkie możliwości oportunistyczno–dyskrecjonalne dla sądu ujmowaniem recydywy poprzez instytucje tzw. niebezpiecznego i szczególnie niebezpiecznego recydywisty³. W art. 18 nowego k.k. przechodzi się na pozycje legalistyczne poprzez precyzyjnie określone pojęcie recydywy, niebezpiecznej recydywy i szczególnie niebezpiecznej recydywy.

Art. 68 nowego k.k. formułuje ogólne i szczegółowe dyrektywy wymiaru kary za czyny popełnione w warunkach jednej z trzech powyższych kategorii recydywy. Wymiar kary w przypadku recydywy „zwykłej” nie może być niższy od połowy górnej granicy ustawowego wymiaru przewidzianej kary za przestępstwo popełnione w warunkach tej recydywy, w przypadku recydywy niebezpiecznej od 2/3 tej granicy, w przypadku recydywy szczególnie niebezpiecznej od jej 3/4. Przy takim ujęciu recydywa staje się w istocie ustawową okolicznością

³ Szczegółowe omówienie tej problematyki w prawie radzieckim – patrz J. Waszczyński, Recydywa wielokrotna w ustawodawstwach obcych, *Studia Kryminologiczne, Kryminalistyczne i Penitencjarne* 1977, nr 6, s. 41–45; S. Lelenta, Nowe tendencje w dziedzinie zwalczania i zapobiegania przestępczości powrotnej w ustawodawstwie i doktrynie państw socjalistycznych, *Zeszyty Naukowe ASW* 1973, nr 2–3, s. 219 i nast.

powodującą nadzwyczajne zaostrzenie kary (choć nie stwarza możliwości przekroczenia górnej granicy zagrożenia w naruszonym przepisie).

Zaostrzeń powyższych nie stosuje się jednak, gdy działanie w warunkach recydywy stanowi znamię kwalifikujące określone przestępstwo w części szczególnej (co jest tradycją prawa radzieckiego), lub gdy sąd uzna, iż zachodzi możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary przewidzianego w art. 64 k.k. (art. 68 ust. 3). W stosunku do ustawodawstwa radzieckiego odnotować więc możemy na gruncie nowego k.k. znaczne „ulegalistyczenie” i złagodzenie zasad odpowiedzialności w przypadku recydywy. Korzenie tej zmiany wywodzą się z p.a.

W art. 69, 70 i 71 kodeks reguluje zasady wymiaru kary przy zbiegu przestępstw, zbiegu wyroków i w przypadku wyroku łącznego. Bez wdawania się w szczegóły stwierdzić można, iż są to okoliczności nadzwyczajnie zaostrzające karę w „klasycznym” rozumieniu tego pojęcia, tj. stwarzające możliwość orzeczenia jej ponad granicę górnego zagrożenia w danej normie.

4. Prawo radzieckie lubowało się w różnorodnych wariantach warunkowych skazań i form odstąpienia od klasycznej odpowiedzialności karnej⁴. Ich stosowanie pozostawało w sferze pełnej dyskrecjonalności sądu. Był to więc znakomity instrument manipulowania sankcją karną, co przy znacznym upolitycznieniu wymiaru sprawiedliwości w ZSRR oraz rozbudowanych form różnorodnych dozorów i poręczeń kolektywów było po prostu środkiem totalitarnej politycznej kontroli społecznej realizowanej za pośrednictwem wymiaru sprawiedliwości. Nowy kodeks aczkolwiek zreformował nieco te przepisy, pozostaje nadal pod silnym wpływem tych tradycji. Istotnie ograniczona i „ulegalizowana” została jedynie instytucja warunkowego skazania (*ustownoje osużdzenie* – art. 73 k.k.).

Sąd orzekając karę pracy poprawczej, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności (oraz dwie kary „wojskowe”) może ich wykonanie warunkowo zawiesić, jeśli dojdzie do wniosku, iż możliwa jest poprawa skazanego bez ich odbycia.

Sąd uwzględnia tu dodatkowo charakter i stopień społecznego niebezpieczeństwa popełnionego przestępstwa, osobowość skazanego oraz ewentualne okoliczności łagodzące i obciążające. Określa okres próby (od 6 miesięcy do 3 lat w przypadku orzeczenia kary do 1 roku pozbawienia wolności lub kary łagodniejszego rodzaju, lub od 6 miesięcy do 5 lat w przypadku orzeczenia kary surowszej). W okresie tym nałożone mogą być na skazanego różnorodne obowiązki probacyjne, których katalog nie jest zamknięty, a także można orzec karę dodatkową (oprócz konfiskaty mienia). Kontrolę nad wykonaniem tych

⁴ Patrz szczegóły M. Filar, *W służbie...*, op. cit., s. 55–57.

obowiązków sąd powierza wyspecjalizowanemu organowi państwowemu. W okresie trwania próby obowiązki te mogą być przez sąd zmienione. W przypadku pomyślnego upływu co najmniej połowy okresu próby sąd może uwolnić sprawcę od odpowiedzialności (art. 74 ust. 1). Art. 74 ust. 2, 3, 4 i 5 przewiduje konsekwencje niepomyślnego przebiegu okresu próby. Przewidziany jest tu ciekawy system eskalacji tych sekwencji, od możliwości przedłużenia tego okresu, gdy probant nie wypełnia obowiązków lub dopuszcza się wykroczenia, aż do odwołania warunkowego skazania i wymierzenia nadzwyczajnie zastrzonej kary w trybie art. 70 (zbieg wyroków) w wypadku popełnienia w okresie próby umyślnego przestępstwa średniej ciężkości lub ciężkiego oraz umyślnego lub nieumyślnego szczególnie ciężkiego przestępstwa.

Institucja warunkowego zawieszenia sformułowana została co prawda w sposób bardziej legalistyczny niż to miało miejsce w prawie radzieckim, w dalszym ciągu zachowuje jednak typową dla prawa radzieckiego elastyczność tak co do samej podstawy stosowania (nie ma np. formalnej granicy jej stosowania ze względu na wysokość orzeczonej kary), jak i obowiązków probacyjnych, zwłaszcza ich modyfikacji, a także podstaw odwołania.

Rozdział IV k.k. poświęcono uwolnieniu od odpowiedzialności karnej i kary. Rozpoczyna go podrozdział 11 zatytułowany „uwolnienie od odpowiedzialności karnej” (*oswobożdenije od ugałownoj otmietstmiennosti*). Prawo przewiduje 4 warianty takiego uwolnienia:

- a) art. 75 – Czynny żal (*diejatielnyje razkajenije*) – sąd może uwolnić od odpowiedzialności karnej sprawcę przestępstwa o niewielkiej ciężkości, jeśli ten dobrowolnie pomógł ujawnić przestępstwo i zrekompensował wyrządzoną szkodę. W przypadku popełnienia przestępstwa cięższej kategorii uwolnienie takie możliwe jest jedynie w przypadku, gdy jest to przewidziane przez przepis części szczególnej;
- b) art. 76 – pogodzenie się z pokrzywdzonym (*primieninije s potierpiewszym*) – sąd może uwolnić od odpowiedzialności sprawcę przestępstwa o niewielkiej ciężkości, jeśli ten pogodzi się (*pojednał – promienił*) z pokrzywdzonym i wyrównał mu wyrządzoną szkodę (*wried*);
- c) art. 77 – zmiana sytuacji (*izmienenije obstanowki*) – sprawca przestępstwa o niewielkiej lub średniej ciężkości może być uwolniony od odpowiedzialności, jeśli w następstwie zmienionej sytuacji osoba sprawcy lub jego czyn przestały być społecznie niebezpiecznymi. Jest to rozwiązanie skrajnie oportunistyczne. Zostało adaptowane z radzieckiego prawa (art. 50 k.k. z 1960 r.);
- d) art. 78 – przedawnienie ścigania (*istieczenije srokow dawnosti*). Charakterystyczną jest tu dość krótki okres przedawnienia (od 2 do 15 lat w zależności od stopnia ciężkości przestępstwa).

W ust. 4 art. 78 przedawnienie w przypadku przestępstw zagrożonych karą śmierci lub dożywotniego więzienia uzależnione jest od decyzji sądu. Jeśli jednak sąd wyłączy tu możliwość jego stosowania, nie może wymierzyć tego rodzaju kary.

Kodeks przyjmuje zasadę nieprzedawnienia przestępstw przeciwko pokojowi i ludzkości (art. 78 ust. 5).

Kodeks nie recypował znanych prawu radzieckiemu instytucji uwolnienia od odpowiedzialności karnej z równoczesnym pociągnięciem do odpowiedzialności administracyjnej, przekazaniem sprawy sądowi społecznemu oraz przekazaniem sprawcy pod dozór organizacji społecznej lub kolektywu pracowniczego.

Podrozdział 12 nosi tytuł „Uwolnienie od kary” (*oswobożdżenije ot nakazanija*).

Rozpoczyna go obszerny art. 79 poświęcony warunkowemu zwolnieniu (*ustowno–dosrocnoje oswobożdżenije ot otbywanija nakazanija*). Podstawę warunkowego zwolnienia (które odnosić się może do kary pozbawienia i ograniczenia wolności, prac poprawczych oraz detencyjnych kar „wojskowych”) jest stwierdzenie przez sąd resocjalizacji przestępcy oraz pozytywnej prognozy kryminologicznej. Okres efektywnie odbytej kary umożliwiający warunkowe zwolnienie zależy od stopnia ciężkości popełnionego przestępstwa i grawituje od 1/2 do 3/4 (ten ostatni także w odniesieniu do osób, wobec których stosowano już warunkowe zwolnienie, następnie odwołano), nie może być jednak mniejszy niż 6 miesięcy. Osoby skazane na karę dożywotniego pozbawienia wolności mogą być warunkowo zwolnione po 25 latach odbytej kary.

Na warunkowo zwolnionego sąd nałożył może obowiązki probacyjne identyczne jak w przypadku zawieszenia wykonania kary (art. 79 ust. 2 w zw. z art. 73 ust. 5 k.k.).

Jeśli w okresie próby skazany popełnił wykroczenie lub złośliwie narusza obowiązki probacyjne, sąd może cofnąć warunkowe zwolnienie (art. 79 ust. 7 p.a.). Od decyzji sądu zależy też ewentualne cofnięcie warunkowego zwolnienia w przypadku popełnienia przez zwolnionego przestępstwa nieumyślnego (ust. 7 lit. b).

W przypadku popełnienia ponownego przestępstwa umyślnego, sąd odwołuje warunkowe zwolnienie zaostrzając karę według reguł art. 70 k.k. (czyni to też wtedy, gdy postanawia odwołać warunkowe zwolnienie wobec sprawcy przestępstwa nieumyślnego popełnionego w okresie próby).

Art. 80 przewiduje możliwość zamiany nieodbytej części kary na karę łagodniejszego rodzaju. W odniesieniu do sprawcy skazanego za przestępstwo o niewielkim lub średnim stopniu ciężkości na karę pozbawienia wolności, której 1/3 efektywnie odbył, uwzględniając jego zachowanie się podczas tego odbywania sąd może orzec zamianę pozostałej jej części na inną, łagodniejszego

rodzaju karę i równocześnie zwolnić w całości lub w części z kary dodatkowej. W prawie radzieckim instytucja ta znana była jedynie w odniesieniu do osób, które w chwili czynu nie ukończyły 18 roku życia (art. 55 k.k. z 1960 r.).

Art. 81 nakazuje uwolnić od odbywania kary osobę, która w trakcie jej odbywania, w związku z chorobą psychiczną, stała się niepoczytalna. Wobec takiej osoby zastosować można lecznicze środki zabezpieczające. Sąd może w powyższym trybie zwolnić z odbywania kary także osobę, która zapadła na inną ciężką chorobę.

Art. 82 przewiduje możliwość odroczenia przez sąd odbywania kary pozbawienia wolności w wymiarze do 5 lat wobec kobiet brzemiennych i wychowujących dzieci do lat 8.

Art. 83 przewiduje przedawnienie wykonania kary. Podobnie jak i w przypadku przedawnienia ścigania uderzające są stosunkowo krótkie okresy tego przedawnienia (od 3 do 15 lat w zależności od stopnia ciężkości popełnionego przestępstwa, a nie od rozmiarów orzeczonej kary – sic!).

Podobnie jak w przypadku przedawnienia ścigania mamy i tu do czynienia z instytucją „uznaniowego” przedawnienia w przypadku skazania na karę śmierci lub dożywocie; zależy to od decyzji sądu.

Podrozdział 13 poświęcony jest problematyce amnestii (art. 84), ulaskawienia (art. 85) oraz zatarcia skazania (*sudimost* – art.86).

Amnestia i abolicja uregulowane są w sposób dla tych instytucji klasyczny i nie wymagający komentarza. W przypadku zatarcia skazania (art. 86) uderzające są niezwykle krótkie jego okresy (od 1 roku od odbycia kary w przypadku osób skazanych na kary łagodniejszego rodzaju niż pozbawienie wolności, poprzez 3, 6 i 8 lat od odbycia kary pozbawienia wolności w zależności od stopnia „ciężkości” przestępstwa, za które sprawca był skazany).

Zastosowanie jednego z opisanych powyżej wariantów uwolnienia od odpowiedzialności karnej powoduje równoczesne zatarcie skazania. Powoduje je także pozytywny wpływ okresu próby przy warunkowym zawieszeniu i warunkowym zwolnieniu.

Nienaganny tryb życia po odbyciu skazania daje też sądowi możliwość podjęcia decyzji o zatarciu skazania w zasadzie w każdym czasie (art. 86 ust. 7), co jest uprawnieniem niezwykle daleko idącym.

5. Rozdział V zatytułowany „Odpowiedzialność karna nieletnich” składa się z jednego tylko podrozdziału 14 „Odrębności (*osobiennost*) odpowiedzialności karnej i karania nieletnich”. Według art. 20 ust. 1 k.k. osoba, która w chwili czynu nie ukończyła 16 lat nie podlega odpowiedzialności karnej. Osoby między 14 a 16 rokiem życia, które popełniły jeden z kilkunastu enumeratywnie wymienionych poważnych przestępstw, pociąga się do odpowiedzialności karnej (za

wyjątkiem przewidzianym w art. 20 ust. 3 k.k., który wyłącza możliwość takiej odpowiedzialności wobec nieletnich działających w warunkach, które moglibyśmy porównać do występującego na gruncie polskiego k.k. z 1932 r. braku rozeznania).

Niezależnie jednak od powyższego, art. 87 ust. 1 k.k. jako nieletniego (*niesowierszennoletnij*) określa osobę, która w chwili czynu ukończyła 14, a nie ukończyła 18 lat.

Tak więc opisane w rozdz. V reguły odpowiedzialności karnej nieletnich odnoszą się w istocie do dwóch odrębnych ich kategorii:

- osób, które między 14 a 16 rokiem życia popełniły wymienione w art. 20 ust. 2 poważne przestępstwa (wyj. art. 20 ust. 3),
- osób, które popełniły przestępstwo między 16 a 18 rokiem życia (wyj. art. 20 ust. 3).

W odniesieniu do obu tych kategorii zastosowane być mogą kary lub środki przymusowe oddziaływania wychowawczego (*prienuditielnyje miery wospitatielnowo wozdiejstwija* – art. 87 ust. 2).

W charakterze kar nieletnim określonym powyżej można wymierzyć (art. 88):

- grzywnę (w odniesieniu do osób o stałych zarobkach lub posiadających majątek),
- pozbawienie prawa zajmowania się określoną działalnością,
- pracę obowiązkową (osoby do 15 lat do 2 godzin dziennie, do 16 lat do 3 godzin pracy dziennie, nie więcej jednak niż łącznie od 40 do 160 godzin),
- pracę poprawczą,
- areszt (wobec nieletnich, którzy w momencie orzekania ukończyli 16 lat na czas od 1 do 4 miesięcy),
- pozbawienie wolności (od 10 lat wykonywanej w tzw. kolonii wychowawczej).

Nieletni, który popełnił przestępstwo niewielkiej lub średniej ciężkości, może być uwolniony od odpowiedzialności karnej, jeśli sąd uzna, iż jego resocjalizacja może zostać osiągnięta drogą zastosowania środków przymusowych oddziaływania wychowawczego (art. 90 ust. 1).

Środkami tymi są (art. 90 ust. 2):

- ostrzeżenie (*prieduprieżdzenije*),
- oddanie pod nadzór rodziców lub opiekunów albo specjalnego organu państwowego,
- nałożenie obowiązku naprawienia szkody,
- ograniczenie czasu wolnego i ustanowienie szczególnych wymogów postępowania nieletniego (*ograniczenije dosuga i ustanowlienije osobnych trebowanij k powiedieniju niesowiersziennoletniego*).

Można zastosować kilka tych środków równocześnie (art. 90 ust. 3). W przypadkach systematycznego uchylania się przez nieletniego od realizacji tych środków możliwe jest pociągnięcie nieletniego do odpowiedzialności karnej (art. 90 ust. 4).

Nieletni skazany przez sąd za popełnienie przestępstwa średniej ciężkości może być ponadto uwolniony przez sąd od kary, jeśli zostanie stwierdzone, że cele kary mogą zostać osiągnięte jedynie poprzez umieszczenie go w specjalnym zakładzie wychowawczym lub leczniczo-wychowawczym (art. 92).

Art. 93 zawiera reguły warunkowego, przedterminowego zwolnienia nieletnich skazanych na karę pracy poprawczej lub pozbawienia wolności, przyjmując nieco krótsze, niż w przypadku dorosłych, okresy uzasadniające takie zwolnienie.

Znacznie krótsze okresy niż w przypadku dorosłych przyjmuje się tu także dla przedawnienia i zatarcia skazania (art. 94 i 95).

Przepis art. 96 zezwala sądowi na zastosowanie zasad odpowiedzialności nieletnich zawartych w rozdz. V k.k. wobec sprawców, którzy w chwili czynu ukończyli 18, lecz nie ukończyli 20 lat „w wyjątkowych przypadkach z uwzględnieniem charakteru popełnionego czynu”.

Regulacja powyższa, aczkolwiek nie odbiega substancjalnie od regulacji prawa radzieckiego na gruncie k.k. z 1960 r., jest od niej znacznie bardziej elastyczna i liberalna. Orzekanie w tym względzie odbywa się przed sądem⁵.

6. Część ogólną kodeksu zamyka rozdział VI „Środki przymusowe o charakterze medycznym” (*prinuditielnye miery medicinskowo charaktiera*) zawierający podrozdział 15 o identycznym tytule. Regulacja tam zawarta zasługuje na baczna uwagę, jako że tradycja ustawodawstwa, a zwłaszcza praktyki radzieckiej w tym względzie jest wręcz fatalna ze względu na powszechnie znane przypadki nadużywania tzw. psychuszek dla dławienia wszelkich przejawów opozycji.

Na mocy art. 97 ust. 1 środki powyższe zastosowane być mogą przez sąd w odniesieniu do osób, które:

- a) popełniły czyny opisane jako przestępstwa w stanie niepoczytalności (*w sostajani niewmieniamosti*),
- b) u których po popełnieniu przestępstw wystąpiła choroba psychiczna powodująca, iż wydanie wyroku lub jego wykonanie jest niemożliwe,
- c) które popełniły przestępstwa w stanie zakłóceń psychicznych nie wyłączaających poczytalności,

⁵ W związku z czym wyłączona tu została kompetencja tzw. Komisji ds. Nieletnich działających przy lokalnych sołdach nieprofesjonalnych organów społecznych – patrz A. Grześkowiak, Nowa ustawa o komisjach ds. nieletnich w RSFR, Paestra 1968, nr 5.

d) które popełniły przestępstwo i zostały uznane za wymagające leczenia w związku z alkoholizmem lub narkomanią.

Środki te stosować można jednak wtedy, gdy rozstrój psychiczny wymienionych wyżej osób związany jest z możliwością wyrządzenia przez nie szkody o istotnym znaczeniu (mnogo suszczestwiennogo wrieda) lub z niebezpieczeństwem dla nich samych lub innych osób (art. 97 ust. 2). Celem stosowania tych środków jest wyleczenie tych osób lub polepszenie ich stanu psychicznego, a także zapobieżenie popełnienia przez nie nowych czynów zabronionych (art. 98).

Art. 99 ust. 1 przewiduje następujące środki przymusowe o charakterze leczniczym:

- a) ambulatoryjne,
- b) leczenie stacjonarne w zakładzie psychiatrycznym typu ogólnego,
- c) leczenie stacjonarne w zakładzie psychiatrycznym typu specjalnego,
- d) leczenie stacjonarne w zakładzie psychiatrycznym typu specjalnego z intensywnym nadzorem.

Wobec osób poczytalnych skazanych za popełnione przestępstwo, wymagających leczenia w związku ze swym alkoholizmem lub narkomanią, sąd obok kary może orzec obowiązek poddania się nadzorowi ambulatoryjnemu i leczeniu u psychiatry (art. 99 ust. 2). Ambulatoryjne leczenie psychiatryczne może być stosowane wobec osoby, co do której zachodzą wprawdzie okoliczności wymienione w art. 97, lecz ze względu na swój stan psychiczny nie wymaga leczenia stacjonarnego (art. 100). Jeżeli jednak wobec osoby, co do której zachodzą okoliczności opisane w art. 97, z uwagi na charakter jej rozstroju psychicznego takie leczenie jest niezbędne, sąd orzeka umieszczenie w stacjonarnym zakładzie psychiatrycznym, zaś jego typ (pkt. b, c lub d) uzależniony jest od względów medycznych oraz bezpieczeństwa (w odniesieniu do zakładu określonego w pkt d) – art. 101.

Podstawą takiego orzeczenia jest opinia komisji lekarzy – psychiatrów (art. 102 ust. 1).

Czasu wykonywania tych środków, w tym internowania w stacjonarnym zakładzie psychiatrycznym, nie określa się z góry, jednak przynajmniej raz na 6 miesięcy komisja lekarzy–psychiatrów wypowiedzieć się musi co do dalszej celowości realizacji danego środka (art. 102 ust. 2).

Jeżeli w oparciu o tę opinię sąd nabierze przekonania, iż ustały okoliczności uzasadniające stosowanie danego środka lub też powstałe okoliczności uzasadniają jego zamianę na inny, podejmuje w tym względzie stosowną decyzję (art. 102, ust. 3).

Art. 103 wprowadza zasadę zaliczalności pobytu w stacjonarnym zakładzie psychiatrycznym na rzecz orzeczonej kary pozbawienia wolności w stosunku do osoby, u której choroba psychiczna powstała po popełnieniu przestępstwa.

