

# Prokuratura i Prawo

*Luty 2001 r.*

2  
ISSN 1233-2577



---

*Prokuratura Krajowa*

## Spis treści

Dr hab. Michał Płachta, prof. Uniwersytetu Gdańskiego <b>Kidnapping międzynarodowy na tle problematyki wydawania sprawców</b> . . . . .	7
Małgorzata Szeroczyńska, doktorantka Uniwersytetu Warszawskiego <b>Dowód z analizy śladów genetycznych w postępowaniu karnym na tle prawno-porównawczym</b> . . . . .	28
Dr Ryszard A. Stefański, Prokurator Prokuratury Krajowej <b>Rozpoznawanie kasacji na posiedzeniu</b> . . . . .	62
Dr Stanisław Łagodziński, prok. Prokuratury Okręgowej w Olsztynie <b>Kontrowersje wokół przywłaszczenia (art. 248 k.k.)</b> . . . . .	70
Marek Kulik, UMCS w Lublinie <b>Z prawnokarnej problematyki graffiti</b> . . . . .	78

## Glosy

<b>do uchwały SN z dnia 17 marca 2000 r., sygn. I KZP 58/99 (dot. przestępstwa niepowrótca do zakładu karnego)</b> – oprac. Joanna Cieszkowska . . . . .	105
<b>do wyroku SA w Lublinie z dnia 16 czerwca 1999 r., sygn. II AKa 89/99 (dot. wymuszenia rozbójniczego)</b> – oprac. dr Wojciech Cieślak . . . . .	109
<b>do uchwały NSA z dnia 15 maja 2000 r., sygn. OPS 21/00 (dot. dopuszczalności skargi na decyzję administracyjną)</b> – oprac. Wiesław Czerwiński . . . . .	120

## Recenzja

<b>książki R. Tokarczyka, Prawa narodzin, życia i śmierci</b> – oprac. dr Błażej Kolasiński . . . . .	129
--	-----

## Materiały szkoleniowe

Robert Pelewicz i Grzegorz Zarzycki, sędziowie Sądu Rejonowego w Stalowej Woli <b>Model postępowania karnego skarbowego (cz. II)</b> . . . . .	135
--	-----

## Odpowiedzi na pytania prawne

Dr Wincenty Grzeszczyk, Prokurator Prokuratury Krajowej <b>Organy uprawnione do podejmowania decyzji w przedmiocie dowodów rzeczowych w postępowaniu przygotowawczym</b> . . . . .	163
---	-----

**Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału**

**Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu z dnia  
5 października 2000 r. w sprawie Maaouia przeciwko Francji (dot.  
gwarancji procesowych dla cudzoziemców podlegających  
deportacji) – oprac. prof. dr hab. Bożena Gronowska . . . . . 171**

**Sprawozdania i informacje**

**Konferencja naukowa nt. „Kara celowa a sprawiedliwa”,  
zorganizowana przez Koło Naukowe Myśli Politycznej i Prawnej  
UW (Warszawa, 7 listopada 2000 r.) – oprac. Karolina Szymczak . . . . 179**

---

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.

---



**Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych**

---

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

# Artykuły



Michał Płachta

## Kidnapping międzynarodowy na tle problematyki wydawania sprawców

### 1. Dotychczasowe próby klasyfikacji „alternatywnych metod”

Występujące w doktrynie i orzecznictwie trudności w opracowaniu jednolitej, metodologicznie poprawnej i pełnej typologii sposobów wydawania przestępców pomiędzy państwami wynikają nie tylko z dużej pomysłowości organów ścigania w zapewnianiu obecności oskarżonego, ale również z konieczności uwzględnienia w tej klasyfikacji wzajemnych relacji między ekstradycją a innymi metodami. Ponadto byłoby pożądane, aby tworzone kategorie odzwierciedlały zarówno *modus operandi* zaangażowanych osób, jak i zróżnicowane skutki prawne podejmowanych działań.

Oprócz zagadnień o charakterze merytorycznym i metodologicznym do pokonania jest jeszcze problem terminologiczny. Na brak ujednoczonej terminologii nakłada się dość duża dowolność w operowaniu nazewnictwem pochodzącym z języka angielskiego. Skutkiem tego jest wielość i różnorodność określeń wprowadzanych przez autorów przy równoczesnym braku prób uporządkowania i sprecyzowania występujących w tej dziedzinie pojęć. Mówi się więc tutaj o: *extralegal apprehension*, *irregular rendition*<sup>1</sup>, *informal rendition*, *extraordinary rendition*, *quasi-extradition*, *extra-legal extraterritorial apprehension*, *unlawful seizure*, *quasi-formal rendition*, *irregular methods of recovery of fugitives*, *illegal extradition*, *informal methods*.

Na wstępie proponuję następujące ustalenie terminologiczne: w odróżnieniu od systemu ekstradycyjnego, gdzie mamy do czynienia z „państwem wzywającym” oraz „państwem wezwanym”, państwa stosujące „metody alternatywne” w stosunku do tej klasycznej formy wydania można by oznaczać jako „państwo ścigania” oraz „państwo pobytu”. Pierwsze z tych określeń zwraca uwagę z jednej strony na element materialny w postaci interesu tego państwa w pociągnięciu danej osoby do odpowiedzialności karnej (przy braku tego interesu bądź indyferentnej postawie drugiego państwa), a z drugiej – na jego aktywność wyrażającą się w inicjowaniu różnego rodzaju

---

<sup>1</sup> Określenie *irregular apprehension* używane jest w *International Law Reports* (ILR) na oznaczenie pewnych aspektów praktyki ekstradycyjnej.

działań, zabiegów, „akcji” itp. Zdarza się, że w to przedsięwzięcie włączone jest państwo trzecie<sup>2</sup>.

Bodaj najstarsza i najczęściej cytowana klasyfikacja opiera się na wyróżnieniu następujących rodzajów wydawania i „pozyskiwania” przestępców w stosunkach międzynarodowych, przy czym wspólną cechą tych metod są zastrzeżenia odnośnie ich zgodności z prawem:

A. uzyskiwanie fizycznego władztwa nad osobami ściganymi w sposób sprzeczny z prawem międzynarodowym:

- a) traktatowym,
- b) zwyczajowym;

B. porwanie zbiegłego przestępcy z terytorium państwa A przez obywateli państwa B, działających prywatnie, tj. bez upoważnienia tego ostatniego, oraz bez zmywy z organami tego państwa;

C. porwanie zbiegłego przestępcy z terytorium państwa