W przypadku skazania na karę pozbawienia wolności osoby wymagającej leczenia w związku ze swym alkoholizmem lub narkomanią, leczenie to odbywa się w miejscu pozbawienia wolności (art. 104). Regulacja powyższa nie odbiega w swej istocie od zasad znanych dotychczas prawu radzieckiemu, a także propozycji p.a. Można tu jedynie zauważyć, iż w ślad za p.a. wzmocniona została rola sądu, zaś procedura w tym względzie nabrała cech większego legalizmu.

7. W konkluzji powyższych rozważań stwierdzić można co następuje:

- a) przepisy o karach i zasadach ich wymiaru nie utraciły bynajmniej w nowym k.k. FR swego priorytetowego znaczenia w strukturze kodeksu, co było typowe dla prawa radzieckiego. Widać to m.in. w wyraźnej trosce o szczegółowe i precyzyjne uregulowanie różnych możliwych wariantów sytuacyjnych w tym względzie, co często nawet stwarza wrażenie nadmiernej kazuistyki (np. przepisy o ewidentnie „prawnowykonawczym” charakterze, które powinny zostać uplasowane w kodeksie wykonawczym),
- b) przepisy te odznaczają się daleko idącą elastycznością, stwarzając sądowi niezwykle możliwości ich swobodnego stosowania w oparciu o dyskrecyjne w istocie rzeczy uprawnienia. Swoboda uznania sędziowskiego jest więc niezwykle luźna. Mamy tu więc do czynienia z jednoznacznie pragmatycznym, „pozytywistycznie” inspirowanym systemem kar, środków karnych, a zwłaszcza zasad ich wymiaru i stosowania. W tym zakresie jest to pełne przejęcie tradycji radzieckiej,
- c) różnicą w stosunku do tej tradycji jest jednak istotne ograniczenie w tym względzie kompetencji organów ścigania (zwłaszcza „wszechwładnej” w epoce radzieckiej prokuratury) na rzecz organów sądowych, poważne zliberalizowanie wielu rozwiązań, „odpolitycznienie” systemu poprzez zmniejszenie roli organów administracyjnych i tzw. organów społecznych (m.in. społecznych dozorów) oraz, przy zachowaniu typowej dla prawa radzieckiego skłonności do maksymalnego uelastycznienia systemu, ograniczenia jego arbitralności poprzez widoczne próby legalistycznego określenia podstaw stosowania poszczególnych instytucji prawnych,
- d) w płaszczyźnie czysto formalnej (systematyka, stylistyka itp.) widać tu jednak wyraźnie wpływy ustawodawstwa radzieckiego.

W efekcie mamy do czynienia z tworem legislacyjnym, któremu nie obca jest co prawda tradycja legislacyjna minionej epoki, jednak zawierającym szereg rozwiązań interesujących, a nawet nowatorskich; mieści się w ogólnym współczesnym nurcie ustawodawstwa europejskiego tak pod względem merytorycznym, jak i techniczno-formalnym i może być uznany za dobrą podstawę – w aspekcie którego dotyczy – dla funkcjonowania państwa o demokratycznych ambicjach.

Glosy



Józef Gurgul

**Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego
w Krakowie z dnia 20 marca 1996 r.,
sygn. akt II AKa 34/96***

Uprawniony do obrony przed bezprawnym bezpośrednim atakiem na jakiegokolwiek jego dobro nie ma żadnej powinności ustępowania przed atakiem, w tym i uciekania przed napastnikiem. Od napadniętego zależy więc, czy zechce się bronić, używając środków niezbędnych do odparcia ataku. Odnosi się to i do obrony przed atakiem ze strony małżonka.

Zapatrywanie Sądu Apelacyjnego jest trafne, zgodne z logiką przepisu art. 22 § 1 k.k. Odpowiada ono również bogatemu w tej materii orzecznictwu Sądu Najwyższego. W orzecznictwie tym powtarzano poglądy, że napadnięty nie ma obowiązku ratowania się ucieczką, ma natomiast prawo użycia środków obrony skutecznych, a napastnik sobie samemu musi przypisać winę za szkodę, jaką poniesie z rąk człowieka działającego w obronie koniecznej. Gdy zaś chodzi o problem wyboru narzędzia obrony, sprowadza się go do tego, czy w ogóle w zasięgu ręki zaatakowanego znajduje się alternatywne, mniej niebezpieczne narzędzie, ale zarazem równie efektywne¹.

W związku z powyższymi uwagami narzuca się pytanie o sens dyskusowania nad czymś, co przynajmniej na pierwszy rzut oka zdaje się nie wzbudzać kontrowersji. W rzeczywistości jednak teza krakowskiego Sądu Apelacyjnego uzasadnia podzielenie się rozmaitymi refleksjami, ponieważ dotyczy problemu o ogromnej doniosłości społecznej i profesjonalnej ze względu na poważne zagrożenie groźną przestępczością kryminalną. Ten rodzaj przestępczości zaś z całą ostrością ukazuje wielorakie aspekty obrony koniecznej w praktyce procesowej, często – w omawianym obszarze – niejasnej i niekonsekwentnej, asekuranckiej i sprzecznej ze zdrowym rozsądkiem.

Stąd nikogo nie powinno zaskakiwać zjawisko, że postronni biernie przyglądają się atakowaniu dóbr innych osób, a sami napadani kulą się przed agresorem, zamiast energicznie siłą odpowiadać na ich łżenie, okradanie czy bicie.

* Prokuratura i Prawo 1997, dodatek Orzecznictwo, z. 1, poz. 15, s. 13.

¹ Zob. wyroki Sądu Najwyższego: z 4 lutego 1972 r., sygn. IV KR 337/71, z 11 lipca 1974 r., sygn. VI KRN 34/74, z 8 lutego 1985 r., sygn. IV KR 18/85 – wszystkie drukowane w Prawie i Życiu z 5 kwietnia 1997 r. oraz wyrok z 14 maja 1984 r., sygn. II KR 93/84, OSNPG 1985, nr 5, poz. 63.

Pasywność to – myślę – efekt chłodnej kalkulacji i doświadczeń, które przysparzają przesłanek wnioskowania, że bronienie się lub bronienie kogoś wielokrotnie już okazywało się być przedsięwzięciem ryzykownym.

Pisarka, Joanna Chmielewska obrazuje tę kwestię przykładem o posmaku żartu: „Pijany awanturnik atakuje tasakiem policjanta, ten ostatni sięga po pistolet, terroryzuje bandziora i odprowadza go na komisariat. A co na to pani sędzina? Pyta policjanta: «Dlaczego pan nie uciekał?» Do tego już doszliśmy”².

Relację pisarki można skwitować podejrzeniem, że to owoc licencji poetyckiej. Można, ale w gruncie rzeczy podobnie zastanawiające konkluzje zawiera wypowiedź Tadeusza de Viriona, a w szczególności, że „zdarzają się jaskrawe pomyłki prokuratorów, którzy oskarżają z art. 148 (zabójstwo), podczas gdy rzekomy sprawca działał w obronie koniecznej i w ogóle nie powinien trafić na salę sądową. Nawet jeżeli taki oskarżony zostanie uniewinniony, to znalazłszy się jeszcze raz w sytuacji człowieka napadniętego i odpierającego bezprawny zamach, wybierze ucieczkę lub spełni żądania napastnika. Bezprawie jeszcze raz zatriumfuje”³.

Praprzyczyny wadliwego funkcjonowania w praktyce instytucji obrony koniecznej skłonny byłbym upatrywać w jaskrawo restrykcyjnej wykładni przez organy procesowe *sensu largo* art. 22 § 1 k.k. i na odwrót – w nazbyt rozciągliwym rozumieniu użytego w dyspozycji art. 22 § 3 k.k. zwrotu „niewspółmierności obrony do niebezpieczeństwa zamachu”. Odnosi się niekiedy wrażenie, że organy te wnioskuje o bycie (nieistnieniu) warunków do podjęcia obrony koniecznej posługując się kryteriami właściwymi dla planowania, obmyślenia i realizowania doświadczeń np. w laboratorium chemicznym. W następstwie takiej mentalności tylko sporadycznie, z oporami czyni się użytek ze zdania: „Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej...”.

O tym, jak różnorodne mogą być przesłanki ścieśniającej interpretacji art. 22 k.k. świadczy wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 kwietnia 1977 r., sygn. II KR 68/77 (nie publ.), w którym stwierdzono, że „Przy ocenie czy sprawca istotnie wykonywał prawo do odparcia (...) zamachu oprócz kryteriów wyraźnie przewidzianych w ustawie – posiłkowe znaczenie powinny mieć także względy etyczno-moralne”. Ponieważ te względy „nie przemawiały na niekorzyść oskarżonego”, a ponadto „goniącego go pokrzywdzonego ani nie ostrzegł o ewentualnym użyciu noża, a zadając cios nie mierzył w mniej wrażliwe części ciała, lecz w okolicę serca, to choć napadnięty (zwłaszcza znienacka) nie ma takich wyraźnych obowiązków, to jednak uznać należy, że wykonywanie obrony

² Cytuję za Tygodnikiem Angora nr 9 z dnia 2 marca 1997 r.

³ W Prawie i Życiu z dnia 5 kwietnia 1997 r.

koniecznej w tych warunkach wcale nie świadczy o braku przekroczenia jej granic, lecz przeciwnie, świadczy o wyraźnym i rażącym przekroczeniu tychże granic”.

Podobnych wątpliwości przysparza lektura następującej tezy wyroku Sądu Apelacyjnego: „Oskarżony działał w obronie koniecznej, której granice przekroczył intensywnością obrony, gdy zadał dwie rany ręki oraz śmiertelną ranę klatki piersiowej atakującemu go właścicielowi warzyw, które dopiero co ukraść. Atak nastąpił bowiem już poza terenem ogrodu, zatem właściciel nie bronił go, ale atakował bezprawnie”⁴. Z glosy do tego wyroku można wyczytać, że oskarżony udał się na posesję pokrzywdzonego w celu kradzieży warzyw z namiotu foliowego. Nóż zabrał, by rozciąć foliowy tunel. Przebywający w domu pokrzywdzony zauważył dwie osoby zbliżające się do jego posesji i podejrzewając, że mogą to być złodzieje, wybiegł zabierając ze sobą kij. Oskarżony zaczął uciekać, ale właściciel posesji dogonił go już poza jej terenem. W trakcie bójki, jaka się wywiązała, oskarżony zadał pokrzywdzonemu trzy uderzenia nożem. Ostatni cios spowodował śmierć pokrzywdzonego.

W efekcie poczynionych rozważań Sąd Apelacyjny złagodził karę pozbawienia wolności, wymierzoną sprawcy przez Sąd Wojewódzki. Rzecz oczywista, nie o wysokość kary mi chodzi, lecz o zasadność przyjęcia obrony koniecznej z przekroczeniem jej granic (eksces intensywny). Nie przekonuje pogląd, jakoby pragnący odzyskać skradzione mu warzywa pokrzywdzony działał w obronie koniecznej tylko do chwili, gdy udało mu się złapać złodzieja, ale ten się wyrwał. Potem już przekraczał – twierdzi Sąd – granice obrony koniecznej, gdyż „nie starał się odebrać skradzionych warzyw, lecz zaczął bić oskarżonego”. Nie wnikając w pewne niekonsekwencje tego wyводу, trzeba zapytać: w jaki inny sposób (wobec oporu złodzieja) mógł pokrzywdzony odzyskać skradzione mu warzywa? Złodziej robił wszystko, by utrzymać się w posiadaniu łupu. Używając kija pokrzywdzony zatem czynił wyłącznie to, co było niezbędne, by w bezpośrednim pościgu za przestępcą obronić swoje mienie, wchodzące w krąg desygnatów terminu „jakiegokolwiek dobro” (*verba legis*). Działanie ofiary było więc do końca legalne, wobec czego oskarżony – sędzę – nie mógł się powoływać na obronę konieczną.

Reasumując, teoria i praktyka procesu karnego wymagają od decydującego się na podjęcie obrony koniecznej kierowania się względami etyczno-moralnymi, dyrektywami umiarkowania obrony koniecznej, kryteriami dobra zaatakowanego, siły i środków zamachu, czasu i miejsca zamachu, dynamizmu rozwijającego

4 Wyrok z 17 maja 1995 r., sygn. akt II AKr 86/95 z aprobowaną glosą Jacka Satko, Państwo i Prawo z 1996 r., z. 8–9.

się zdarzenia jako nośnika niebezpieczeństwa itd., itp.⁵. Zachodzi pytanie, jak może sobie z tym poradzić nieobeznany z prawem człowiek, który nagle znajdzie się oko w oko z napastnikiem lub – co gorsza – z bandą pijaków.

Gdy przejrzysty, zdawałoby się jednoznaczny przepis art. 22 § 1 k.k. obwarowuje się tyloma „uściślającymi” słowami, niełatwo o konkluzję, że XY działał *in concreto* w obronie koniecznej. Dochodzi wtedy do oskarżenia, a nawet do żenującego upierania się przy nim, jak w powszechnie znanym przypadku Elżbiety Borowik, której przed warszawskim Sądem Wojewódzkim zarzucano zastrzelenie z dubeltówki złodzieja, nocą kradnącego transformator, względnie jego części. Takie właśnie casusy skutecznie odstręczają od angażowania się w obronę konieczną ze szkodą dla umacniania państwa prawa, czego nie osiągnie się przecież wysiłkiem samych tylko sędziów, prokuratorów i policjantów.

W medytacjach nad problematyką obrony koniecznej nie wolno zapominać o tym, co dzieje się w postępowaniu przygotowawczym. W tej fazie procesu bowiem występują mankamenty, niekiedy przesądzające o takim a nie innym stanie dyskutowanych kwestii. Odnośne uchybienia uwidoczniły się z dawien dawna. Po zbadaniu 947 akt spraw o czyny przeciwko życiu, dokonane w latach 1965–19971 na terenie całej Polski, ustaliłem, że prowadzących te śledztwa najmniej zajmowała wersja obrony koniecznej⁶. W planach śledztw nie było śladów, by jej prawdopodobieństwo kogokolwiek zaciekaowało.

W ramach niniejszych rozważań warto skupić się na wybranych aspektach obrony koniecznej, wchodzących w krąg ustawowych zadań śledztwa. Doświadczenie poucza, że do prawdy można się przybliżyć, wszelako pod warunkiem, iż waga danego zagadnienia (np. podstaw zastosowania art. 22 k.k.) zostanie przez „śledczego” doceniona, poczynwszy od momentu uzyskania pierwszej informacji o zaistnieniu czynu. Przy czym należy pamiętać o podatności na zacieranie lub zanikanie znacznej części śladów, niekoniecznie tylko pochodzenia biologicznego. Stąd postulat szybkości reagowania organu procesowego. Po wtóre, w toku oględzin miejsca, rzeczy, ciała i zwłok trzeba z benedyktyńską starannością poszukiwać i dokumentować wszystko, co mogłoby przemawiać także za obroną konieczną. Na przykład, warto zainteresować się obrażeniami rąk zarówno ze strony dłoniowej, jak i grzbietowej. Znamienne bywają obrażenia palców, stanowiących anatomiczny element za-

5 Z. Ówiąkalski, A. Zoll, Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu prawa karnego materialnego za I półrocze 1985 r., Nowe Prawo 1986, nr 7–8; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 6 września 1995 r., sygn. II AKr 315/95, Prokuratura i Prawo 1996, nr 6, dodatek Orzecznictwo, poz. 15.

6 J. Gurgul, Śledztwa w sprawach o zabójstwa, Warszawa 1977, s. 55, 114 i passim.

słaniania się i obrony lub chwytania narzędzia względnie rąk napastnika. Mogą wówczas powstać tak zwane obrażenia obronne⁷.

Treść dokumentacji oględzinowej w połączeniu ze wstępnymi wiadomościami powinno się skrzętnie wykorzystywać w toku obmyślenia, jak też – w miarę narastania zasobu wiedzy – aktualizowania wersji śledczych. Wśród nich przypuszczeniu obrony koniecznej należy się pozycja odpowiednia do okoliczności, które zawsze mogą kryć rozmaite zagadki i pułapki. Aby ustrzec się przed następstwami jakiegokolwiek pochopności rozsądną rzeczą będzie wyciąganie stosownych wniosków z sentencji B.Pascala: istnieją dwie przesady – wykluczanie rozumu, przyjmowanie tylko rozumu. Zamyślenie się nad tym aforyzmem otwiera szersze horyzonty zamierzeń śledczych, w tym także w dziedzinie specjalistycznych badań zleczanych biegłym, przeprowadzania doświadczeń (art. 186 k.p.k.) oraz przesłuchiwanie świadków i podejrzanych. Rzecz w tym, żeby w trakcie tych czynności nie ignorować problematyki obrony koniecznej, której *a priori* nie wolno odrzucać, co celowo staram się akcentować i powtarzać.

Koncepcja pytań zadawanych podejrzanemu i świadkom oraz ocena ich odpowiedzi nie mogą abstrahować od konkretnych warunków postrzegania, wnioskowania i zachowywania się przesłuchiwanego w krytycznym czasie i miejscu. Wypada pamiętać o licznych determinantach procesu percepcji. Stymulują go zwłaszcza: zapowiedź, co się będzie spostrzegało, uprzednie doświadczenie, uwaga ukierunkowująca spostrzeganie, emocje, zainteresowania człowieka, pamięć, dzięki której klasyfikujemy i porządkujemy aktualne spostrzeżenia, nastawienia, motywy, przekonania, osobowość, opinie i sugestie innych osób, kondycja fizyczna⁸.

Wszystko to, zarówno w śledztwie, jak i w postępowaniu sądowym, należy relacjonować do konkretnego człowieka, w związku z badanym zdarzeniem występującego w roli świadka lub podejrzanego, utrzymującego, że działał w obronie koniecznej. Od którego wreszcie żądamy, aby będąc zaatakowanym zachowywał się w taki to a taki sposób (*vide* wyżej cytowane wymogi, sformułowane w wyrokach), co z kolei w znaczącym zakresie zależy od psychologicznych cech podejrzanego. Ponadto, ponieważ w każdym przypadku chodzi o zindywidualizowaną osobę, trzeba przestrzec przed schematycznym ocenianiem jej reakcji na agresję. Stanowiska dotyczące psychologicznych cech i – co za tym idzie – zachowań ludzi są bowiem w nauce zazwyczaj niejednoznaczne. Michał Tempczyk powiada nawet, że nie ma dwóch ludzi o identycznych poglądach na temat danej osoby. Człowiek zmienia poglądy i oczekiwania

7 S. Raszeja, W. Nasiłowski, J. Markiewicz, *Medycyna sądowa*, Warszawa 1990, s. 99.

8 K. Tyborowska, *Problemy współczesnej psychologii*, Warszawa 1964, s. 106–7; Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka ogólna*, Toruń 1996, s. 78–108.

w zależności od sytuacji, poza tym jest tak skomplikowany i dynamiczny, że trudno o jasną o nim prawdę⁹. Ta wiedza powinna towarzyszyć organowi procesowemu, ilekroć orzeka w przedmiocie: czy podejrzany (oskarżony) działał w obronie koniecznej, z przekroczeniem jej granic, a może w błędzie?

Jedynie dla porządku nadmienię, że wskutek nierespektowania art. 3 § 1 i 4 § 1 k.p.k. niekiedy – mimo zgromadzenia wyczerpującego materiału – podejmuje się nietrafne decyzje. Znajomość akt i pełna ocena ich zawartości to podstawowa kwestia z tym, że nigdy nie zawadzi odrobina refleksji, że nadal czegoś nie wiemy i nie możemy się dowiedzieć. Ta szczypta pokory pomaga wymiarowi sprawiedliwości.

⁹ M. Tempczyk, Prawda a struktura świata, Znak 1996, nr 9.

Witold Gnatiuk

**Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie
z dnia 25 stycznia 1994 roku,
sygn. akt II AKr 5/94***

W przypadku czynu z art. 168 k.k., który łączy się z dłuższym pozbawieniem wolności ofiary lub pozbawieniem wolności, o jakim mowa w art. 165 § 2 k.k. dopuszczalne byłoby zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji z art. 168 § 1 k.k. w zw. z art. 165 § 1 lub art. 165 § 2 k.k. W takich bowiem przypadkach widoczny jest istotny wpływ takich zachowań sprawcy na rozmiar społecznego niebezpieczeństwa czynu, a to przekreśliłoby konstrukcję czynu współukaranego.

Instytucja zbiegu przepisów mimo częstego występowania w praktyce sprawa orzecznictwu wiele problemów. Źródło trudności stanowi zarówno brak obiektywnych uniwersalnych metod wydzielenia czynu z continuum zachowania sprawcy, jak i brak jednoznacznych kryteriów pozwalających na jednoznaczne rozstrzygnięcie, jakie przepisy winny znaleźć się w kwalifikacji prawnej. Zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji z jednej strony pozwala na dokładne i drobiazgowo oddanie stanu faktycznego w kwalifikacji, ale z drugiej może prowadzić do nadmiernego uszczegółowienia kwalifikacji i przez to narażać sąd na zarzut „małostkowości”. Z kolei konstrukcja pozornego zbiegu przepisów, której celem jest „uproszczenie” kwalifikacji prawnej z powodu nieprecyzyjnych kryteriów redukcji wielości ocen może prowadzić do nadmiernych uproszczeń. W tej sytuacji ocena konkretnej decyzji sądu będzie zwykle oscylować między zarzutem zbytnej małostkowości a zarzutem nadmiernej ogólności. Zauważmy jednak, iż niejednoznaczność reguł redukcji wielości ocen nie zwalnia składu sądu z obowiązku „właściwego” zgodnego z prawem posługiwania się nimi. W tym kontekście glosowane orzeczenie, moim zdaniem może stanowić przykład zarówno na nadmierną dowolność w stosowaniu instytucji zbiegu przepisów, jak i na brak konsekwencji w posługiwaniu się zasadami nią rządzącymi.

U podstaw sprawy, w której zapadło glosowane orzeczenie, legł następujący stan faktyczny. Edmund T. używając przemocy polegającej na biciu pięścią po twarzy, szarpaniu za ubranie, a następnie zamknięciu w piwnicy oraz grożąc użyciem noża, zmusił pokrzywdzoną do poddania się czynowi nierządnemu.

* OSA 1994, z. 10, poz. 52 oraz Przegląd Sądowy 1994, nr 11–12 (wkładka, poz. 11).

Skutkiem tego czynu były obrażenia ciała pokrzywdzonej, które spowodowały u niej rozstrój zdrowia na okres nie przekraczający siedmiu dni.

W akcie oskarżenia czyn Edmunda T. został zakwalifikowany jako wyczerpujący znamiona przestępstwa zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem (art. 168 § 2 k.k.). Odmienny pogląd wyraził Sąd Wojewódzki w Lublinie, który po rozpoznaniu sprawy skazał sprawcę za przestępstwo z art. 168 § 1 k.k. Zaskarżonemu w całości na niekorzyść oskarżonego wyrokowi, prokurator zarzucił obrazę prawa materialnego, tj. art. 168 § 2 k.k., poprzez wysnucie błędnych wniosków z prawidłowo ustalonego stanu faktycznego. Zażądał więc jego zmiany przez uznanie oskarżonego winnym zbrodni z art. 168 § 2 k.k. Na wypadek jednak niepodzielenia przez Sąd Apelacyjny wniosku rewizji oskarżyciel publiczny wniósł o zakwalifikowanie czynu oskarżonego z art. 168 § 1 k.k. w zb. z art. 156 § 2 k.k. i art. 165 § 1 k.k. w zw. z art. 10 § 2 k.k. i art. 25 § 2 k.k.

W II instancji Sąd Apelacyjny w Lublinie skazał sprawcę na podstawie art. 168 § 1 k.k. w zbiegu kumulatywnym z art. 156 § 2 k.k. w zw. z art. 10 § 2 k.k.

Głosowana teza pochodzi z tej części uzasadnienia, w której Sąd Apelacyjny w Lublinie rozważał zagadnienie realnego zbiegu przepisów z art. 168 § 1 k.k. i art. 165 § 1 k.k. Badając zachowanie sprawcy sąd uznał, że nie zachodzi w tym przypadku między art. 168 § 1 k.k. a art. 165 § 1 k.k. zbieg przepisów w rozumieniu art. 10 § 2 k.k. Pozbawienie wolności jako specyficzna forma przemocy – zdaniem składu orzekającego – w świetle art. 168 § 1 k.k. nie stanowi odrębnego czynu, natomiast podlega wyłączeniu z kumulatywnej kwalifikacji poprzez zastosowanie zasady *lex specialis*. Sąd Apelacyjny stwierdził równocześnie, że: „dopuszczalne jest przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji z art. 165 § 1 k.k. lub § 2 k.k. oraz z art. 168 § 1 k.k., gdy ze względu na społeczne niebezpieczeństwo czynu niedopuszczalne byłoby zastosowanie konstrukcji czynu współukaranego”¹.

Wyrażona teza w opinii składu orzekającego stanowi polemikę z rzekomym stanowiskiem A. Spotowskiego, zawartym w jego pracy „Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw”. Tymczasem nawet pobieżna lektura powołanego fragmentu tej pracy nie uzasadniała przypisania A. Spotowskiemu tezy jakoby „w przypadku gdy czyn sprawcy wypełnia znamiona z art. 165 k.k. i art. 168 k.k. eliminacja z kwalifikacji art. 165 k.k. powinna nastąpić przy zastosowaniu konstrukcji czynu współukaranego”².

1 Do tej tezy odniósł się krytycznie A. Wąsek w Głosie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 28 listopada 1995 r., II AKr 451/95, OSP 1996, nr 11.

2 Por. uzasadnienie § wyroku oraz A. Spotowski, Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw, Warszawa 1975, s. 159 i n.

Wracając do stanowiska Sądu Apelacyjnego najogólniej rzecz ujmując można je sprowadzić do tezy, iż w przypadku gdy zachowanie sprawcy wyczerpuje znamiona zarówno przepisu z art. 168 § 1 k.k. i art. 165 § 1 i 2 k.k. stopień społecznego niebezpieczeństwa czynu będzie przesłanką przyjęcia bądź kumulatywnej kwalifikacji, bądź konstrukcji czynu współukaranego, a zatem i rozstrzygnięcia o wielości bądź jedności czynów w danej sprawie.

Tak postawionej tezy nie można zaakceptować, ponieważ oznaczałoby to odwrócenie logicznej konstrukcji rzeczywistego (realnego) zbiegu przepisów – przesłanka stałaby się wnioskiem, zaś wniosek przesłanką. Podstawą (przesłanką) zastosowania art. 10 § 2 k.k. jest przyjęcie, że interesujące nas zachowanie sprawcy stanowi jeden czyn, a dopiero konsekwencją może być, o ile nie zachodzi pozorny zbieg przepisów, kumulatywna kwalifikacja³. Z kolei konstrukcja czynu współukaranego sprowadza się w przypadku art. 168 § 1 k.k. i art. 165 k.k. do uprzedniego przyjęcia istnienia dwóch odrębnych czynów mogących stanowić dwa odrębne przestępstwa, tyle, że następuje redukcja wielości ocen co do jednego przestępstwa tj. z art. 168 § 1 k.k.⁴. Przesłanką wyboru jednej z tych dwu instytucji jest więc uprzednie ostateczne rozstrzygnięcie (na podstawie jednej z wielu teorii czynów) o jedności bądź wielości czynów, zaś dopiero wnioskiem o przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji bądź konstrukcji czynu współukaranego. Inny tok rozumowania prawniczego stanowi obrazę dla art. 10 § 2 k.k. Jednak teza Sądu Apelacyjnego właśnie taki odmienny tok rozumowania proponuje. Najpierw należy (zdaniem Sądu) ocenić społeczne niebezpieczeństwo czynu, następnie zaś poprzez przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji lub konstrukcji czynu współukaranego rozstrzygnąć ostatecznie, czy mamy do czynienia z jednym czy z dwoma czynami. Przyjęcie takiego rozumowania prowadzi w konsekwencji albo do „błędnego koła” – badamy społeczne niebezpieczeństwo czynu, aby określić czy mamy do czynienia z jednym czy z dwoma czynami, którego społeczne niebezpieczeństwo możemy badać dopiero wtedy, gdy stwierdzimy, że jest to jeden czyn – albo do obrazu art. 1 k.k. i art. 26 k.k. – badamy społeczne niebezpieczeństwo poszczególnych zachowań, by te z kolei, kierując się stopniem ich społecznego niebezpieczeństwa, połączyć w jeden czyn, podczas gdy art. 1 k.k. i art. 26 k.k. wymagają, aby najpierw określić jakie elementy zachowania będą stanowić czyn, a dopiero potem badać jego społeczne niebezpieczeństwo. Poprawnie sformułowana teza powinna zatem w tym przypadku brzmieć: gdy kryterium stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu wyklucza zastosowanie konstrukcji czynu współukaranego należy zasto-

³ A. Spotowski, op. cit., s. 10.

⁴ Ibidem, s. 179 i n.

sować konstrukcję realnego zbiegu przestępstw i karę łączną. Natomiast gdy uznamy, że mamy do czynienia z jednym czynem to wysoki stopień społecznego niebezpieczeństwa „fragmentu” tego czynu może co najwyżej przekreślić zastosowanie zasady konsumpcji.

W tej sprawie właściwe jest przyjęcie, jak to uczynił Sąd Apelacyjny, jednego czynu, lecz z innych, niż wymienione, powodów. Zmuszanie ofiary do poddania się czynowi nierządnemu miało miejsce w zamkniętej przez sprawcę piwnicy, zatem zachodzi jednoczasowość, jednomiejscowość działania sprawcy oraz niemożliwość wyodrębnienia dwóch oddzielnie zintegrowanych zachowań. Istnieje zatem tylko jeden czyn, ale o jego jedności nie decydował stopień społecznego niebezpieczeństwa, ale zastosowanie kryteriów socjologicznej definicji czynu⁵. Na marginesie warto zauważyć, że zasadne wyłączenie w tej sprawie z kumulatywnej kwalifikacji przepisu art. 165 § 1 k.k. odbyło się poprzez użycie niewłaściwej zasady, tj. zasady specjalności (*lex specialis derogat legi generali*). W doktrynie przyjmuje się, że zasadę specjalności można zastosować jedynie, gdy między przepisem ogólnym, a przepisem szczególnym zachodzi logiczny stosunek podporządkowania⁶. Zatem z reguły są to przypadki, w których jeden ze zbiegających się przepisów będzie określał przestępstwo w typie kwalifikowanym lub uprzywilejowanym, a drugi typ podstawowy⁷. Przepis szczególny powinien niejako logicznie „mieścić” się w przepisie ogólnym, tzn., że niedopuszczalna jest taka możliwość, iż sprawca popełniając przestępstwo z przepisu szczególnego nie popełnił również przestępstwa z przepisu ogólnego. Jeżeli więc przestępstwo zgwałcenia miałyby być typem kwalifikowanym bądź uprzywilejowanym pozbawienia wolności wówczas oznaczałoby to, że nie istnieje możliwość dokonania zgwałcenia bez jednoczesnego pozbawienia wolności. Przepis art. 168 § 1 k.k. obejmuje jednak trzy czasownikowe znamiona przestępstwa: oprócz użycia przemocy (przemoc może tutaj polegać na pozbawieniu wolności ofiary) wchodzi w grę użycie groźby bezprawnej lub podstępem. Pojęciowo zatem zgwałcenie (art. 168 § 1 k.k.) nie musi polegać na pozbawieniu wolności ofiary. Siłą rzeczy zatem zasada specjalności nie może mieć w tym przypadku zastosowania, ponieważ istnieje możliwość dokonania zgwałcenia bez pozbawienia ofiary wolności⁸.

W doktrynie prezentowany jest pogląd, iż w przypadku redukcji wielości ocen w zbiegu art. 168 § 1 k.k. i art. 165 § 1 k.k. eliminacja kwalifikacji art. 165 § 1

5 Por. K. Buchała, (w:) K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz do kodeksu karnego – część ogólna, Warszawa 1994, s. 85.

6 A. Spotowski, s. 67 i n.

7 Ibidem, inaczej K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, Komentarz..., s. 90.

8 Np. podstępem, w sytuacji gdy zgwałcenie jest dokonane dzięki wprowadzeniu ofiary w błąd co do tożsamości sprawcy.

k.k. winna nastąpić poprzez zastosowanie zasady konsumpcji⁹, gdy popełnienie przestępstwa zgwałcenia łączyło się z krótszym pozbawieniem wolności. Jeżeli zaś przestępstwo łączyło się z dłuższym (nawet kilkudniowym) pozbawieniem wolności ofiary (tutaj pozbawienie wolności wpływa na rozmiar społecznego niebezpieczeństwa danego czynu), wówczas zasadne byłoby przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji art. 168 § 1 k.k. i art. 165 § k.k. Zdaniem M.Mozgawy jednak w przypadku dłuższego niż to jest konieczne dla dokonania przestępstwa zgwałcenia pozbawienia wolności zachodzić może jedynie wielość czynów, a co za tym idzie jedynie wielość przestępstw¹⁰. Przeciwno pogładowi M.Mozgawy zdaje się jednak świadczyć następujący *casus*. W przypadku gdy pozbawienie wolności trwało nie przerwane – jakiś czas przed zgwałceniem ofiary, w trakcie i jakiś czas po zgwałceniu – to wówczas musielibyśmy przyjąć, iż mamy do czynienia z trzema odrębnymi czynami (możliwe też, że i z trzema przestępstwami). Dwa z nich stanowiłyby pozbawienie wolności. Rozdzielałby je zaś sztucznie czyn polegający na zgwałceniu pozbawionej wolności ofiary. Konstrukcja taka aczkolwiek dopuszczalna prawnie zdaje się burzyć naturalną jedność czynu (obejmującego pozbawienie wolności). Właściwsze w takiej sytuacji wydaje się raczej przyjęcie jedności czynu i kumulatywnej kwalifikacji.

Jeśli więc zgodzić się z tezą, iż dopuszczalne jest przyjęcie w pewnych przypadkach, kumulatywnego zbiegu przepisów art. 168 § 1 k.k. i art. 165 § 1 k.k., zaś w pewnych, mimo jedności czynu, nie, to wówczas zmuszeni jesteśmy przyjąć, iż eliminacja kwalifikacji z art. 165 § 1 k.k. możliwa jest jedynie w oparciu o zasadę konsumpcji. Zasada specjalności bowiem *ex definitione* wyłączałaaby możliwość zajścia kumulatywnego zbiegu obu przepisów.

Przedstawione dotąd rozważania wydają się uprawniać do stawiania następujących konkluzji:

Po pierwsze, w glosowanej sprawie Sąd Apelacyjny opierając się na przedstawionym stanie faktycznym dokonał właściwej kwalifikacji. Zachowanie sprawcy w sposób nie budzący wątpliwości wyczerpywało znamiona przestępstw z art. 168 § 1 k.k. i art. 165 § 2 k.k. Nie klóci się zaś z poczuciem słuszności (ponieważ pozbawienie wolności ofiary było krótkotrwałe – potrzebne w zasadzie tylko do przełamania oporu ofiary i dokonania zgwałcenia) wyłączenie kwalifikacji art. 165 § 1 k.k., a tym bardziej nie przyjęcie przez Sąd Apelacyjny proponowanej przez prokuratora kwalifikacji z art. 168 § 2 k.k.

⁹ Por. A.Wąsek, Pozbawienie wolności, (w:) System prawa karnego, O przestępstwach w szczególności, t. IV, cz. II, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 21; M.Mozgawa, Odpowiedzialność karna za bezprawne pozbawienie wolności, Lublin 1994, s. 91.

¹⁰ Por. M.Mozgawa, Odpowiedzialność karna, op. cit., s. 90 i n.

Po drugie, uzasadnienie wyroku w części dotyczącej zbiegu przepisów art. 165 i art. 168 k.k. należy uznać za niewłaściwe. Błędna jest teza, iż społeczne niebezpieczeństwo czynu stanowi przesłankę przyjęcia konstrukcji czynu współukaranego albo kumulatywnej kwalifikacji. Niekonsekwencją jest zaś przy tak sformułowanej tezie (nawet jeśli sformułować ją poprawnie) stosowanie w tej sprawie zasady specjalności celem wyłączenia z kwalifikacji art. 165 § 1 k.k.

Recenzje



Brunon Hołyst

**Theoretical Criminology. An international journal,
Sage Publications, Vol. 1, No 1, London,
February 1997, s. 147; Editors: Piers Beirne,
Collin Summer**

Pierwszy numer rocznika „Kryminologia teoretyczna” ukazał się w lutym 1997 roku.

We wprowadzeniu redakcyjnym redaktorzy pisma wskazują, iż jego głównym celem jest stworzenie międzynarodowego forum służącego promocji problematyki teoretycznych aspektów kryminologii. Zakres tematyczny pisma ma, z założenia, pozostać bardzo szeroki uwzględniający zróżnicowanie podejść, nurtów i kierunków teoretycznych w obrębie kryminologii. W „Kryminologii Teoretycznej” będą publikowane prace z dyscyplin, które we współczesnych czasach konstytuują kryminologię, przede wszystkim: socjologii, historii, antropologii, prawa, politologii, psychologii, filozofii, psychiatrii, ekonomii i geografii. Redaktorzy oczekują prac ze wszystkich kontynentów i krajów świata.

Poza koncentracją na problematyce teoretycznej, pismo poświęcać będzie dużo miejsca zagadnieniom o charakterze międzynarodowym i ponadnarodowym. W dotychczasowym piśmiennictwie zbyt mało uwagi poświęca się tym kwestiom. W trakcie ponadnarodowych dyskusji i debat istnieje możliwość wyeksponowania, a w konsekwencji przewyciężenia uprzedzeń i ograniczeń lokalnych (narodowych) kryminologii. Warty podkreślenia jest również fakt, iż sama przestępczość staje się stopniowo coraz bardziej międzynarodowym zjawiskiem, a w związku z tym niezbędne jest tworzenie teorii i koncepcji wyjaśniających jej międzynarodowe uwarunkowania i genezę.

Redaktorzy pisma podkreślają, iż jako jeden z celów nowego periodyku postrzegają ożywienie wymiany w zakresie dotychczas zaniedbywanych zagadnień i aspektów kryminologii, natomiast będą unikać akademickich dysput na temat np. problemu opozycji pomiędzy wolną wolą a skrajnym społecznym determinizmem, bądź też pomiędzy pozytywizmem a marksizmem. Zdaniem redaktorów, myśl kryminologiczna powinna bardziej intensywnie włączyć się do przybierającego na sile współczesnego nurtu intelektualnego w warunkach społecznych i politycznych nawiązującego do takich specyficznych podejść jak enwiromentalizm, feminizm, konserwatyzm.

Wśród podstawowych zagadnień, które będą stanowiły przedmiot szczególnego zainteresowania Redakcji „Kryminologii Teoretycznej” wymienia się:

- empiryczne podstawy pojęć teoretycznych znajdujących zastosowanie w kryminologii,
- relacje pomiędzy pojęciami a wynikami badań naukowych,
- ograniczenia metodologiczne w zakresie prowadzenia badań i uzyskiwaniem wiedzy w określonych obszarach problemowych,
- relacje pomiędzy ocenami a charakterystykami opisowymi,
- ograniczenia natury historycznej oraz istota konwencjonalnego kryminologicznego sposobu myślenia,
- sposoby strukturalizacji akademickiej wiedzy o przestępczości poprzez inne tradycje dyskursu umieszczone w kulturze masowej, instytucjach państwa oraz środkach masowego przekazu,
- społeczno-strukturalne, kulturowe i psychologiczne podstawy oraz funkcje podstawowych pojęć dotyczących zjawiska przestępczości,
- rola i status teorii jako ważnego aspektu badań empirycznych, jako integralna część metodologii, jako systematyczna znacząca perspektywa w podejściu do zagadnienia przestępczości i wymiaru sprawiedliwości, jako konsekwencja określonego zestawu założeń politycznych lub też jako funkcja określonego światopoglądu lub też specyficznej filozofii.

Redaktorzy czasopisma ustosunkowują się również do kilku wybranych zastrzeżeń sformułowanych przez recenzentów wydawnictwa Sage dotyczących samej idei powstania czasopisma „Kryminologia Teoretyczna”. Pierwsze z tych zastrzeżeń odnosi się do potrzeby tworzenia czasopisma poświęconego problematyce teorii w sytuacji tak głębokiego „osadzenia” kryminologii w nurcie empirycznym. W odpowiedzi redaktorzy wskazują, iż ogromna część tzw. kryminologicznego empiryzmu jest w istocie silnie „obciążona” teoretycznymi pojęciami, które wymagają niejednokrotnie głębszej analizy i dodatkowych wyjaśnień. Niektórym kryminologom zdarza się mylić jałowy empiryzm z racjonalnym empirycznym postępowaniem badawczym. Ponadto wiele prac poświęconych tzw. czystej teorii, odwołuje się pośrednio do empirycznych dowodów. „Kryminologia Teoretyczna” będzie stanowiła czasopismo, w którym empiryczne fundamenty teoretycznych pojęć będą odstaniane i krytycznie analizowane.

Redaktorzy starają się także odpowiedzieć na zarzut, iż określenie tego, co jest, a co nie jest teorią, nie do końca jest jasne. Podzielając zastrzeżenia związane z trudnością wytyczenia ostrej granicy wskazują, iż czasopismo jest otwarte dla dyskusji dotyczących nie tylko uznanych teorii przestępczości, ale również słabo sprecyzowanych koncepcji, pojęć, idei, założeń, dyskursów, narracji, mitów i powszechnie przyjętych przekonań. „Kryminologia Teoretyczna” jest otwarta na badania wszelkich aspektów teoretycznych w kryminologii związanych z wyjaśnieniem, rozumieniem, oceną oraz badaniem przestępczości, wymiaru sprawiedliwości, polityki generalnej, historii przestępczości i wymiaru

sprawiedliwości, a także kryminologii. Jest otwarta również na badania porównawcze specyficznych i międzynarodowych form przestępczości oraz kontroli społecznej, relacje pomiędzy – z jednej strony zróżnicowaniem w formach zachowań przestępczych i dewiacyjnych, a z drugiej w zakresie wzorów rozwoju społecznego.

Utworzenie pisma takiego jak „Kryminologia Teoretyczna” może być zatem rozpatrywane jako ostatnia szansa zachowania jedności dyscypliny, która w przeciwnym wypadku uległaby włączeniu do ogólnej teorii społeczeństwa lub też socjologii prawa. Autorzy komentarza redakcyjnego zwracają uwagę, iż analiza historii nauki wskazuje na występowanie w toku rozwoju różnych dyscyplin okresów dzielenia się, przeorganizowania, istnienia równoległe kilku paradygmatów, a także polaryzacji stanowisk. Pomimo tych zróżnicowań istnieją wszakże pewne ważne kontynuacje w zakresie przekonań, a także pewnych kanonów metodologicznych, które podlegają stosunkowo niewielkim zmianom na przestrzeni dziejów rozwoju danej dyscypliny. We współczesnej nam epoce postmodernizmu fakt ten może ulegać zapomnieniu.

Redaktorzy polemizują również z uwagą dotyczącą konieczności przyjęcia takiego profilu czasopisma, który polegałby na ponownym sprzężeniu kryminologii z szerokimi teoriami społecznymi, politycznymi i kulturowymi. Redaktorzy podkreślają, iż ich czasopismo jest otwarte na wszelkie twórcze idee oraz zagadnienia, nie tylko te, które cieszą się aktualnie największą popularnością albo stanowią rezultat panującej „mody”.

Pierwszy numer pisma zawiera sześć artykułów oraz recenzje czterech książek. Kathleen Daly przedstawia różne sposoby konceptualizacji rozróżnień płci biologicznej (*sex*) i płci społecznej (*gender*) w obrębie teorii feminizmu oraz ich implikacji dla kryminologii. Autorka wskazuje, iż w latach 80-tych naszego wieku pojawiła się krytyka skierowana wobec teorii feminizmu ze strony teoretyków postmodernizmu i poststrukturalizmu. W odpowiedzi na tę krytykę zaznaczyły się trzy nurty obrony teorii feminizmu. Pierwszy z nich autorka określa mianem koncepcji klasy–rasy–płci (*class–race–gender*) lub też koncepcji różnorodnych nierówności (*multiple inequalities*). Koncepcja ta została rozwinięta przez teoretyków feminizmu na gruncie nauk społecznych, przede wszystkim socjologii w rezultacie krytyki teorii feminizmu dokonanej przez czarne kobiety w USA. Stwierdzono, iż nierówności społeczne mają znacznie szerszy zakres zmiennych niż tylko płeć. Koncepcja klasy–rasy–płci oddaje ów poszerzony zakres nierówności wskazując jednocześnie, iż nierówności w poszczególnych sferach nie mają charakteru addytywnego i dyskretnego, ale stanowią zjawiska nakładające się na siebie i wzajemnie warunkujące się. W USA, idea klasy–rasy–płci wyłoniła się z walki czarnych kobiet toczonych w Ruchu Praw Obywatel-

skich (*the Civil Rights Movement*) i dotarła do ośrodków akademickich poprzez artykuły i książki pisane przez kobiety innych ras niż biała (*women of color*).

Druga z omawianych w artykule koncepcji została zaproponowana przez C. West i D. Zimmermana i określona mianem koncepcji „społecznej płci wykonywanej” („*doing gender*”). W koncepcji tej płeć społeczną (*gender*) traktuje się nie jako właściwość jednostek, lecz jako wyłaniającą się cechą społecznych sytuacji, sposób legitymizacji przedstawionych podziałów społecznych. Płeć społeczna nie jest również rolą społeczną, aczkolwiek konstytuuje się w toku interakcji. J. Messerschmidt w oparciu o koncepcję „społecznej płci wykonawczej” wyjaśnia zjawisko przestępczości wskazując, iż zjawisko to może stanowić środek, do którego odwołują się mężczyźni, aby potwierdzić swoją „męską płeć społeczną” w sytuacji, gdy brak jest innych środków, które mogłyby zostać w tym celu wykorzystane.

Trzecia koncepcja nosi nazwę koncepcji ciał nacechowanych płcią biologiczną (*sexed bodies*) i w odróżnieniu od dwóch wcześniej przedstawionych została rozwinięta przez teoretyków feminizmu na gruncie filozofii w wyniku ponownej interpretacji przez M. Foucaulta. W koncepcji tej podkreśla się znaczenie dyskursywnej konstrukcji pojęcia „płeć”, a dyskusje koncentrują się głównie wokół trzech zagadnień: zróżnicowana płeć biologiczna (*sex*) – płeć społeczna (*gender*) – władza (*power*) jako źródło zróżnicowania na płeć biologiczną i społeczną oraz podejście dualistyczne w filozofii zachodniej rozdzielające bardzo zdecydowanie umysł i ciało

Ian Taylor, w swoim artykule (s. 53–75), rozważa związki pomiędzy przestępczością, poczuciem zagrożenia przestępczością oraz lokalnymi, społecznymi uwarunkowaniami na przykładzie Wielkiej Brytanii. Pisze on, że dokonując w 1991 r. analizy materiałów statystycznych dotyczących zatrudnienia w różnych sferach gospodarki i życia społecznego zauważył, iż najwyższy wskaźnik wzrostu zatrudnienia od 1970 r. obserwuje się w dziedzinie usług związanych z ochroną i bezpieczeństwem (*protective service occupations*). W ramach tej kategorii zawodowej mieszczą się zajęcia osób zatrudnionych w różnych rodzajach prywatnych formacji policyjnych oraz firm ochroniarskich i porządkowych. Ostatnie dane, pochodzące z grudnia 1994 roku wskazują, iż liczba osób zatrudnionych w tego typu usługach (ok. 162 tys. pracowników, według zaniżonych szacunków) przekracza liczbę policjantów. Omawiane wskaźniki wzrostu liczby zatrudnionych w prywatnym sektorze ochrony i bezpieczeństwa można interpretować jako reakcję na wzrastające wskaźniki przestępczości zwłaszcza w Anglii i Walii.

Na poziomie analiz teoretycznych autor artykułu wskazuje, iż dotychczasowe interpretacje przestępczości oraz jej uwarunkowań zostały zakwestionowane w związku z dokonującymi się przemianami politycznymi, społecznymi

i kulturowymi w skali ogólnoswiatowej. Debaty fachowców i polityków, teoretyków nauk społecznych, ekonomistów i filozofów koncentrują się na takich kwestiach jak interpretacje thaczeryzmu, wpływ nowej klasy ludzi biznesu, procesy globalizacji oraz zjawiska epoki postindustrialnej. Wielu uczonych, zdaniem autora artykułu, skłania się do pośpiesznych generalizacji teorii postmodernistycznych, bardzo często nawiązujących do takiego czynnika, jakim jest poczucie zagrożenia przestępczością (*fear of crime*). Czynnikiem ten, jako wyraźnie zaznaczające się zjawisko społeczne lat 90-tych naszego stulecia, stał się jedną z palących kwestii dla elit politycznych oraz instytucji państwowych odpowiedzialnych za bezpieczeństwo obywateli oraz instytucji i organizacji związanych z kształtowaniem się opinii publicznej.

John Braithwaite (s. 77–97) dokonuje analizy pracy Charlesa Tittle'a zatytułowanej „Równowaga kontroli: W kierunku ogólnej teorii dewiacji” („Control Balance: Toward a General Theory of Deviance”) wydanej w 1995 roku. Praca ta, zdaniem autora artykułu stanowi jedno z najbardziej poważnych teoretycznych opracowań z dziedziny socjologii zachowań dewiacyjnych, jaka ukazała się w ostatnich latach. Zachowanie dewiacyjne Tittle definiuje jako „wszelkie zachowania, które są nieakceptowane przez większość ludzi lub daną grupę lub takie zachowania, które zazwyczaj wywołują zbiorową, negatywną reakcję”. Kluczową zmienną niezależną w koncepcji Tittle'a jest „współczynnik kontroli” („*control ratio*”). Współczynnik ten określa stopień sprawowanej przez podmiot kontroli nad otoczeniem w odniesieniu do zakresu i siły kontroli, której sam podlega. W przypadku gdy stopień kontroli sprawowanej jest większy niż poziom kontroli, której się podlega, możemy mówić o tzw. nadwyżce kontroli (*control surplus*). W sytuacji odwrotnej natomiast mamy do czynienia z niedoborem kontroli (*control deficit*). Tittle wskazuje, że obie formy braku równowagi pomiędzy dwoma rodzajami kontroli – nadwyżka, bądź deficyt – prowadzą do zachowań dewiacyjnych. I tak przestępczość osób pochodzących z grup społecznie uprzywilejowanych można wyjaśniać odwołując się do faktu nadwyżki kontroli, natomiast przestępstwa popełniane przez osoby z warstw upośledzonych przez wykazywanie występowania u nich deficytu kontroli.

Interesującą cechą koncepcji Tittle'a, zdaniem autora artykułu, jest odwoływanie się w niej – w próbach wyjaśniania zachowań dewiacyjnych – do mechanizmów emocjonalno-motywacyjnych. W koncepcji tej przyjmuje się, iż zachowanie dewiacyjne pojawia się wówczas, gdy motywacja do takiego zachowania zostaje wyzwolona przez prowokację (*provocation*), w sytuacji występowania sposobności (*opportunity*) oraz nieobecności przeszkód bądź ograniczeń (*constraints*). Osoba w wysokim stopniu motywowana do zachowań dewiacyjnych z racji deficytu kontroli, znajdująca się w sytuacji umożliwiającej takie zachowanie, przy stosunkowo słabych ograniczeniach może jednak nie

przejawić zachowania dewiacyjnego, o ile nie pojawi się prowokacja w postaci np. zniewagi na tle rasowym czy społecznym. W przypadku osób charakteryzujących się nadwyżką kontroli prowokacja może wiązać się z pokusą wykorzystania swojej przewagi w obliczu nadarzającej się sytuacji.

W świetle założeń teorii równowagi kontroli możliwe jest, zdaniem autora artykułu, sformułowanie pewnych ogólnych wytycznych odnoszących się do sfery profilaktyki zachowań dewiacyjnych. Autor formułuje cztery takie wytyczne:

- zapewnienie większego poziomu równowagi kontroli w społeczeństwie,
- umiejętne postępowanie w sytuacji wywierania nacisku i sprawowania kontroli,
- uzyskanie akceptacji wobec zachowań nastawionych na sprawowanie kontroli u osób tej kontroli poddanych,
- kształtowanie pozytywnych więzi międzyludzkich, postaw obywatelskich oraz społecznego wsparcia.

Umiejętne postępowanie w sytuacji sprawowania kontroli wiąże się, zdaniem autora artykułu, z czynieniem tego w sposób odpowiedzialny, pozbawiony elementów mających charakter poniżania, czy upokarzania, a tym samym nie stwarzających sytuacji prowokacji.

W piśmie zawarte jest również krótkie ustosunkowanie się autora omawianej koncepcji Ch.Tittle'a do uwag i interpretacji poczynionych przez J.Braithwaite'a. W większości są to uwagi pozytywne. Za szczególnie wartościowe traktuje Ch.Tittle próby sformułowania praktycznych wniosków w oparciu o założenia koncepcji.

Bolesław Kurzępa

Wojciech Radecki, Prawo łowieckie z komentarzem, Wrocław 1996, s. 194

Do dnia 16 lutego 1996 r. obowiązywała uchwalona jeszcze w 1959 r. ustawa o hodowli, ochronie zwierząt łownych i prawie łowieckim. Prace nad nowym aktem prawnym trwały blisko sześć lat i zakończyły się 13 października 1995 r. przyjęciem przez Sejm ustawy – Prawo łowieckie, z mocą obowiązującą od dnia 17 lutego 1996 r.

Łowiectwem w naszym kraju, z różnego zresztą tytułu, zajmuje się bardzo wiele osób, przeto dobrze się stało, iż tak szybko ukazał się komentarz do wspomnianej ustawy, ułatwiający interpretację zawartych w niej przepisów oraz stosowanie ich w praktyce.

W. Radecki, oprócz skomentowania poszczególnych przepisów, jeden rozdział swojej pracy poświęcił miejscu prawa łowieckiego w systemie ochrony przyrody, drugi zaś dziejom prawa łowieckiego na ziemiach polskich. Należy także zapoznać się z zawartymi we wstępie informacjami o kulisach powstawania obecnej ustawy – Prawo łowieckie i punktach spornych, jakie ujawniły się w trakcie prac legislacyjnych. Jak ujawnia Autor, podstawową przyczyną sporów była kwestia własności zwierzyny łownej oraz pozycja prawna Polskiego Związku Łowieckiego. Warto przytoczyć pogląd W. Radeckiego, iż „nowe prawo łowieckie nie przynosi fundamentalnych zmian w modelu polskiego łowiectwa, utrzymując jego podstawowe, ukształtowane pod rządami ustawy z 1959 r. cechy, niemniej jednak wprowadza pewne zmiany...” (s. 9), zaliczając do najważniejszych:

- 1) większą „ekologizację” łowiectwa,
- 2) wprowadzenie koncesji na obrót zwierzyną żywą oraz mięsem zwierzyny ubitej, a także na sprzedaż usług turystycznych obejmujących polowania w kraju dla cudzoziemców i polowania za granicą,
- 3) utworzenie Państwowej Straży Łowieckiej,
- 4) rozszerzenie odpowiedzialności majątkowej za szkody łowieckie i uproszczenie trybu dochodzenia odszkodowań,
- 5) zaostrzenie odpowiedzialności za przestępstwa łowieckie.

Autor był w tej niezręcznej sytuacji, iż w chwili pisania książki, tj. na początku 1996 r. nie ukazało się jeszcze żadne z kilkunastu rozporządzeń wykonawczych do nowego prawa łowieckiego, co spowodowało, że treść komentarzy do niektórych przepisów może wydawać się niepełna. Świadczy o tym chociażby

niewielka objętość pracy. Autor ma jednak świadomość, że „... celem opracowania jest wstępne skomentowanie przepisów nowego prawa łowieckiego” (s. 10).

W komentarzu do części ogólnej ustawy, warto odnotować rozważania dotyczące art. 2 stanowiącego, iż zwierzęta w stanie wolnym, jako dobro ogólnonarodowe, stanowią własność Skarbu Państwa. Przytaczając różne poglądy na ten temat dochodzi do wniosku, iż „wobec braku ustawy o Skarbie Państwa, zwierzyna łowna w stanie wolnym jest nadal własnością państwową, ale podmiot własności został określony bardziej precyzyjnie” (s. 51). Interesujące są też uwagi do art. 4 ustawy, zawierającego definicję pojęcia „polowanie” i „kłusownictwo”. Autor rozważa, czy w istniejącym stanie prawnym polowanie przy pomocy ptaków łownych jest dozwolone. Powołując się na różne (niespójne) przepisy w tym zakresie uważa, iż jest ono możliwe na mocy decyzji administracyjnej Ministra Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa.

Warto zapoznać się z rozważaniami W. Radeckiego dotyczącymi pojęcia „kłusownictwo” (s. 56–57). Termin ten, mający od dawna ustalone znaczenie potoczne, doczekał się definicji ustawowej dopiero w ustawie z dnia 13 października 1995 r. (art. 4 ust. 3). Rację ma Autor twierząc, iż w ujęciu ustawowym jest pojęciem „czynnościowym”, a nie skutkowym. Oznacza to, że kłusujący zamierza dopiero wejść w posiadanie zwierzyny, zaś samo wejście w jej posiadanie jest skutkiem kłusownictwa, a nie jego istotą. Straciły natomiast na aktualności uwagi dotyczące listy gatunków zwierząt łownych, którą na podstawie art. 5 ustawy ogłosić miał Minister Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa. Rozporządzenie w tej sprawie zostało bowiem wydane w dniu 3 grudnia 1996 r. i obowiązuje od 22 stycznia 1997 r.¹ Dla praktyków zajmujących się zwalczaniem kłusownictwa istotne znaczenie ma kwestia szkodnictwa łowieckiego. Pojęcie takie zostało użyte w prawie łowieckim, ale w żadnym z przepisów nie wyjaśnia się jego znaczenia. Autor na licznych przykładach pokazuje, iż nie jest łatwo taką uniwersalną definicję stworzyć. Przyjmuje metodę wyliczenia zachowań, które można uznać za szkodnictwo łowieckie. Będą nimi wszystkie wykroczenia z art. 51 prawa łowieckiego, złośliwe płoszenie zwierzyny w lesie, puszczenie psa luzem w lesie poza czynnościami związanymi z polowaniem, niszczenie i uszkodzenie urządzeń łowieckich, poletek itp. Podzielić należy wątpliwości Autora, czy włączając się dziczące psy i koty w obwodzie łowieckim zawsze stanowią „zjawisko szkodnic-

¹ Rozporządzenie Ministra Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa z dnia 3 grudnia 1996 r. w sprawie ustalenia listy gatunków zwierząt łownych oraz określenia okresów polowań na te zwierzęta (Dz. U. z 1997 r., Nr 1, poz. 5).

twą łowieckiego" i w związku z tym należy do nich strzelać w każdym wypadku? Można bowiem bardzo łatwo popaść w konflikt z miejscową ludnością.

Dużo miejsca w recenzowanej pracy poświęcono Państwowej Straży Łowieckiej. Jest to umundurowana i uzbrojona formacja podlegająca wojewodzie. Razem ze strażnikami łowieckimi zatrudnionymi przez dzierżawców i zarządców obwodów łowieckich tworzy ona straż łowiecką. Jednym z głównych zadań PSŁ jest zwalczanie przestępstw i wykroczeń w zakresie łowiectwa. Według W. Radeckiego desygnat nazwy „w zakresie łowiectwa” obejmuje nie tylko przestępstwa i wykroczenia z art. 51–53 prawa łowieckiego, ale również niektóre przestępstwa z ustawy o ochronie przyrody, czy też wykroczenia leśne określone w kodeksie wykroczeń. Jest to niewątpliwie pogląd słuszny, gdyż ograniczenie kompetencji PSŁ tylko do zwalczania przestępstw i wykroczeń wymienionych w Prawie łowieckim byłoby zabiegiem nieco sztucznym i np. czyn, który wyczerpuje znamiona art. 53 pkt 5 prawa łowieckiego oraz kodeksu karnego bądź innej ustawy musiałby zostać „rozdzielony” i w części przekazany policji.

Autor zwraca uwagę na pewną niezręczność sformułowania art. 39 ust. 2 pkt 5 ustawy, z którego wynika, że strażnik PSŁ może ująć sprawcę przestępstwa lub wykroczenia na gorącym uczynku, ale już w bezpośrednim pościgu – tylko sprawcę wykroczenia. Rzecz jasna sprawcę wykroczenia można również ująć w pościgu, powstaje jednak pytanie czy *de lege lata* strażnik PSŁ ma prawo do ujęcia sprawcy w pościgu podjętym bezpośrednio po popełnieniu przez niego wykroczenia? Moim zdaniem nie ma takiego prawa, chociaż wydaje się to sprzeczne z *ratio legis* omawianego przepisu. Konsekwencją zaprezentowanego poglądu (czy raczej sformułowania przepisu) jest i to, że na gruncie art. 39 ust. 2 pkt 5 ustawy strażnik PSŁ nie ma prawa doprowadzenia ujętego sprawcy wykroczenia do jednostki policji. Można przyjąć, iż takie a nie inne brzmienie wspomnianego przepisu jest wynikiem przeoczenia ustawodawcy, ale przy nowelizacji prawa łowieckiego art. 39 nie uległ zmianie². Nie można jednak wykluczyć, iż w ocenie ustawodawcy nie było potrzeby rozszerzenia na wykroczenia uprawnień strażników PSŁ określonych w art. 39 ust. 2 pkt 5 prawa łowieckiego. Podobnej natury wątpliwości nasuwają się W. Radeckiemu przy komentowaniu art. 39 ust. 2 pkt 7 ustawy. Przepis ten upoważnia strażnika PSŁ do prowadzenia dochodzeń oraz wnoszenia i popierania aktu oskarżenia w postępowaniu uproszczonym w sytuacji, gdy przedmiotem przestępstwa jest zwierzę. Gdyby stanąć na stanowisku, iż „przedmiot przestępstwa” jest użyty w znaczeniu „przedmiotu czynności wykonawczej”, wówczas strażnik PSŁ mó-

2 Ustawa z dnia 10 stycznia 1997 r. o zmianie ustawy – Prawo łowieckie (Dz. U. Nr 14, poz. 72).

głby prowadzić dochodzenia o przestępstwa z art. 52 pkt 3 prawa łowieckiego, bowiem przedmiotem czynności wykonawczej jest zwierzyna wprowadzona do obrotu. Nie mógłby natomiast prowadzić dochodzenia o przestępstwo z art. 52 pkt 1 ustawy, ponieważ „przedmiotem czynności wykonawczej są wytwarzane, przechowywane lub wprowadzone do obrotu narzędzia kłusownicze, a nie zwierzyna” (art. 122). Dodać należy, że nie mógłby prowadzić dochodzenia także o przestępstwa z art. 52 pkt 4 i 5 ustawy. Rację ma Autor twierdząc, że pojęcie „przedmiotu przestępstwa” należy rozumieć szerzej, także jako przedmiot ochrony, a zatem strażnik PSŁ może prowadzić postępowania uproszczone o każde przestępstwo z art. 52 Prawa Łowieckiego. Pozostaje jednak pewna wątpliwość, czy istotnie ustawodawca miał taki zamiar wprowadzając do art. 39 ust. 2 pkt 7 sformułowanie „jeżeli przedmiotem przestępstwa jest zwierzyna”? *De lege ferenda* można postulować, aby zostało ono wykreślone z omawianego przepisu, bądź zastąpione zwrotem „... o przestępstwa z art. 52 ustawy”. Kolejną nieścisłością zauważoną przez W. Radeckiego jest szerszy zakres przepisu art. 39 ust. 3 prawa łowieckiego uprawniającego strażnika PSŁ do użycia ręcznego miotacza gazu, od analogicznego § 12 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 17 września 1990 r. w sprawie określenia przypadków oraz warunków i sposobu użycia przez policjantów środków przymusu bezpośredniego³. Nie podlega dyskusji, iż strażnik PSŁ nie może mieć większych uprawnień niż policjant. Można tylko postulować, aby wspomniany przepis prawa łowieckiego został w przyszłości zmieniony, a uprawnienia funkcjonariuszy obu formacji w zakresie użycia ręcznego miotacza gazu określono identycznie. Przy omawianiu szczególnej ochrony prawnej strażników PSŁ (s. 141) niewłaściwie powołano art. 234 § 2 k.k., który został skreślony ustawą z dnia 12 lipca 1995 r.⁴, a powinien być art. 233 § 2 k.k.

W komentarzu do art. 46 ust. 2 ustawy autor zastanawia się, o jakie szkody chodzi w tym przepisie (tzn. czy tylko w mieniu, czy też na osobie) i jaka jest podstawa odpowiedzialności. Wyraża przy tym słuszny pogląd, że w rachubę wchodzi nie tylko szkody w mieniu, ale również szkody na osobie, a odpowiedzialność dzierżawcy lub zarządcy obwodu łowieckiego jest absolutna, pod warunkiem, że szkoda wyrządzona została przy wykonywaniu polowania. Nie do końca natomiast przekonuje przykład ilustrujący sytuację, gdy „szkoda nastąpiła jedynie «przy okazji» wykonywania polowania, np. myśliwy umyślnie strzelił do krowy pasącej się na pastwisku, to obciążanie koła łowieckiego byłoby jednak przesadą. Za taką szkodę odpowiada oczywiście myśliwy” (s. 158).

³ Dz. U. Nr 70, poz. 410.

⁴ O zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu karnego wykonawczego oraz o podwyższeniu dolnych i górnych granic grzywn i nawiązek w prawie karnym (Dz. U. Nr 95, poz. 475).

Jeżeli strzał do krowy nastąpił w ramach polowania wykonywanego za zgodą dzierżawcy lub zarządcy obwodu łowieckiego, to żaden przepis prawa łowieckiego nie uwalnia wymienionych podmiotów od odpowiedzialności za powstałą szkodę względem osób trzecich. Natomiast mają oni prawo do wystąpienia z regresem przeciwko myśliwemu – sprawcy szkody – o zwrot kwoty wynagrodzenia wypłaconego osobie poszkodowanej.

Przy omawianiu art. 51 ust. 1 pkt 5 ustawy W. Radecki podnosi dosyć istotny w praktyce problem rozgraniczenia pojęć „niszczenia” i „uszkodzenia”. Uważa, iż niszczenie należy traktować jako wyższy stopień uszkodzenia. Przy okazji przytacza wyrok z dnia 24 czerwca 1993 r., sygn. III KRN 98/93, w którym Sąd Najwyższy wyjaśnił, że zniszczenie polega na takim uszkodzeniu, przy którym przywrócenie stanu poprzedniego nie jest w ogóle możliwe⁵. Wracając na grunt przepisu art. 51 ust. 1 pkt 5 zasadnie stwierdza, iż wykroczeniem będzie wyłącznie zniszczenie urządzeń łowieckich, a nie ich uszkodzenie. Do wyszczególnionych w książce czterech przypadków odpowiedzialności z art. 51 ust. 1 pkt 5 ustawy bądź art. 212 § 1 k.k. (s. 166), można dodać jeszcze piątą, iż nieumyślne zniszczenie urządzenia łowieckiego powyżej 250 zł jest tylko wykroczeniem z omawianego przepisu prawa łowieckiego.

Należy zgodzić się z uwagami do przestępstwa z art. 52 pkt 1 ustawy, szczególnie z wyjaśnieniem pojęć „wytwarzanie”, „przechowywanie” i „wprowadzanie do obrotu”. Nieostre natomiast wydaje się pojęcie „narzędzia i urządzenia określone w art. 53 pkt 5, a służące z przeznaczenia do kłusownictwa”. Autor nie poświęcił temu zagadnieniu więcej uwagi, a szkoda, gdyż w praktyce organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości ten aspekt omawianego przestępstwa może stanowić poważny problem interpretacyjny⁶.

Komentarz Autora do art. 52 pkt 2 ustawy sygnalizuje kłopoty, jakie mogą pojawić się przy stosowaniu tego przepisu oraz art. 53 pkt 5 lub 6 ustawy. Jednak przekonywające jest stanowisko, że „pojęcie martwego zwierzęcia zastrzelonego przez kogo innego lub schwytanego we wnyki czy sidła jest niewątpliwie wejściem w jego posiadanie. Jeżeli zatem sprawcy nie uda się udowodnić popełnienia przestępstwa z art. 53 pkt 5 lub 6, to w każdym razie odpowie on z art. 52 pkt 2 prawa łowieckiego” (s. 169). Dodać można jedynie, że w przypadku występkę z tego ostatniego przepisu, wartość tuszy lub trofeów zwierząt łownych nie ma znaczenia dla bytu przestępstwa.

Prof. W. Radecki przypomniał toczący się od lat stosunek norm karnych prawa łowieckiego z 1959 r. (s. 178–179) do przepisów kodeksu karnego

⁵ OSNKW 1993, nr 9–10, poz. 64.

⁶ Podobnie W. Radecki, *Przestępstwa i wykroczenia łowieckie*, Prokuratura i Prawo 1996, nr 6, s. 17–18 i 23–14.

o przestępstwach przeciwko mieniu. W związku z tym stawia pytanie: „dlaczego zatem ten, kto przywłaszczył sobie zwierzynę bezprawnie przez siebie pozyskaną nie miałby odpowiadać za zagarnięcie mienia społecznego” (s. 179) i stwierdza, że „nie ma wystarczających racji do zanegowania takiej odpowiedzi”. Pogląd ten jest jak najbardziej słuszny, pod warunkiem jednak, że kłusownik wszedł w posiadanie zwierzyny w celu jej przywłaszczenia. W takiej sytuacji czyn jego należy zakwalifikować z art. 53 prawa łowieckiego w zbiegu kumulatywnym z art. 199 lub 201 k.k. Gdyby jednak sprawca nie miał zamiaru przywłaszczenia skłusowanej zwierzyny, a jedynie uczynił to np. dla rozrywki, będzie odpowiadał wyłącznie z art. 53 prawa łowieckiego. Trudno jest jednak prognozować, czy akurat w tym kierunku pójdzie orzecznictwo sądów, z Sądem Najwyższym na czele.

Recenzowana praca jest pierwszym komentarzem do ustawy z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie. Zawiera mniej lub bardziej szczegółowe omówienie wszystkich istotnych instytucji uregulowanych tym aktem prawnym. Autor z dużą znajomością rzeczy przedstawił funkcjonowanie tej gałęzi prawa nie tylko w chwili obecnej, ale również na przestrzeni wieków. Pozwala to uzmysłowić sobie ewolucję pewnych rozwiązań, jak też wpływ tradycji łowieckich na aktualne przepisy. Powoduje to, iż praca nie jest tylko „suchym” prawniczym wykładem, lecz interesującą lekturą nawet dla osób, które nie parają się łowiectwem. Pewnym mankamentem – jak już zaznaczono na wstępie – jest niedostateczne omówienie niektórych kwestii z uwagi na nieukazanie się wielu rozporządzeń wykonawczych w chwili pisania książki. Nie obciąża to rzecz jasna Autora.

Materiały szkoleniowe



Waldemar Baliński

Umowne nabycie własności rzeczy ruchomej od osoby nieuprawnionej

Nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet – niezbędną przesłanką nabycia własności na podstawie umowy jest prawo własności przysługujące zbywcy. Polskie prawo cywilne (art. 169 – 170 k.c.) przewiduje nabycie własności od osoby nieuprawnionej. Następuje to niezwłocznie w razie wydania rzeczy przez osobę nieuprawnioną i objęcie tej rzeczy w posiadanie przez nabywcę działającego w dobrej wierze (art. 169 § 1 k.c.). Nabywca w dobrej wierze uzyskuje ochronę, gdy przedmiotem nabycia jest rzecz ruchoma.

Rys historyczny

W **prawie rzymskim** własność zbywcy stanowiła najważniejszą przesłankę przeniesienia tego prawa. Zbywca nie uprawniony do rozporządzania rzeczą nie mógł jej prawa przenieść na nabywcę. Wyjątek wprowadziło prawo rzymskie w odniesieniu do wierzyciela zastawnego, który mógł zbyć w drodze tradycji własność rzeczy należącej do zastawcy, gdy nadszedł termin płatności.

Za czasów Cesarstwa osoba, która nabywała na własność rzeczy od Skarbu Państwa (fiskusa), cesarza lub cesarzowej stawała się jej właścicielem niezależnie od własności tradenta. Właścicielowi poszkodowanemu przysługiwało prawo żądania wynagrodzenia wyrządzonej szkody przez zbycie jego rzeczy.

Przedawnienie skargi następowało po upływie 4 lat. Przeniesieniu własności w prawie rzymskim towarzyszyło zawsze przeniesienie posiadania. Osoba, która w dobrej wierze nabyła od nieuprawnionego rzecz ruchomą, mogła nabyć własność tej rzeczy na skutek krótkoterminowego zasiedzenia z wyjątkiem przedmiotów nabytych gwałtem.

Prawo germańskie wiązało przeniesienie własności z instytucją Gewere, która łączyła funkcję dzisiejszego posiadania z zadaniami przyznawanymi dziś prawu własności. Sprawiedliwość wymagała, aby ryzyko utraty rzeczy ponosiła ta osoba, która dobrowolnie oddała rzecz innej osobie. W związku z rozwojem wymiany towarowej zaczęła występować potrzeba ochrony dobrej wiary nabywcy rzeczy, nawet skradzionych, zgubionych lub zrabowanych. W późniejszym prawie średniowiecznym nabywca kupujący na publicznym targu nie miał obowiązku wydania rzeczy właścicielowi, dopóki nie otrzymał zwrotu zapłaconej ceny kupna.

Prawo francuskie aż do XIII w. nie dawało właścicielowi możliwości wniesienia skargi o wydanie rzeczy ruchomej, jeżeli wyzbył się dobrowolnie jej posiadania. Od XIII w. właściciel rzeczy ruchomych mógł poszukiwać swoich rzeczy u osób trzecich i domagać się zwrotu bez konieczności wykazania w jaki sposób utracił posiadanie. Właściciel tracił prawo do windykacji z chwilą, w której rzecz ruchoma przeszła do rąk osoby trzeciej. Rzecz pozostawała przy nabywcy również w przypadkach nabycia od osoby nieuprawnionej. Po recepcji prawa rzymskiego zasady prawa germańskiego zostały wyparte przez ustalenia rzymskie.

Jakie zmiany przyniosły prawa nowożytne?

Kodeks cywilny francuski (Kodeks Napoleona) z 1804 r. przejął w zasadzie bez zmian osiągnięcia z końca XVIII w. Ustawodawstwo francuskie reprezentuje stanowisko, iż zasada *nemo plus iuris* wypływa z istoty wyłącznego prawa właściciela do rozporządzania jego własnością i także mieści w sobie regułę, że każda umowa obowiązuje jedynie zawierające ją strony (art. 1165). W obrocie handlowym Kodeks Napoleona chroni nabywcę rzeczy skradzionej właścicielowi lub przez właściciela zgubionej, jeżeli nabył on rzecz na targu. Wówczas kupiec jest zobowiązany do zwrotu rzeczy właścicielowi po zwróceniu mu ceny kupna.

Według **austriackiego kodeksu cywilnego** nikt nie może przenieść na drugiego więcej praw niż sam posiada, z kilkoma jednakże wyjątkami. Chroni się dobrą wiarą przy nabyciu rzeczy ruchomych. Prawo austriackie podobnie jak niemieckie odstąpiło od rzymskiej zasady bezwzględnej windykacji.

Według **prawa angielskiego** nikt nie może przenieść lepszego tytułu, niż sam posiada. Zbywca może przenieść na nabywcę posiadanie rzeczy, ale nie tytuł, który mu nie przysługuje. Gdy zbywający otrzymał rzeczy wskutek kradzieży lub oszustwa, wówczas kupujący nie uzyska własności rzeczy, nawet gdyby miał dobrą wiarę. Rzeczy nabyte musi wydać właścicielowi bez podnoszenia zastrzeżeń do ceny kupna. Zasada ta jest jednak zmodyfikowana przez wyjątki pochodzące z common law, jak i aktów parlamentu. Dotyczy to m.in. przeniesienia pieniędzy i papierów wartościowych, sprzedaży dokonanej na rynku itp. W obrocie handlowym ochronie podlega dobra wiara nabywcy co do prawa własności zbywcy lub jego uprawnienia do rozporządzania. Natomiast w obrocie cywilnym, nabycie w dobrej wierze jest chronione, gdy właściciel stworzył pozór własności zbywcy przez oddanie mu w posiadanie i wytworzenie pozorów tej własności.

Prawo USA, podobnie jak prawo angielskie, wprowadza ograniczoną ochronę nabycia w dobrej wierze. Przeniesienie pieniędzy i papierów wartościowych

oraz ponowna sprzedaż przez sprzedawcę będącego w posiadaniu rzeczy są chronione podobnie, jak w prawie angielskim.

Niemiecki kodeks cywilny z 1896 r. oparł się na germańskich rozwiązaniach. Nabycie od nieuprawnionego w dobrej wierze opiera się na rozróżnieniu między rzeczami dobrowolnie i niedobrowolnie utraconymi. Nabycie następuje tylko wtedy, gdy nabywca jest w dobrej wierze, a właściciel dobrowolnie pozbył się rzeczy. W razie niedobrowolnej utraty posiadania właściciel doznaje ochrony. Ochronie nie podlega nabycie w dobrej wierze rzeczy zagubionych, skradzionych lub w inny sposób utraconych przez właściciela. Nabywca pieniędzy, papierów na okaziciela oraz rzeczy sprzedanych na publicznej licytacji nabywa natomiast ich własność nawet gdyby zostały skradzione, zgubione lub w inny sposób utracone przez właściciela.

Również **Zwod Praw Cesarstwa Rosyjskiego** wprowadził bezwzględną zasadę windykacji rzeczy posiadanych nieprawnie w dobrej czy złej wierze. Złagodzona je następnie zasada: „Rzeczy ruchome poczytują się na własność tego, kto je posiada, dopóki przeciwne nie będzie udowodnione”. Wprowadzono domniemanie prawa własności związanego z posiadaniem. Później nie wykluczano możliwości przeprowadzenia dowodu przeciwnego. Kiedy rzecz ruchoma wyszła z posiadania właściciela wskutek kradzieży itp., nie miał on prawa żądać odebrania jej od osoby trzeciej, która kupiła ją w dobrej wierze od posiadacza.

W **okresie zaborów** na terenie państwa polskiego obowiązywały rozwiązania przyjęte przez kodeksy: niemiecki, austriacki, francuski i Zwod Praw Cesarstwa Rosyjskiego,

W **okresie międzywojennym** tylko przepisy kodeksu handlowego regulowały nabycie rzeczy ruchomej od nieuprawnionego. Nabywca rzeczy ruchomej od kupca, który zbywa i oddaje cudzą rzecz ruchomą, staje się jej właścicielem, jeżeli pozostaje w dobrej wierze co do uprawnienia kupca w zakresie rozporządzenia tą rzeczą.

Dekret o prawie rzeczowym z 1946 r. przyznawał prawo własności nabywcy rzeczy od osoby nieuprawnionej do rozporządzania rzeczą, pod warunkiem, że zbywca wydał rzecz nabywcy, który pozostawał w dobrej wierze. Kodeks Cywilny z 1964 r. reguluje nabycie prawa własności rzeczy ruchomej, którą rozporządziła osoba nieuprawniona w rozumieniu art. 169–170.

Obowiązujący stan prawny

Art. 169 § 1 k.c. stanowi: „Jeżeli osoba nieuprawniona do rozporządzania rzeczą ruchomą zbywa rzecz i wydaje ją nabywcy, nabywca uzyskuje własność z chwilą objęcia rzeczy w posiadanie, chyba że działa w złej wierze.

§ 2. Jednakże gdy rzecz zgubiona, skradziona lub w inny sposób utracona przez właściciela zostaje zbyta przed upływem lat trzech od chwili jej zgubienia, skradzenia lub utraty, nabywca może uzyskać własność dopiero z upływem powyższego trzyletniego terminu. Ograniczenie to nie dotyczy pieniędzy i dokumentów na okaziciela ani rzeczy nabytych na urzędowej licytacji publicznej lub w toku postępowania egzekucyjnego".

Z kolei art. 170 k.c. reguluje problem wygaśnięcia praw osoby trzeciej obciążających rzecz w razie przeniesienia jej własności.

Przepis ten stanowi: „W razie przeniesienia własności rzeczy ruchomej, która jest obciążona prawem osoby trzeciej, prawo to wygasa z chwilą wydania rzeczy nabywcy, chyba że ten działa w złej wierze. Przepis paragrafu drugiego artykułu poprzedzającego stosuje się odpowiednio”.

Art. 169 k.c. odnosi się jedynie do przeniesienia własności rzeczy ruchomych. Kodeks cywilny nie zajmuje się bowiem określeniem pojęcia rzeczy ruchomych, lecz zawiera definicję nieruchomości. Zgodnie z treścią art. 45 k.c. „Rzeczami w rozumieniu niniejszego kodeksu są tylko przedmioty materialne”. Art. 169 k.c. wprowadza rozróżnienie rzeczy ze względu na sposób, w jaki zbywca uzyskał nad nimi władanie. Wyróżnić można dwie kategorie takich rzeczy. Do jednej należą rzeczy, które znalazły się we władaniu zbywcy za zgodą ich właściciela. Do drugiej natomiast rzeczy, które zostały przez właściciela zgubione lub w inny sposób utracone (np. wskutek kradzieży).

Pojęcie rzeczy skradzionych można ustalić za pomocą przepisów rozdziału XXIX kodeksu karnego z 1969 r.

Rzecz zgubiona, to rzecz ruchoma, którą dotychczasowy właściciel, posiadacz lub dzierżyciel utracił ze swego władztwa i nie wie gdzie się znajduje. W prawie karnym przedmiotem kradzieży może być tylko mienie stanowiące czyjąś własność i znajdujące się w czyimś posiadaniu.

Przepis art. 169 k.c. odnosi się do osób fizycznych i prawnych.

Podmiotami czynności prawnej są nieuprawniony zbywca i nabywca. Skutkiem nabycia własności rzeczy ruchomej od nieuprawnionego jest przejście prawa własności rzeczy ruchomej na nabywcę w dobrej wierze. Wtedy prawo własności dotychczasowego właściciela gaśnie.

Art. 169 § 1 k.c. formułuje wymóg dobrej wiary w sposób negatywny: „chyba, że działa w złej wierze”. Należy przyjąć istnienie złej wiary, kiedy dana osoba wie o okolicznościach decydujących o zastosowaniu tej normy prawnej lub wprawdzie nie wie o tym, ale można przyjąć, iż wiedziałaaby o nich, gdyby należycie się zachowała.

Z orzecznictwa Sądu Najwyższego

W kwestii ochrony dobrej wiary nabywcy Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, że okoliczności, których powinna ona dotyczyć wyznaczają uprawnienia zbywcy do rozporządzania rzeczą. Dobra wiara, od której art. 169 k.c. uzależnia nabycie rzeczy ruchomej od nieuprawnionego sprowadza się do usprawiedliwionego okolicznościami przekonania nabywcy, że zbywcy przysługuje prawo do rozporządzania tą rzeczą. Dobra wiara nabywcy wyłącza tylko takie jej niedbalstwo, które w określonych warunkach świadczyłoby o tym, że nabywca nie dołożył należytej w danych stosunkach staranności. Nabywca powinien legitymować się dobrą wiarą w momencie jego działania prowadzącego do nabycia własności od nieuprawnionego. Ciężar dowodu złej wiary spoczywa na osobie, która kwestionuje przejście własności. Obciąża on właściciela, który chcąc windykować rzecz musi udowodnić występowanie okoliczności zaprzeczających temu domniemaniu¹.

„Rozporządzenie” rzeczą jest czynnością prawną przyczynową pod szcze-gólnym tytułem. Czynność ta nie wymaga zachowania określonej formy poza formą pisemną dla celów dowodowych, gdy chodzi o rozporządzenie rzeczą wartości przekraczającej kwotę określoną w art. 75 § 1 k.c.

Z omawianymi zagadnieniami stricte wiąże się zjawisko kradzieży samocho-dów, stanowiące problem lat dziewięćdziesiątych, jako jeden z ubocznych efektów zmian gospodarczych.

Rozważając zagadnienie właściwego prawa uznano, że: „(...) dla oceny skuteczności umowy sprzedaży skradzionego za granicą samochodu, a znaj-dującego się w chwili zawarcia umowy w Polsce właściwe jest, stosownie do przepisu art. 24 § 2 pr. pryw. międz., prawo polskie”².

Z kolei kwestię dobrej wiary nabywcy używanego samochodu Sąd Najwy-ższy rozstrzygnął następująco: „Nabywca używanego samochodu powinien zachować – stosownie do okoliczności, zwłaszcza gdy zbywca nie jest osobą zajmującą się zawodowo obrotem samochodami – szczególną ostrożność w celu upewnienia się, czy samochód nie pochodzi z kradzieży³. Sąd Najwy-ższy zadbał równocześnie o interes właściciela i nabywcy stwierdzając, że: ”wymagania pod względem staranności nabywcy nie mogą iść ani za daleko, gdyż byłoby to dlań obciążenie nadmierne, ani też za blisko, bo wówczas z kolei

1 Problemem tym zajął się Sąd Najwyższy w orzeczeniach: III CZP 18/92, OSNCP 1992, nr 9, poz. 144; III CRN 286/87, OSNCP 1989, nr 11 poz. 185; C 1798/49, PN II/50, C III 436/45, OSN I/1945–46, poz. 11.

2 Por. uchwała 7 sędziów SN z 30.03.1992 r. – sygn. III CZP 17/92, OSNCP 1992, nr 11, poz. 186, której nadano moc zasady prawnej.

3 Por. uchwała SN opublikowaną w OSNCP 1992, nr 9, poz. 144.

godziłoby to w zasługujący na ochronę interes właściciela. Dokonując oceny staranności nie powinno się abstrahować od okoliczności, w jakich odbywa się nabycie rzeczy ruchomej od nieuprawnionego. (...) nabywca ruchomości jest w złej wierze, jeżeli wie o tym, że zbywca nie jest osobą uprawnioną do rozporządzania ruchomością, albo o fakcie tym nie wie w wyniku swego niedbalstwa, przy czym wystarczy tu nawet niedbalstwo zwykłe (*culpa levis*)...⁴. Potencjalny nabywca używanego samochodu, a zwłaszcza produkcji zagranicznej, powinien upewnić się, w ramach ogólnego doświadczenia życiowego oraz przeciętnego doświadczenia kierowcy amatora, co do stanu prawnego nabywanego samochodu. Ma zatem obowiązek sprawdzenia tożsamości zbywcy, jego uprawnień do rozporządzania pojazdem, przeprowadzenia kontroli dowodu rejestracyjnego pojazdu, dokonania oględzin samochodu (nr silnika, tabliczka znamionowa, kwestia ceny, książeczka gwarancyjna, dokumentacja sprowadzenia samochodu z zagranicy, sprawdzenie pojazdu w autoryzowanej stacji samochodowej, sprawdzenie policyjnej listy skradzionych samochodów itp.). Kwestię uprawnień nabywcy do odszkodowania w razie utraty nabytego samochodu, rozstrzygnęła uchwała SN, w której czytamy: „Ubezpieczającemu przysługuje od ubezpieczyciela – z umowy ubezpieczenia autocasco – odszkodowanie także wówczas, gdy w chwili utraty nabytego w dobrej wierze samochodu, uprzednio skradzionego, nie uzyskał prawa własności na podstawie art. 169 § 1 k.c., chyba że co innego wynika z umowy”⁵. W kolejnej uchwale SN uznał, że „(...) nabywca skradzionego samochodu, który przed nastąpieniem zdarzenia wywołującego szkodę stał się jego posiadaczem w złej wierze i nie powiadomi o tym zakładu ubezpieczeń, nie ma uprawnienia do świadczenia z umowy ubezpieczenia autocasco”⁶.

Natomiast „Osoba nabywająca pojazd samochodowy od nieuprawnionego do rozporządzania nim nie może skutecznie dochodzić na podstawie art. 189 k.p.c., ustalenia, że stała się właścicielką tego pojazdu w procesie wytoczonym przeciwko organowi samorządowemu, który na podstawie przekazania kompetencji przez właściwy organ administracji rządowej dokonuje rejestracji pojazdów. Organ taki nie ma bowiem legitymacji biernej”⁷.

Ani organ administracyjny, ani sąd administracyjny nie są właściwe do ustalenia na podstawie art. 169 k.c. uzyskania prawa własności pojazdu samo-

4 Zob. III CRN 186/87, OSPiKA 1988, nr 6, poz. 141.

5 Por. uchwałę składu 7 sędziów SN z 31.03.1993 r., sygn. CZP 1/93, OSNCP 1993, nr 10, poz. 170.

6 Por. uchwałę SN z 30.04.1993 r., sygn. III CZP 41/93, OSNCP 1993, nr 10, poz. 179.

7 Por. uchwałę SN z 25.01.1995 r., sygn. III CZP 176/94, OSNDP 1995, nr 5, poz. 32.

chodowego nabytego od osoby nieuprawnionej – należy to do sądu powszechnego (art. 189 k.p.c.).

Myślę, że zaprezentowany materiał pomoże w rozwiązaniu niektórych problemów natury prawnej w przedmiotowym zakresie.

Bibliografia

1. J.W. Bandtkie–Stężyński, Prawo prywatne polskie, Warszawa 1851.
2. T. Dziurzyński, Z. Fenichel, M. Honzatko, Kodeks handlowy, Komentarz, Kraków 1936.
3. W. Osuchowski, Zarys Rzymskiego Prawa Prywatnego, Warszawa 1971.
4. Z. Uniszewski, Prawo. Wybrane wiadomości, Warszawa 1994.
5. S. Wróblewski, Powszechny austriacki kodeks cywilny, Kraków 1918.

Odpowiedzi na pytania prawne



Ryszard A. Stefański

Zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego a terminy tymczasowego aresztowania

1. W orzecznictwie i doktrynie na tle przepisów k.p.k. sprzed ich nowelizacji w 1995 r.¹ dotyczących tymczasowego aresztowania, istniała zgodność poglądów co do sposobu obliczania terminów tego środka w razie zwrotu sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego. Powszechnie uznawano, że do okresu tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym toczącym się po zwrocie sprawy do jego uzupełnienia, nie wlicza się czasu tymczasowego aresztowania w trakcie postępowania sądowego². Sumowano tylko okresy tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym, a nie uwzględniano jego trwania w stadium jurysdykcyjnym postępowania karnego. Odosobniony pogląd w tej kwestii wyraził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 kwietnia 1991 r. – III KO 44/91³, stwierdzając, że „skoro tymczasowe aresztowanie w sprawie, wliczając w to postępowanie przed sądem, trwało ponad rok, to przedłużenie okresu stosowania tego środka zapobiegawczego należy do tego właśnie sądu”. Słusznie poddano go krytyce w doktrynie⁴.

2. Wątpliwości co do tego, czy do okresu tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym, prowadzonym po zwrocie sprawy do jego uzupełnienia, wliczać także czas tego środka w postępowaniu sądowym, pojawiły się w związku z nowym uregulowaniem jego terminów przez nowelę z 1995 r. do k.p.k. Określono je odmiennie od dotychczasowych unormowań.

Terminy tymczasowego aresztowania przewidziano nie tylko – jak dotychczas – w postępowaniu przygotowawczym (art. 222 § 1 i 2), ale i sądowym (art. 222 § 3 k.p.k.). Trudno zatem podzielić pogląd K.Marszała⁵, iż w postępo-

1 Chodzi o ustawę z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich (Dz. U. Nr 89, poz. 443). Por. też ustawę z dnia 6 grudnia 1996 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego (Dz. U. Nr 155, poz. 757).

2 Zob. R. A. Stefański, Glosa do postanowienia SN z dnia 30 kwietnia 1991 r. – III KO 44/91, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1992, nr 1–2, s. 102–104 i cyt. tam literaturę i orzecznictwo.

3 *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1992, nr 1–2, s. 102.

4 Por. R. A. Stefański, Glosa do postanowienia SN z dnia 30 kwietnia..., s. 102–104; L. K. Pa-przycki, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego w zakresie procedury karnej w świetle glos opublikowanych w latach 1990–1992*, *Palestra* 1993, nr 7–8, s. 104–105.

5 K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1996, s. 305.

waniu jurysdykcyjnym nie przewiduje się terminów stosowania tymczasowego aresztowania. Wprawdzie nie są one określone tak samo jak w postępowaniu przygotowawczym, niemniej wyznaczono maksymalną granicę trwania tego środka w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (art. 222 § 3 k.p.k.). Została ona oznaczona kumulatywnie z okresami jego stosowania w śledztwie lub dochodzeniu. W myśl art. 222 § 3 k.p.k. łączny okres stosowania tymczasowego aresztowania do chwili wydania pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji nie może przekroczyć roku i 6 miesięcy, a w sprawach o zbrodnie – 2 lat, z tym że istnieje możliwość ich przedłużenia przez Sąd Najwyższy (art. 222 § 4 k.p.k.). Określając te terminy, sumuje się okresy tego środka w postępowaniu przygotowawczym i postępowaniu sądowym. Zwrócić należy uwagę na kontrowersyjny pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z dnia 6 lutego 1997 r. – I KZP 35/96⁶, że „Przewidziany w art. 211 § 2 k.p.k. obowiązek określenia w postanowieniu o zastosowaniu tymczasowego aresztowania terminu, do którego ma ono trwać, odnosi się również do sytuacji, gdy postanowienie takie zostaje wydane przez sąd w postępowaniu jurysdykcyjnym do czasu wydania pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji”.

W postępowaniu przygotowawczym k.p.k. przewiduje 4 terminy:

- 1) do 3 miesięcy, który określa sąd rejonowy stosujący ten środek (art. 222 § 2),
- 2) powyżej 3 miesięcy do 6 miesięcy, którego oznaczenie należy do kompetencji sądu właściwego do rozpoznania sprawy, tj. sądu rejonowego lub wojewódzkiego w zależności do właściwości rzeczowej (art. 222 § 2 pkt 1),
- 3) powyżej 6 miesięcy do roku, który zakreśla sąd nadrzędny nad sądem właściwym do rozpoznania sprawy, a więc sąd wojewódzki lub sąd apelacyjny (art. 222 § 2 pkt 2),
- 4) powyżej roku, określany przez Sąd Najwyższy (art. 222 § 4).

Terminy wymienione w pkt 1 i 2 przewidziane są wyłącznie dla tymczasowego aresztowania stosowanego w postępowaniu przygotowawczym, o czym przekonuje wyraźnie brzmienie art. 222 § 1 i 2 k.p.k. W § 1 tegoż przepisu wskazano, że „**W postępowaniu przygotowawczym** sąd stosując tymczasowe aresztowanie oznacza jego termin na okres nie dłuższy niż 3 miesiące”, zaś w § 2 zaznaczono, iż jeżeli „nie można było ukończyć **postępowania przygotowawczego** w terminie określonym w § 1, tymczasowe aresztowanie można przedłużyć” (podkreślenia moje – R.A.S.). Wobec wyraźnego ograniczenia wymienionych wyżej terminów tymczasowego aresztowania do postępowania przygotowawczego brak jest podstaw, by do nich wliczać inne okresy stosowa-

⁶ OSNKW 1997, nr 3–4, poz. 23.

nia tego środka, poza dotyczącymi tego postępowania, a więc również jego trwania w postępowaniu sądowym. Na objęcie nimi innych okresów nie pozwala wyrażne ich zawężenie do postępowania przygotowawczego. Ograniczenie czasowe w zakresie stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym w tych wypadkach zmierza do jego przyspieszenia. Przyjęcie, iż do tych terminów tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym wlicza się także czas stosowania tego środka w stadium jurysdykcyjnym, opierałoby się na fikcji, iż środek ten był także i w tym czasie stosowany w postępowaniu przygotowawczym.

Terminy określone w art. 222 § 3 i 4 k.p.k. dotyczą zarówno postępowania przygotowawczego, jak i sądowego. Za takim rozumieniem tych przepisów przemawia fakt, że w § 3 mowa jest o „łącznym czasie stosowania tymczasowego aresztowania”, co oznacza sumowanie różnych okresów, a więc stosowania go w różnych stadiach procesu karnego, zaś w § 4 wyraźnie wskazano, że przedłużenie tymczasowego aresztowania dokonuje tylko „Sąd Najwyższy na wniosek sądu, przed którym sprawa się toczy, a w **postępowaniu przygotowawczym** (podkreślenie moje – R.A.S.) – na wniosek Prokuratora Generalnego”. Takie ich określenie może stanowić argument za wliczeniem do tych terminów, po zwrocie sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego, także okresu tymczasowego aresztowania w postępowaniu sądowym. O ile jest to przekonywujący – o czym niżej – dowód na taki sposób obliczania terminu określonego w art. 222 § 3 k.p.k., o tyle nie wydaje się, by taka sama była jego moc w zakresie terminu z art. 222 § 4 k.p.k. W przepisie tym wyraźnie rozróżnia się termin tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym przez odesłanie do § 2 tegoż przepisu oraz postępowanie sądowe od postępowania przygotowawczego. Wprawdzie dokonano tego w celu określenia organów właściwych do wnioskowania o przedłużenie stosowania tego środka na okres przekraczający te terminy, lecz odwołując się do granicy jego trwania określonej w § 2, wskazano jednocześnie na ścisły związek obu terminów z postępowaniem przygotowawczym. Trzeba zatem termin określony w art. 222 § 4 k.p.k. odnoszący się do postępowania przygotowawczego traktować tak samo jak wymieniony w § 2 tegoż artykułu. To zaś prowadzi do wniosku, że również do określenia tego pierwszego terminu w zakresie postępowania przygotowawczego nie wlicza się czasu stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu sądowym przed zwrotem sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego.

W związku z tym trzeba uznać, iż do terminów trwania tymczasowego aresztowania zakreślonych w art. 222 § 1, 2 i 4 k.p.k., dla tego środka w postępowaniu przygotowawczym, nie mają znaczenia okresy jego stosowania w po-

stępowaniu sądowym; nie uwzględnia się ich przy obliczaniu tych terminów. W razie zwrotu sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego, w którym było stosowane tymczasowe aresztowanie, dla ustalenia, który termin wchodzi w rachubę, sumuje się okresy jego stosowania przed wniesieniem aktu oskarżenia do sądu i po otrzymaniu aktu, w wyniku realizacji postanowienia o zwrocie sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego; czas trwania tego środka w stadium jurysdykcyjnym nie jest wliczany.

Tak kwestię tę reguluje rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 kwietnia 1992 r., tzn. Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych organizacyjnych prokuratury⁷, który w § 160 stanowi, że „Jeżeli sąd wyda postanowienie o zwrocie sprawy na podstawie art. 299 § 1 pkt 2 lub art. 344 k.p.k., a w sprawie tej tymczasowe aresztowanie **w toku śledztwa** (podkreślenie moje – R.A.S.) trwało ponad 3 miesiące i nadal istnieją podstawy do utrzymania tego środka, właściwy prokurator niezwłocznie po uprawomocnieniu się tego postanowienia – a jeszcze przed zwrotem aktu sprawy do prokuratury – występuje do sądu z wnioskiem o przedłużenie tymczasowego aresztowania”.

Wliczanie okresu tymczasowego aresztowania w toku postępowania sądowego po zwrocie sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego ma znaczenia dla określenia organów właściwych do przedłużania czasu stosowania tego środka. Nie jest to kwestia na tyle ważna, by odstępować od językowej wykładni art. 222 § 1, 2 i 4 k.p.k.

3. Inaczej trzeba podchodzić do tego zagadnienia, gdy łączny czas tymczasowego aresztowania sięga granic określonych w art. 222 § 3 k.p.k. *Ratio legis* art. 222 § 3 k.p.k., którym jest dążenie do tego, by tymczasowe aresztowanie w zasadzie nie przekraczało 1 roku i 6 miesięcy, a przy zbrodni – 2 lat, przemawia za poddaniem kontroli Sądu Najwyższego każdego wypadku, w którym granice te mają być przekroczone (art. 222 § 4 k.p.k.); oddanie w takiej sytuacji prawa decydowania o przedłużeniu czasu tego środka Sądowi Najwyższemu podyktowane jest tym, by jego przedłużenie nie następowało pochoptnie.

Okres stosowania tymczasowego aresztowania w postępowaniu sądowym nie pozostaje bez wpływu na obliczanie terminów stosowania tego środka w postępowaniu przygotowawczym po zwrocie sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego w sytuacji, gdy łączny jego okres, a więc w postępowaniu przygotowawczym i jurysdykcyjnym przekracza granice zakreślone w art. 222 § 3 k.p.k. Przepis ten – jak wskazano wcześniej – nakazuje sumowanie okresów stosowania tego środka w postępowaniu przygotowawczym i sądowym; nie jest ograniczone jego działanie tylko do sytuacji, gdy sprawa

⁷ Dz. U. Nr 38, poz. 163.

znajdzie się w stadium postępowania głównego. Istotą tego uregulowania jest dodawanie okresów stosowania tymczasowego aresztowania w różnych fazach postępowania karnego. Dotyczy on także tymczasowego aresztowania stosowanego w stadium jurysdykcyjnym. Oczywiście przepis ten nie ma zastosowania, gdy tymczasowe aresztowanie cały czas trwa w postępowaniu przygotowawczym, bowiem sytuacja taka jest objęta art. 222 § 4 k.p.k.

Skoro art. 222 § 3 k.p.k. nakazuje sumowanie okresów tymczasowego aresztowania zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i sądowym po to, by ustalić, czy nie osiągnęły one limitów określonych w tym przepisie, a art. 222 § 4 poddaje jego przedłużanie surowszemu reżimowi, nie sposób nie uwzględnić czasu trwania tymczasowego aresztowania w stadium postępowania sądowego także w sytuacji, gdy sprawa wróciła do postępowania przygotowawczego, a łączny okres przekracza granice określone w art. 222 § 3 k.p.k. Takiej możliwości nie przewiduje cyt. Regulamin powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury, a brak wyraźnego postanowienia w tym względzie trzeba uznać za niedopatrzenie.

Przedstawiony wyżej pogląd odnosi się do sytuacji, gdy zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego nastąpił przed wydaniem pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji, bowiem art. 222 § 2 k.p.k. nakazuje sumowanie okresów tymczasowego aresztowania do tego momentu; po wydaniu pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji obowiązek ten ustaje. Postępowanie toczące się ponownie po uchyleniu wyroku przez sąd odwoławczy i przekazaniu sprawy sądowi pierwszej instancji, nie podlega tym rygorom⁸.

Postanowienie o zwrocie sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego może zapaść w stadium odwoławczym (art. 386 § 2 k.p.k.), jak też przy ponownym rozpoznawaniu sprawy przez sąd pierwszej instancji (art. 344 k.p.k.). W związku z tym nasuwa się pytanie, czy i w takim wypadku należy wliczać okres tymczasowego aresztowania w postępowaniu przygotowawczym, gdy łączny czas jego trwania w postępowaniu przygotowawczym przekroczy terminy określone w art. 222 § 3 k.p.k. Szacunek do wyraźnego brzmienia ustawy nakazywałby udzielenie odpowiedzi negatywnej. Można argumentować, że skoro podstawę wliczania czasu tymczasowego aresztowania w postępowaniu sądowym o zwrocie sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego stanowi art. 222 § 3 k.p.k., ograniczający jego działanie do postępowania przed wydaniem pierwszego wyroku przez sąd pierwszej instancji, to również należy uwzględnić czas trwania tego środka tylko w tej fazie

⁸ S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1996, s. 387.

postępowania sądowego po zwrocie sprawy w trybie art. 299 § 1 pkt 2 lub 344 k.p.k.

Tego rodzaju rozwiązanie pozostaje jednak w wyraźnej dysharmonii z koncepcją ograniczenia czasu stosowania tymczasowego aresztowania, przyjętą w noweli z 1995 r. do k.p.k. Wprowadzając terminy tymczasowego aresztowania także w postępowaniu sądowym zmierzano do dostosowania uregulowań do wymogów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka⁹. W myśl art. 5 ust. 3 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, podpisanej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. każdy aresztowany ma prawo być sądzony w rozsądnym terminie albo zwolniony na czas postępowania¹⁰. Przepis ten interpretuje się jako dyrektywę ograniczenia czasu trwania tymczasowego aresztowania do niezbędnego minimum; chodzi o osądzenie oskarżonego możliwie szybko, chyba że odpowiada z wolnej stopy¹¹. Gwarancją, że tymczasowe aresztowanie nie będzie trwało zbyt długo jest powierzenie Sądowi Najwyższemu orzekania o jego przedłużeniu w wypadkach, gdy nie doszło do wydania pierwszego wyroku przed sądem pierwszej instancji w terminach określonych w art. 222 § 3 k.p.k. O ile jest zrozumiałe, że potrzeba kontroli jego trwania przez ten organ po przekroczeniu limitów przewidzianych w art. 222 § 3 k.p.k. odpada, gdy zapadł już wyrok lub został uchylony, ale sprawa nadal znajduje się w postępowaniu sądowym, co rokuje w miarę szybkie jej zakończenie, o tyle konieczne jest dalsze czuwanie nad nim w sytuacji, gdy sprawa wróciła do postępowania przygotowawczego i daleka jest droga do ewentualnego jej zakończenia wyrokiem. Funkcja gwarancyjna art. 222 § 3 k.p.k. przemawia za koniecznością sumowania okresów tymczasowego aresztowania w postępowaniu sądowym i przygotowawczym także i w takiej sytuacji. Rozwiązanie to pozostaje wprawdzie w sprzeczności z językową dyrektywą wykładni, lecz cel, jaki spełnia art. 222 § 3 k.p.k., nakazuje posłużenie się wykładnią teleologiczną.

9 A. Murzynowski, Refleksje na temat zmian w przepisach dotyczących ustawy stosowania tymczasowego aresztowania, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 1, s. 20.

10 Dz. U. 1993, Nr 61, poz. 284 i 285.

11 P. Hofmański, *Konwencja Europejska a prawo karne*, Toruń 1995, s. 201.

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Andrzej Rzepliński

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia 6 listopada 1980 r., Seria A nr 39. Sprawa Guzzardi przeciwko Włochom (cz. I)¹

I. Wstęp

Prezentowana sprawa, jedna z wcześniejszych, należy do najczęściej przytaczanych w literaturze² wyroków Trybunału. Złożyło się na to kilka powodów.

Wyrok w tej sprawie tyczy określenia sposobu interpretacji treści Konwencji przez Trybunał. Była to jedna z pierwszych spraw, w których Trybunał opowiedział się wyraźnie za koncepcją aktywizmu, tj. traktowania tekstu Konwencji jako żywej materii, podlegającej ewolucyjnej interpretacji w miarę upływu czasu, zmiany warunków, wartości i poglądów. Nie zakłada to oczywiście ignorowania wykładni literalnej, poglądów twórców Konwencji, sięgania do dokumentów z okresu jej opracowania. To ostatnie podejście nie może jednak przeważać, jeżeli Konwencja ma mieć znaczenie przy rozwiązywaniu współczesnych problemów praw i wolności podstawowych.

Po drugie, Trybunał w tej sprawie wyraźnie opowiedział się za poglądem, że w dziedzinie praw człowieka branie pod uwagę w postępowaniu karnym względów prewencji ogólnej jest niedopuszczalne. Nie oznacza to zupełnego pominięcia ogólnospołecznego kontekstu konkretnej sprawy, ale że okoliczności odnoszące się wyłącznie do niej mają decydować o treści decyzji podejmowanych wobec oskarżonego. Oznacza to, że w przypadku tak fundamentalnej wolności, jak wolność osobista, nie wystarczy pilna potrzeba społeczna, np. przeciwdziałanie groźnej przestępczości ani nacisk opinii publicznej na organy policji i wymiaru sprawiedliwości na podjęcie radykalnych kroków i odniesienie spektakularnych sukcesów w tej dziedzinie. U podstaw działań w konkretnej sprawie musi leżeć – w państwie prawnym – przepis ustawy. Inaczej rządzą –

1 Źródło: Guzzardi case. Judgment. Strasbourg 6 November 1980. Council of Europe. ss. 54.

2 Zob. Francis G. Jacobs, Robin C.A. White, *The European Convention on Human Rights. Second Edition.* Oxford 1996 Clarendon Press. W polskiej literaturze, m. in.: Bożena Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy (implikacje praktyczne dla prawa polskiego)*, UMK, Toruń 1996; Marek A. Nowicki, *Kamienie milowe. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Ośrodek Informacji i Dokumentacji, Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 1996.

choćby najlepiej motywowani – ludzie, a nie prawo. Na naciski polityczne i społeczne szczególnie wrażliwa jest policja. Bywa tak, że małą skuteczność swoich działań widzi ona nie w brakach własnych, ale wyłącznie po stronie organów wymiaru sprawiedliwości. W wypowiedziach publicznych osób kierujących lub odpowiedzialnych za policję słyszymy wówczas zarzut: cóż z tego, że my zatrzymujemy ewidentnego bandytę, gdy sąd nie chce go aresztować, a jeżeli nawet, to zwalnia go potem prokurator. W państwie prawnym, przy dobrze instytucjonalnie zabezpieczonej niezależności prokuratury i niezawisłości sądownictwa, takie wypowiedzi świadczą o niezbyt wielkiej kulturze prawnej ich autorów i są niegroźne. Rzecz ma się zupełnie inaczej w państwie policyjnym. W tym też kontekście należy patrzeć na sprawę Guzzardi. Władze włoskie, w tym także policyjne, już w trakcie gdy sprawa zawisła przed Komisją wycofały się z radykalnego środka prewencyjnego użytego wobec wnioskodawcy. Okazało się następnie, że można osiągnąć ten sam efekt działając w zgodzie z prawem. Sprawa Guzzardi dobrze w tym względzie przysłużyła się Włochom. W państwie tym dość skutecznie – bez sięgania do metod państwa policyjnego – poradzono sobie w latach osiemdziesiątych z terroryzmem politycznym, a w ostatnich paru latach z terroryzmem kryminalnym, czego efektem są między innymi tzw. megaprocesy przeciwko mafii w Palermo w 1987 r. i obecnie.

Trzecia przyczyna dużego znaczenia sprawy Guzzardi przeciwko Włochom leży w zakresie liberalnych wymogów dla treści skargi domniemanej ofiary naruszenia przepisów Konwencji. Trybunał uwzględnił tu notoryjnie znany fakt, że ofiary takie, często osoby pozbawione wolności oraz niewykształcone, nie mają wystarczających możliwości by przedstawić skargę spełniając warunki, jakich można oczekiwać od specjalisty. Rzadko stać je także na pomoc adwokata. Stąd stwierdzenie, że treść skargi, a nie powołanie się na konkretny przepis Konwencji decyduje o jej wstępnym przyjęciu przez Komisję.

II. Tezy

Art. 25 [Konwencji] nakazuje, by wnioskodawcy twierdzili, iż stali się ofiarą naruszenia praw zawartych w niniejszej Konwencji; nie zobowiązuje ich natomiast do wyszczególnienia przepisu Konwencji ani nawet wskazywania, na jakie prawo/wolność się powołują. ... Jakiegokolwiek większe uściślenia skutkowałyby niesprawiedliwością, jako że ogromna większość wniosków indywidualnych składana jest przez laików, którzy zwracają się do Komisji bez pomocy adwokata.

Istotnie, do kompetencji każdego Państwa Strony należy stworzenie odpowiednich sądów i trybunałów, określenie zakresu ich właściwości i podanie

warunków, na jakich można wnosić przed nie sprawy. Jednakże art. 26, który mówi o powszechnie uznanych zasadach prawa międzynarodowego, należy stosować do pewnego stopnia elastycznie i bez nadmiernego baczenia na kwestie formalne.

W wielu przypadkach przepisy prawa Państw Stron pozwalają jednostce – bez względu na to, czy powołuje się ona na zmianę okoliczności, czy też nie – ubiegać się o uchylene czy złagodzenie prawomocnej decyzji, w tym nawet orzeczenia sądowego, bez ryzyka odrzucenia wniosku w oparciu o zasadę *res iudicata*. Nakładając obowiązek podjęcia tych kroków – z natury swej powtarzalnych nieskończoną ilość razy – art. 26 Konwencji tworzyłby stałą barierę uniemożliwiającą wnoszenie spraw do Komisji.

Rząd podkreślił fakt, iż porządek publiczny we Włoszech jest obecnie poważnie zagrożony, głównie przez terroryzm polityczny oraz mafię. Nie tracąc z oczu ogólnego kontekstu sprawy, Trybunał przypomina, iż prowadząc postępowanie wszczęte na podstawie indywidualnej skargi, musi ograniczać się tak dalece, jak tylko jest to możliwe, do kwestii wynikłych z konkretnej wniesionej doń sprawy. W związku z tym zadaniem Trybunału jest kontrola zgodności z Konwencją nie ustaw z lat 1956 i 1965 jako takich – tym bardziej, że wnioskodawca nie kwestionował zasad leżących u podstaw tych regulacji – lecz sposobu, w jaki ustawy te zastosowano ... Trybunał przypomina, iż art. 5.1 proklamując prawo do wolności oznacza wolność fizyczną; jego celem jest to, by nikt nie został pozbawiony samowolnie wolności osobistej. ... W celu ustalenia, czy dana osoba została pozbawiona wolności w rozumieniu art. 5, należy wyjść od konkretnej sytuacji tej osoby i uwzględnić cały szereg kryteriów takich, jak typ, czas trwania, skutki i sposób wykonywania zaskarżonego środka. Różnica pomiędzy pozbawieniem wolności a jej ograniczeniem dotyczy wyłącznie stopnia czy też nasilenia, nie zaś natury czy też istoty tych pojęć. Choć proces klasyfikacji do jednej czy drugiej kategorii nie zawsze bywa zadaniem prostym, a pewne przypadki graniczne są kwestią wyłącznie uznaniową, Trybunał nie może uniknąć dokonania selekcji, od której zależy możliwość zastosowania lub też nie art. 5.

Konwencję zaś należy interpretować w świetle pojęć aktualnie obowiązujących w państwach demokratycznych, natomiast wyjątki, jakie dopuszcza art. 5.1 wymagają wykładni ścieśniającej. Wobec argumentacji Rządu podnieść można także i inny zarzut. Obok włóczęgów, punkt (e) tego przepisu odnosi się również do osób psychicznie chorych, alkoholików oraz narkomanów. Powodem, dla którego Konwencja zezwala pozbawiać wolności takie społecznie nieprzystosowane osoby, nie jest wyłącznie fakt, iż wszystkie je należy uważać za okresowo niebezpieczne dla porządku publicznego, lecz także i to, że

zatrzymanie ich może się okazać konieczne w ich własnym interesie. Nie można zatem wnosić na podstawie dopuszczalności zatrzymania włączyć zgodnie z art. 5, że takie same czy nawet mocniejsze przesłanki występują w przypadku każdego, kogo można uznać za osobnika jeszcze bardziej niebezpiecznego.

III. Ustalenia co do faktów

III.A. Postępowanie karne przeciwko p. Guzzardi

Pan Michele Guzzardi, obywatel włoski, ur. w 1942 r., opuścił Palermo w 1960 r. i osiedlił się w Vigevano (prowincja Pavia, płn. Włochy). Został zatrzymany dnia 8 II 1973 r. i osadzony w areszcie śledczym w Mediolanie. Przedstawiono mu zarzut udziału w spisku i porwania pewnego przedsiębiorcy w dniu 18 XII 1972 r. Dnia 7 II 1973 r. porwany został zwolniony po zapłaceniu znacznego okupu.

Dnia 13 XI 1976 r. wnioskodawca został uniewinniony przez Sąd Regionalny w Mediolanie (*Tribunale di Milano*) z powodu braku dostatecznych dowodów winy, w końcu jednakże skazany w dniu 19 XII 1979 r. przez mediolański Sąd Apelacyjny na 18 lat pozbawienia wolności i grzywnę.

Przedmiotem niniejszej sprawy nie są zarzuty karne, przynajmniej bezpośrednio.

Według art. 272 § 1 pkt. 2 włoskiego K.p.k., tymczasowe aresztowanie zastosowane wobec wnioskodawcy (w czasie którego ożenił się z konkubiną, która wkrótce potem urodziła syna), nie mogło przekraczać okresu dwóch lat. Musiało zatem zostać uchylone najpóźniej dnia 8 II 1975 r.

W tym dniu konwój policyjny przewiózł p. Guzzardiego z Mediolanu na znajdującą się opodal Sardynii wyspę Asinara.

B. Środki nadzoru specjalnego zastosowane wobec wnioskodawcy

Dnia 23 XII 1974 r. Komendant Policji m. Mediolanu (*questore*) wysłał prokuratorowi tego miasta (*procuratore della Repubblica*) sprawozdanie, w której zalecał zastosowanie wobec p. Guzzardiego „nadzoru specjalnego” przewidzianego w art. 3 Ustawy Nr 1423 z dn. 27 XII 1956 r. [dalej: ustawa z 1956 r.] oraz art. 2 Ustawy Nr 575 z dn. 31 V 1965 r. [dalej: ustawa z 1965 r.], podnosząc, iż jakkolwiek Guzzardi utrzymuje, że na wolności pracuje w budownictwie, w rzeczywistości angażuje się w nielegalne działania i należy do bandy (*cosca*) mafijnej. Komendant przedstawił w tym sprawozdaniu odpis czterech skazań z lat 1965, 1967, 1969 oraz 1972 i nazwał Guzzardiego „jedną z najgroźniejszych” osób.

Stosownie do wniosku prokuratora z dnia 14 I 1975 r., działającego w myśl tego sprawozdania, mediolański Sąd Regionalny orzekł dnia 30 I 1975 r.

umieszczenie p. Guzzardiego pod specjalnym nadzorem na okres lat trzech. Środek ten polegał na połączeniu obowiązku zamieszkiwania „w gminie obejmującej wyspę Asinara”, miejsca wyznaczonego przez MSW. Sąd postanowił, że p. Guzzardi powinien:

- znaleźć pracę w przeciągu miesiąca, podać miejsce pobytu, podać adres zamieszkania we wskazanej gminie, poinformować o tym władze nadzoru oraz nie opuszczać miejsca zamieszkania bez poinformowania o tym tych władz;
- meldować się do władz nadzoru dwa razy dziennie i na każde wezwanie;
- prowadzić uczciwy i zgodny z prawem tryb życia oraz nie dawać powodów do podejrzeń;
- nie kontaktować się z osobami karanymi lub poddanymi podobnemu nadzorowi; wracać do domu przed godz. 22 i nie wychodzić przed godz. 7, z wyjątkiem koniecznej potrzeby i po zawiadomieniu władz nadzorczych;
- nie posiadać jakiegokolwiek broni;
- nie zachodzić do barów, klubów nocnych ani nie brać udziału w spotkaniach publicznych;
- informować władze nadzorcze o każdej zamiejscowej rozmowie telefonicznej, z podaniem nazwiska i numeru telefonu rozmówcy.

Guzzardi odwołał się od tego postanowienia do Sądu Apelacyjnego w Mediolanie. Zażalenie nie spowodowało zawieszenia wykonania tej decyzji (art. 4.6 ustawy z 1956 r.).

W piśmie z dnia 10 II 1975 r. jego obrońca Michele Catalano przedstawił szereg zarzutów postanowieniu Sądu Regionalnego, twierdząc, że była ona wadliwa i niesprawiedliwa i że – w szczególności – jego klient nie znajdzie pracy na wyspie ani nie będzie mógł mieszkać tam razem z żoną i dzieckiem; że istnieje sprzeczność między uzasadnieniem a treścią postanowienia z 30 stycznia. W dodatku postanowienie wymienia nie istniejącą gminę, ponieważ wyspa była tylko częścią gminy Porto Torres na Sardynii. Obrońca prosił Sąd Apelacyjny o uchylenie postanowienia w całości lub, ewentualnie, o ograniczenie zakresu nadzoru specjalnego i orzeczenie go bez przymusu osiedlenia w określonej gminie bądź o wyznaczenie gminy w północnych Włoszech, gdzie mógłby znaleźć on pracę, mieszkać z rodziną, spotykać się z obrońcą w celu przygotowania obrony w sprawie karnej i podjąć leczenie urologiczne stosownie do stanu zdrowia.

W dniu 12 lutego Sąd Apelacyjny postanowił poddać p. Guzzardiego badaniu urologicznemu w szpitalu położonym na Sardynii; nakazał zarazem karabinierom poszukać na Asinarze lokum na trzy osoby oraz stosownej pracy dla wnioskodawcy. 14 lutego prokurator zwrócił się o wstrzymanie wykonania tej

decyzji, podnosząc, że w okresie tymczasowego aresztowania p. Guzzardi uchylił się od poddania się badaniom w Klinice Urologii Uniwersytetu Mediolańskiego; że zdaniem lekarzy nie cierpiał on prawdopodobnie na poważną chorobę, że jego zamiarem było wykorzystanie leczenia jako okazji do ucieczki; że art. 3 ustawy z 1956 r. nie zabrania orzeczenia przymusowego osiedlenia w określonym miejscu danej gminy; że Sąd Kasacyjny [Sąd Najwyższy] orzekł tak w dwóch sprawach zastosowania środka właśnie na tej wyspie, która *nota bene* jest „potencjalnie” jednym z najbardziej atrakcyjnych miejsc turystycznych Italii. W efekcie, Sąd Apelacyjny uchylił swoją decyzję i zarządził posiedzenie na dzień 12 marca.

Dnia 12 lutego oficer śledczy mediolańskiej Komendy karabinierów poinformował Sąd Apelacyjny, że:

- na Asinarze istnieją dwa mieszkania odpowiednie do pomieszczenia rodziny;
- na wyspie brak jest możliwości uzyskania stałego zatrudnienia;
- miejscowa policja jest w stanie prowadzić skuteczny nadzór.

17 i 21 lutego obrońca przedstawił Sądowi dwa pisma, w których podważał stanowisko prokuratora i domagał się dokonania dalszych ustaleń. Podniósł, że jego klient jest fizycznie i psychicznie więźniem (*carcarato*) na wyspie, że wegetuje w warunkach gorszych niż w areszcie śledczym. Sam wnioskodawca w piśmie do Sądu z 20 lutego podał, że wyspa stanowi „prawdziwy obóz koncentracyjny”.

Dnia 12 III 1975 r. Sąd Apelacyjny zaskarżone postanowienie utrzymał w mocy. Nie znalazł powodów dla uznania Asinary za niewłaściwe miejsce do przymusowego osiedlenia. Podkreślił, że celem tego środka jest odseparowanie jednostki od jej środowiska, sprawienie, aby te kontakty były trudniejsze. Taki cel przeważa nad innymi, w tym brakiem stałej pracy lub odpowiedniego mieszkania dla rodziny. Nie bez znaczenia był fakt, że przed osadzeniem na wyspie wnioskodawca przebywał w areszcie śledczym i był zatem oddzielony od żony i syna. Ponadto należało wziąć pod uwagę: kartę karną wnioskodawcy, wyjątkowo odrażającą działalność kryminalną prowadzoną pod płaszczykiem uczciwego życia, jego agresywne skłonności oraz nadzwyczajną przebiegłość – przez co wykazał on szczególne zagrożenie dla społeczeństwa (*spiccata pericolosita sociale*). Nadzór nad taką osobą jest niezbędny dla ochrony innych osób.

Pan Guzzardi zaskarżył to postanowienie do Sądu Kasacyjnego. Jego obrońca w piśmie z dnia 3 IV 1975 r. oparł skargę kasacyjną o art. 275 §1 oraz art. 524 §§ 1 i 3 K.p.k. podnosząc, że:

(1) Art. 3 ustawy z 1956 r. nie zezwala na poddanie osoby przymusowemu osiedleniu, jeżeli polega ono w istocie na „sankcji sądowej” przez ograniczenie

prywatności i życia rodzinnego – na takim skrawku ziemi jak Asinara (a nie na całym terenie całej gminy). Inne rozumowanie przyjęte przez Sąd Apelacyjny jest restrykcyjne i rażąco narusza prawo, ignorując prawo człowieka do prywatności i do życia rodzinnego, co gwarantuje Konwencja europejska praw człowieka i Konstytucja włoska. Jeżeli Sąd Kasacyjny nie podzieliłby takiego stanowiska, sprawę winien rozpatrzyć Sąd Konstytucyjny.

(2) Twierdzenie Sądu Apelacyjnego, że p. Guzzardi nie wymaga specjalistycznego leczenia jest błędnym interpretowaniem faktów. Ustawa nie zezwala na ograniczenie praw, które są chronione, nadane i obowiązkowe. Stąd rażące naruszenie prawa przez Sąd Apelacyjny (*errata applicazione della legge*), który utrzymuje, że konieczność specjalnego nadzoru zezwala na takie ograniczenia.

(3) Rozumowanie Sądu Apelacyjnego jest wewnątrznie sprzeczne. Sąd ten, bez badania uznał Asinara za odpowiednie miejsce do wykonania zaskarżonego środka, chociaż wnioskodawca nie będzie tam w stanie wywiązać się z poleceń nałożonych na niego przez Sąd Regionalny.

W konkluzji obrońca Catalano prosił o uchylenie postanowienia i przekazanie sprawy do Sądu Konstytucyjnego w celu określenia konstytucyjności art. 3 ustawy z 1956 r. w świetle art. 13.4 oraz art. 27.3 Konstytucji.

Art. 13 Konstytucji dotyczy wolności osobistej, a jego ust. 4 przewiduje, że każda przemoc psychiczna lub fizyczna wobec osób w jakikolwiek sposób poddanych ograniczeniu ich wolności jest karalna, zaś przepis art. 27.2 gwarantuje domniemanie niewinności; ponadto art. 27.3 przewiduje, że kary nie mogą polegać na postępowaniu sprzecznym z istotą człowieczeństwa i powinny mieć na celu resocjalizację skazanego.

Sąd Kasacyjny wydał wyrok dnia 6 X 1975 r., oddalając kasację.

Co do pierwszego zarzutu, Sąd Kasacyjny podkreślił, że według ustalonego orzecznictwa, nakaz przymusowego osiedlenia, pod pewnymi warunkami, które spełnione są w rozpatrywanej sprawie, mogą określać dokładnie miejsce osiedlenia w granicach gminy. Podobnie jak ścieśnianie czy też nałożenie niewątpliwych ograniczeń na różne prawa osobiste danej jednostki wynikają bezpośrednio z zastosowania środka, który szereg razy był uznany za pozostający w zgodności z Konstytucją, np. z wyrokiem Sądu Konstytucyjnego z dnia 15 V 1972 r.

Co do drugiego zarzutu, Sąd Kasacyjny uznał, że w świetle okoliczności tej sprawy Sąd Apelacyjny miał prawo odrzucić argumenty dotyczące stanu zdrowia p. Guzzardiego.

Co do trzeciego zarzutu, Sąd Kasacyjny nie dostrzegł sprzeczności – ponieważ zamierzonym celem było przeniesienie wnioskodawcy z Mediolanu i oddzielenie go od członków mafii, którzy uprawiali swoją działalność bez przeszkód.

Sąd ten stwierdził nadto, że kwestia konstytucyjności podniesiona przez wnioskodawcę jest oczywiście bezzasadna. Słusznie podniósł to prokurator, powołując się na wyrok Sądu Konstytucyjnego z dnia 15 VII 1972 r. Słusznie podniósł on też argument, że w tej sprawie wyznaczenie miejsca osiedlenia ma charakter administracyjny (*natura amministrativa della determinazione del luogo*).

Dnia 14 XI 1975 r. adwokat Catalano przedstawił dwa wnioski w Sądzie Regionalnym w Mediolanie.

Adresatem pierwszego wniosku był przewodniczący II Wydziału Karnego, który z tej racji sprawował funkcję sędziego penitencjarnego (*giudice di sorveglianza*). Obrońca prosił sędziego o uchylenie (*abolire*) nakazu przymusowego osiedlenia, utrzymując, że gdyby przewodniczący lub wyznaczony przez niego sędzia dokonali wizytacji Asinary, przekonaliby się, że warunki życia są tam sprzeczne z prawem, sprawiedliwością i prawami człowieka.

W drugim wniosku obrońca prosił Sąd o wyznaczenie gminy, na terenie której p. Guzzardi mógłby pracować, nie wchodząc w kontakt z osobami podejrzanymi (*indiziati*) oraz mieszkać z żoną i synem, którzy byliby zmuszeni opuścić Asinarę z chwilą upływu terminu, jaki został określony w zezwoleniu na ich pobyt tam.

Obrońca powołał się na nakaz Sądu Apelacyjnego w innej sprawie z dnia 27 X 1975 r., w której stwierdzono, że sędzia penitencjarny ma zbadać warunki pobytu na Asinarze.

II Wydział Karny wydał postanowienie dnia 20 I 1976 r. Uznał przede wszystkim, że wykonanie środków zabezpieczających leży w gestii władz policyjnych (*pubblica sicurezza*), a nie sędziego penitencjarnego. Dodał, że wymogi ochrony społeczeństwa usprawiedliwiają szczególną formę izolacji wobec osób zesłanych na Asinarę, tj. jednostek skrajnie niebezpiecznych, jednakże, nie oznaczają oddzielenia zesłanych od ich rodzin ani pozbawienia ich możliwości stałego zatrudnienia. Sąd Regionalny, oddalając wnioski, przesłał tekst postanowienia ministrowi spraw wewnętrznych oraz komendantowi policji gminy Sassari, w granicach, której leży wyspa Asinara.

Dnia 21 V 1976 r., komendant policji w Mediolanie zwrócił się do Sądu Regionalnego o nakazanie przeniesienia p. Guzzardiego do gminy Force, leżącej na lądzie stałym. Przyczyną tego wniosku było to, że jednoczesne przebywanie p. Guzzardiego na Asinarze ze współoskarżonym (*coimputato*), także podlegającym nakazowi przymusowego osiedlenia tam, może mieć niefortunne konsekwencje dla zabezpieczenia dowodów przestępstwa oraz, co ważniejsze, dla bezpieczeństwa na wyspie. Sąd Regionalny przychylił się do wniosku następnego dnia.

Pan Guzzardi pozostawał w gminie Force do dnia 8 II 1978 r., kiedy to upłynął okres trzech lat, na jaki orzeczono przymusowe osiedlenie.

III.C. Pobyt wnioskodawcy na wyspie Asinara

III.C.1. Opis miejscowości

Asinara leży na skraju północno-zachodniego cypla Sardynii. Wyspa jest długa (ok. 20 km) i wąska oraz górzysta; w sumie ma ok. 50 km². Obszar zarezerwowany dla osób podlegających przymusowemu osiedleniu zajmuje nie więcej niż 2,5 km². Ten obszar wyznacza brzeg morza, drogi i cmentarz. Teren ten nie jest ogrodzony. Około 9/10 wyspy zajmuje więzienie.

Wyspa stanowi administracyjnie część gminy Porto Torres, sardyńskiego miasteczka położonego o godzinę drogi łodzią. Komunikacja wodna nie funkcjonuje w czasie bardzo złej pogody.

Głównym osiedlem Asinary jest Cala d'Oliva, w którym mieszkają niemal wszyscy stali mieszkańcy wyspy – ok. 200 osób. Ci mieszkańcy to funkcjonariusze więzienni i ich rodziny, nauczyciele, ksiądz, pracownicy poczty i kilku sklepikarzy.

Osoby zesłane umieszcza się w małym osiedlu Cala Reale, które składa się głównie z budynków dawnego ambulatorium oraz innych budynków, takich jak szkoła, kaplica oraz posterunek karabinierów – gdzie wnioskodawca musiał meldować się dwa razy dziennie.

III.C.2. Możliwości poruszania się

Rząd utrzymywał przed Komisją, że zesłany mógł poruszać się po całym terenie Cala Reale. Zdaniem p. Guzzardi instrukcja wydana przez komendanta karabinierów ograniczyła możliwość poruszania się osób podlegających przymusowemu osiedleniu w promieniu ok. 800 metrów.

Zesłańcy nie mają wstępu do zony więziennej oraz do Cala d'Oliva. Mieszkańcy tego osiedla mają z kolei prawo wstępu do Cala Reale bez ograniczeń; natomiast osoby postronne, jak turyści, nie mają tam z zasady dostępu.

Zesłańcy mogą prosić o zgodę na odwiedzenie Sardynii lub lądu głównego, o ile to wystarczająco uzasadnią, np. leczeniem się, warunkami rodzinami lub zarządzeniem władz sądowych.

Rząd utrzymywał, że zezwolenie było normalnie udzielane po przedstawieniu odpowiednich dokumentów lub po krótkim policyjnym postępowaniu sprawdzającym. Zdaniem wnioskodawcy zgodę taką było bardzo trudno uzyskać, nawet w przypadku nagłej potrzeby medycznej, a ponadto trzeba było długo na nią czekać, czasami przez okres miesiąca. W każdym przypadku takie podróże odbywały się pod ścisłym nadzorem karabinierów.

Istniała dodatkowa możliwość udania się do Porto Torres po zakupy żywności, zawsze po uzyskaniu zgody i pod nadzorem. Częstotliwość, jak również liczba osób, które uzyskiwały zgodę, były przedmiotem sporu. Rząd mówił o 4 osobach tygodniowo, podczas gdy p. Guzzardi mówił o jednej osobie. Powiedział, iż musiał czekać 6 miesięcy na otrzymanie koniecznej zgody.

III.C.3. Warunki bytowe

Większość zesłańców mieszkała w dwóch budynkach należących dawniej do ambulatorium. Budynki te były wystarczająco duże i składały się głównie z sypialni wyposażonych w jedno lub dwa łóżka.

Trzeci, niewielki budynek zwany Pagodina był zamieszkały przez zesłańców (*soggiornanti*), którym towarzyszyły rodziny. Pagodinę stanowiły dwa mieszkania składające się z pokoju sypialnego i kuchni każde.

Wnioskodawca mieszkał w jednym z głównych budynków lub w Pagodinie, zależnie od tego, czy przebywała z nim rodzina. Nie mógł wychodzić poza obręb budynku w godzinach 22–7, z wyjątkiem koniecznych przypadków i po powiadomieniu niezwłocznie władz.

Budynki były cokolwiek zrujnowane, zdaniem p. Guzzardi niemal niemieszkalne. Zdaniem Rządu było przeciwnie, warunki były akceptowalne, aż do momentu, gdy ich mieszkańcy dopuścili się aktów wandalizmu, czemu nie zaprzeczał wnioskodawca.

III.C.4. Opieka medyczna, warunki zdrowotne i sanitarne

Służbę medyczną w Cala Reale sprawował lekarz więzienny, mieszkający w Cala d'Oliva, będący pod telefonem. Mógł on przybyć do chorego w ciągu pół godziny.

Rząd stwierdził przed Komisją, że w Cala Reale istniała izba chorych, kierowana przez pielęgniarkę. Wnioskodawca zaprzeczał istnieniu pielęgniarki.

Kiedy zesłańcy wymagali hospitalizacji lub konsultacji specjalisty, wysyłano ich do szpitala państwowego lub klinik uniwersyteckich w Sassari na Sardynii. Takie podróże wymagały upoważnienia właściwego sądu – w przypadku wnioskodawcy Sądu Regionalnego w Mediolanie.

Lekarz rejonowy w Sassari był odpowiedzialny za nadzór nad stanem zdrowia i warunkami sanitarnymi w Cala Reale. Rząd uważał, że poziom tych warunków był dobry, natomiast zdaniem wnioskodawcy pozostawiały one wiele do życzenia. W szczególności skarżył się on na brak urządzeń do usuwania nieczystości.

III.C.5. Obecność rodziny

Osoby podlegające przymusowemu osiedleniu mogły prosić władze administracyjne o zgodę na zamieszkanie z nimi najbliższej rodziny, czy to w Pagodi-

nie, czy to, z braku możliwości, w przydzielonym im pokoju sypialnym (o wymiarach 4 x 4 metry).

Rząd podkreślił, że z powodu trudności zaopatrzenia wyspy w pitną wodę liczba osób, jakie mogły uzyskać pozwolenie na pobyt na wyspie była ograniczona.

Początkowo żona i syn wnioskodawcy (ale także, od czasu do czasu, jego teściowie i bratanek) mieszkali razem z wnioskodawcą. Dnia 9 X 1975 r. członkowie jego rodziny otrzymali nakaz opuszczenia wyspy. Upłynął termin zgody na ich pobyt, a wnioskodawca nie przedstawił nowej prośby o jej przedłużenie. Osoby te uzyskały zgodę na powrót na początku grudnia i przebywały z wnioskodawcą aż do jego przeniesienia do Force.

III.C.6. Możliwość uprawiania kultu

W Cala Reale istniała kaplica. Według p. Guzzardiego, była ona zamknięta z wyjątkiem nabożeństw na Boże Narodzenie i Wielkanoc. Rząd z kolei twierdził, że władze kościelne (ksiądz mieszkający w Cala d'Oliva), zgodziłyby się na odprawienie nabożeństw w kaplicy w każdym przypadku poproszenia ich o to. Nikt jednak nie zwracał się z taką prośbą.

III.C.7. Możliwość otrzymania pracy

Perspektywa zatrudnienia zesłańców była ograniczona do jednej firmy budowlanej, w której pracowało od 4 do 11 osób. Rząd podał, że p. Guzzardi nie wykazywał żadnej skłonności do otrzymania pracy. Z kolei wnioskodawca przedstawił dokument z tej firmy, wskazujący, że pracował on w niej od X 1975 do V 1976 r. i stale zwracał się następnie o pracę, bez rezultatu.

III.C.8. Możliwość aktywności kulturalnej i rekreacyjnej

Zesłańcy mogli nabywać książki i prasę w Porto Torres osobiście lub przez inne osoby. Mieli do dyspozycji jeden telewizor (wg wnioskodawcy) albo kilka (wg Rządu). Istnienie gminnej kantyny i urzędzeń rekreacyjnych była także przedmiotem sporu przed Komisją.

III.C.9. Komunikowanie się ze światem zewnętrznym

P. Guzzardi musiał uprzedzać władze o nazwisku i numerze telefonu swoich rozmówców. Jednakże jego korespondencja w formie listów i telegramów nie była monitorowana.

III.C.10. Charakterystyka warunków życiowych panujących na wyspie w ocenie wnioskodawcy.

Dnia 11 VIII 1975 r. wnioskodawca wysłał list do sędziego (*pretore*) w Porto Torres, w którym przyznawał się, że nie jest w stanie podporządkować się niektórym poleceniom nałożonym na niego przez Sąd Regionalny w Mediola-

nie, tj. podjęciu pracy, posiadaniu konkretnego adresu zamieszkania oraz unikania kontaktu z innymi osadzonymi oraz elementem kryminalnym. Twierdził, że starał się podporządkować tym poleceniom i że szef karabinierów na Asinarze nie miał do niego żadnych uwag. Nie otrzymał odpowiedzi na ten list.

Dodatkowo, w dniu 9 I 1976 r. wszyscy zesłańcy wystosowali zbiorowy protest do komendanta policji w Sassari. Domagali się oni: (a) przydzielenia każdemu z nich odpowiedniego domu; (b) stałego dostępu członków ich rodzin; (c) możliwości zatrudnienia w celu zapewnienia utrzymania im i ich rodzinom – niewystarczające dla tego celu były zasiłki z MSW w wysokości 46 tys. (lub 46,5 tys.) lirów; (d) cumowania łodzi transportowej w Cala Reale zamiast w Porto Torres; (e) prawa do co najmniej jednokrotnego udania się w tygodniu do Porto Torres w celu dokonania zakupów; (f) otwarcia ponownie poczty w Cala Reale; (g) poprawy warunków zdrowotnych i sanitarnych; (h) zapewnienia szybkiej pomocy lekarskiej i konsultacji specjalistów; (i) bardziej ludzkiego postępowania przez policjantów; (j) remontu budynków; (k) zainstalowania drugiego telefonu.

Rząd utrzymywał, że podjęto pewne kroki w zaspokojeniu niektórych z tych żądań, w szczególności wymienionych w pozycjach (a), (b), (d) i (f).

III.D. Zaprzestanie używania Asinary jako miejsca przymusowego osiedlania

Sytuacja mieszkańców Cala Reale była także krytykowana w prasie. Władze administracyjne rozważały konieczne kroki poprawy, ale ich koszty byłyby zbyt wysokie. W rezultacie MSW zdecydowało w sierpniu 1977 r. o skreśleniu wyspy z listy miejsc przymusowego osiedlania. W tym czasie p. Guzzardi mieszkał w Force już dłużej niż rok, jednakże dwa z dokumentów wskazują, że jego skarga do Komisji nie była związana z decyzją ministerialną. Ostatni zesłańcy opuścili Asinarę 17 XI 1977 r.

c.d.n.

Sprawozdania i informacje



Wacław Huba

Prawo bankowe i obrót papierami wartościowymi (Stara Wieś 12–16 maja 1997 r.)

W dniach 12–16 maja 1997 r. w Ośrodku Szkoleniowym Narodowego Banku Polskiego w Starej Wsi (woj. siedleckie) odbyło się, zorganizowane przez Departament Prawny NBP, seminarium polsko–niemieckie nt.: „Prawo bankowe i obrót papierami wartościowymi”.

W trakcie Seminarium wygłoszono 11 referatów na następujące tematy:

- 1) Prawne podstawy umowy bankowej w Niemczech – Peter Daszkowski,
- 2) Prawne podstawy umowy bankowej w Polsce – doradca Prezesa NBP Maria Goćłowska,
- 3) Ogólne warunki transakcji banków, dyrektywa WE 93/13 o klauzulach nadużycia w umowach konsumenckich – Hartwig Meyer,
- 4) Podstawy prawne obrotu papierami wartościowymi i działalność giełd w Niemczech – mec. Peter Scherer,
- 5) Podstawy prawne obrotu papierami wartościowymi na rynku regulowanym w Polsce – dyrektor Departamentu Prawnego KPW Renata Strzelecka,
- 6) Konsumenckie umowy kredytowe, dyrektywa WE 87/102 odnośnie kredytu konsumenckiego – Helmut Mayer,
- 7) Podstawy prawne zabezpieczeń kredytowych – dr Jurgen Ziebe,
- 8) Prawne wymogi i kwestie praktyczne ochrony konsumenta w operacjach bankowych – Hartwig Meyer,
- 9) Prawne wymogi i kwestie praktyczne ochrony konsumenta w operacjach bankowych – mec. Ryszard Tollik z Departamentu Prawnego NBP,
- 10) Kwestie prawne wydawania i stosowania kart kredytowych – Lothard Wand,
- 11) Kwestie prawne związane z podpisem elektronicznym – Lothard Wand.

Aczkolwiek w treści referatów dominowała tematyka cywilistyczna, to w wielu punktach była ona zbieżna z kwestiami karnymi takimi jak: sankcje za naruszenie zasad obrotu bezgotówkowego, warunki uchylana tajemnicy bankowej, nieprawidłowości przy zabezpieczaniu kredytów, sankcje za naruszenie zasad obrotu papierami wartościowymi i inne. Do najciekawszych należały referaty omawiające tematykę związaną z obrotem papierami wartościowymi, ochroną konsumenta, zabezpieczaniem kredytu i podpisem elektronicznym.

W referacie dotyczącym obrotu papierami wartościowymi i działalności giełd, Peter Scherer skoncentrował się na następujących problemach:

- obrocie papierami wartościowymi jako najważniejszej części rynku kapitałowego,

- realizacji tego obrotu w sposób zorganizowany, tj. na giełdach,
 - podstawach prawnych rynku kapitałowego, tzn.:
 - 1) ustawie o giełdach oraz rozporządzeniach wykonawczych do niej i regulaminach,
 - 2) ustawach:
 - o publicznym obrocie papierami wartościowymi,
 - o prospektach papierów wartościowych,
 - o depozycie papierów wartościowych,
 - o formach kredytowania i transakcjach kredytowych,
 - o spółkach akcyjnych,
 - Kodeksie Handlowym (HGB);
 - 3) ogólnym prawie umów: Kodeks Cywilny (BGB), księga 1–3, Ogólne Warunki Umów dla banków niemieckich, inne szczegółowe przepisy.
- Następnie referent omówił pojęcie i podział papierów wartościowych ze względu na rodzaj przeniesienia, a mianowicie:
- papiery na okaziciela (obligacje na okaziciela, akcje na okaziciela i czeki na okaziciela),
 - papiery wartościowe na zlecenia (obligacja na zlecenie, akcja imienna, czek na zlecenie, weksel),
 - papiery wartościowe imienne (list długów gruntowych, list hipoteczny).
- Szczegółowiej omówiono papiery wartościowe w postaci akcji, które według warunków przeniesienia dzielą się na:
- akcje na okaziciela – są zbywane w drodze porozumienia stron i przekazania akcji,
 - akcje imienne – są papierami wartościowymi zbywalnymi przez indos (pisemne oświadczenie o przeniesieniu praw na inną osobę). Są one przenoszone w drodze porozumienia stron i wydania indosowanego dokumentu. W praktyce klient depozytowy podpisuje, obok wniosku o przepisanie akcji imiennej w księdze akcjonariuszy, oświadczenie o cesji *in blanco* umożliwiające późniejsze dalsze przeniesienie własności. Do księgi akcyjnej spółki akcyjnej musi być wpisane nazwisko i adres właściciela akcji imiennej. Tylko ten, kto jest wpisany do księgi akcyjnej, może wykonywać prawa z akcji w stosunku do spółki,
 - zawinkulowane akcje imienne – mogą być zbywane tylko za zgodą zarządu spółki. Są wydawane, jeżeli:
 - 1) zgromadzenie przewiduje ich wydanie, np. w spółkach ubezpieczeniowych, których kapitał nie jest w pełni opłacony. W tej sytuacji daje możliwość zablokowania nabycia takich akcji przez słabych kapitałowo inwestorów,

- 2) ustawa przewiduje ich wydanie, ponieważ zgromadzenie akcjonariuszy nałożyło obowiązek świadczeń dodatkowych. Świadczeniem dodatkowym jest np. dostarczanie buraków cukrowych do cukrowni lub dostarczanie mleka do mleczarni w formie spółki akcyjnej. Winkulacja powinna uniemożliwiać, by akcje zostały sprzedane osobom, które nie mogą świadczyć świadczeń dodatkowych.

W referacie nt. podstaw prawnych obrotu papierami wartościowymi w Polsce, Renata Strzelecka zwróciła szczególną uwagę na podstawowe zasady obrotu tymi papierami, a mianowicie:

- 1) papiery nie mają postaci materialnej,
- 2) obrotu dokonuje się za pośrednictwem maklera,
- 3) obrót odbywa się na giełdach i na rynku pozagiełdowym, a za zezwoleniem Komisji Papierów Wartościowych i w określonych przez nią warunkach w biurach maklerskich,
- 4) przeniesienie praw z papierów wartościowych następuje z chwilą zawarcia umowy.

Następnie przedstawiła rolę i zadania Komisji Papierów Wartościowych jako centralnego urzędu administracji państwowej tj.:

- sprawowanie nadzoru nad przestrzeganiem reguł uczciwego obrotu i konkurencji w zakresie publicznego obrotu papierami wartościowymi oraz nad zapewnieniem powszechnego dostępu do rzetelnych informacji na rynku papierów wartościowych,
- podejmowanie działań zapewniających sprawne funkcjonowanie rynku papierów wartościowych oraz ochrona interesów inwestorów poprzez:
 - 1) wyrażenie zgody na dopuszczenie papierów do publicznego obrotu,
 - 2) kontrolowanie wykorzystania przez emitentów obowiązków informacyjnych (raporty bieżące, kwartalne, półroczne i roczne),
 - 3) wydawanie zezwoleń na prowadzenie przedsiębiorstwa maklerskiego, towarzystwa funduszy powierniczych,
 - 4) pełnienie nadzoru nad działalnością biur maklerskich,
 - 5) przeprowadzanie egzaminów dla kandydatów na maklerów i doradców oraz prowadzenie odpowiednich list,
 - 6) nadzór nad działalnością giełd, rynku pozagiełdowego, Krajowego Depozytu Papierów Wartościowych i funduszy powierniczych.

Z kolei w referacie przedstawiono sprawy związane z prowadzeniem Giełdy Papierów Wartościowych, która została powołana przez ustawę z dnia 22 marca 1991 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi i funduszach powierniczych w formie spółki akcyjnej jako jednoosobowa spółka Skarbu Państwa. Dopuszczenie papierów wartościowych do obrotu giełdowego wymaga decyzji Rady Giełdy podjętej na wniosek Zarządu Giełdy.

W zakończeniu referatu omówiono rynek pozagiełdowy, utworzony na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 1995 r. w sprawie form regulowanego, pozagiełdowego i wtórnego publicznego obrotu papierami wartościowymi. Rynek pozagiełdowy prowadzi spółka akcyjna utworzona przez podmioty prowadzące działalność maklerską pod nazwą CeTO. Został on pomyślany jako tani rynek dla małych spółek.

Autorka wspomniała też o projekcie nowej ustawy – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi.

Najważniejsze zmiany to:

- nowe ujęcie definicji papieru wartościowego,
- wyraźne uregulowanie publicznego obrotu papierami wartościowymi emitowanymi przez Skarb Państwa i Narodowy Bank Polski,
- możliwość prowadzenia działalności maklerskiej w Polsce przez zagraniczne osoby prawne, prowadzące taką działalność w krajach OECD,
- wprowadzenie do publicznego obrotu papierów wartościowych emitowanych w krajach OECD z ograniczeniem polegającym na tym, że minister finansów będzie określał ich ilość i wartość,
- polskie papiery wartościowe będą mogły być odpowiednio notowane na giełdach zagranicznych,
- rozszerzone będą uprawnienia Komisji Papierów Wartościowych w stosunku do Giełdy w zakresie zwoływania walnego zgromadzenia akcjonariuszy lub umieszczania poszczególnych spraw na porządku dziennym.

W referatach omawiających problematykę ochrony konsumenta – w tym wypadku klienta banku, który zawiera umowę o kredyt – przewijały się zagadnienia związane z realizacją wydanych w tym zakresie wytycznych Wspólnoty Europejskiej. W 1986 r. wydano dyrektywę, mającą na celu stworzenie jednolitego rynku kredytu konsumenckiego oraz wprowadzenie minimalnego poziomu ochrony konsumenta.

Umowa o udzielenie kredytu konsumenckiego polega na tym, że kredytobiorca zaciąga kredyt w wysokości od 200 do 20.000 Ecu (400–40.000 DM) nie na cele zawodowej działalności, lecz dla zaspokojenia swoich potrzeb jako konsumenta. Nieodzownym wymogiem jest forma pisemna takiej umowy. Wyżej wymieniona dyrektywa posługuje się ogólną klauzulą, że umowa o kredyt musi zawierać wszystkie wymagane prawem cywilnym składniki umowy.

W 1990 r. nastąpiła modyfikacja przepisów, na mocy których wprowadzono możliwość przedterminowej spłaty kredytu i zredukowania kosztów.

Projektowane są w państwach członkowskich przepisy przeciw lichwie i wygórowanym odsetkom. W sporach prawnych, w których mają zastosowanie

przepisy prawa narodowego, należy je interpretować zgodnie z linią orzecznictwa Trybunału Europejskiego.

W zakresie prawnej ochrony konsumenta w Niemczech obowiązują:

- 1) ustawa o kredycie konsumenckim z dnia 17 grudnia 1990 r.,
- 2) ustawa o nieuczciwej konkurencji, która m.in. zabrania emitowania wprowadzającej w błąd reklamy,
- 3) ustawa o działalności gospodarczej, zabraniająca m.in. transakcji „w drzwiach wejściowych” (tzw. handlu okrężnego).

Wobec rosnącej „wieży długów”, w 1994 r. uchwalono ustawę o niewypłacalności, która zawiera nowe uregulowania dotyczące kredytów konsumentskich. Zawiera przepisy zobowiązujące do pozasądowych negocjacji, w drodze których dąży się do zawarcia ugody.

Ważną kwestią wynikającą z wyżej wymienionych przepisów jest sprawdzanie wiarygodności klienta, jeśli kredyt ma przewyższyć 3-miesięczne dochody. Powołano w tym celu specjalną placówkę zwaną SCHUFA (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung). Ma ona za zadanie rejestrowanie faktów udzielania kredytu oraz informowanie o jego niespłaceniu. Może też zbierać informacje o poręczycielach. Dzieje się to za zgodą klienta wyrażoną w umowie o kredyt, przy czym wobec braku takiej zgody bank może odmówić zawarcia umowy o kredyt. SCHUFA działa w formie zrzeszenia, do którego mogą należeć wszystkie instytucje kredytowe, a także domy handlowe.

W ramach ochrony konsumenta banki podjęły decyzję o utworzeniu funduszu zabezpieczającego, któremu podlegają wszystkie wkłady klientów, a nie tylko wkłady oszczędnościowe.

Z inicjatywy banków prywatnych wprowadzono też instytucję Ombudsmana (rzecznika praw klienta banku), który pełni funkcję mediatora przy badaniu zażaleń klientów na działalność banków. Decyzja Ombudsmana rozstrzygająca spór między klientem a bankiem, którego przedmiot nie przekracza 10.000 DM jest dla banku wiążąca.

Mec. Ryszard Tollik omówił polskie przepisy dotyczące ochrony klienta banku, do których zaliczył: regulaminy bankowe wydawane w oparciu o przepis art. 12 prawa bankowego, ustawę z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, Kodeks Etyki Bankowej wydany w dniu 21 kwietnia 1995 r. przez Walne Zgromadzenie Związku Banków Polskich i właściwe przepisy Kodeksu cywilnego.

Problematykę wydawania i stosowania kart kredytowych oraz projektowane przepisy ustawy w sprawie sygnatur cyfrowych (tzw. podpisu elektronicznego) ciekawie i wszechstronnie omówił przedstawiciel Federalnego Stowarzyszenia Banków Niemieckich Lothard Wand. W ramach drugiego z wymienionych tematów referent przedstawił m.in. zasadę działania sygnatur cyfrowych oraz jej

znaczenie w połączeniu ze światową nowoczesną techniką informatyki i komunikacji. Szczególną uwagę mówca zwrócił na zalety i pewne wady podpisu elektronicznego w porównaniu z podpisem własnoręcznym, który może być łatwo odtworzony z wiernością oryginału przez wysterowany mały robot. Tego typu fałszerstwo jest praktycznie nie do udowodnienia metodami techniki kryminalistycznej. W przeciwieństwie do tego jest praktycznie wykluczone niezauważone sfalszowanie sygnatury cyfrowej lub niezauważone sfalszowanie sygnowanych danych, chyba że posiadacz kodu sygnatury nie chroni go w wystarczającym stopniu.

W podsumowaniu seminarium wicedyrektor Departamentu Prawnego NBP Bogdan Andryszczak stwierdził m.in., że rozwój polskiej bankowości i konieczność dostosowania rządzących nią zasad do bankowości europejskiej wymaga dalszych tego typu spotkań w celu zgłębienia następujących tematów:

- 1) zabezpieczenie kredytów (dalszy ciąg rozpoczętego tematu),
- 2) likwidacja i upadłość banków,
- 3) uprawnienia prawotwórcze Banku Centralnego w Niemczech,
- 4) nowe dyrektywy Wspólnoty Europejskiej dotyczące funkcjonowania systemu bankowego.

Sprostowanie

Pani Edyta L. Wędrychowska, autorka artykułu pt. „Nieważność orzeczeń sądowych w świetle projektu k.p.k.”, jest doktorantką Uniwersytetu Warszawskiego, a nie – jak podano w Nr 6/97, s. 3 – Uniwersytetu Wrocławskiego.

Za ten chochliik drukarski redakcja przeprasza Autorkę i Czytelników.

Instytut Ekspertyz Sądowych

im. Prof. dra Jana Sehna
w Krakowie

uprzejmie informuje, że nakładem Wydawnictwa Instytutu ukazały się
następujące publikacje z nowej serii wydawniczej
Biblioteka Prawa Dowodowego:

Ryszard Pawłowski

Medyczno-sądowe badanie śladów biologicznych

s. 135, zawiera 21 rycin, 13 tabel
i słownik podstawowych pojęć z zakresu biologii molekularnej

cena 10 zł

ISBN 83-87425-00-1

Wojciech Gubała

Toksykologia alkoholu. Wybrane zagadnienia

s. 79, zawiera 7 rycin, 2 tabele
i słownik podstawowych pojęć z zakresu alkoholologii

cena 10 zł

ISBN 83-87425-05-2



Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych
30-033 Kraków, ul. Westerplatte 9
tel. (12)228755 w. 126, fax (12) 223850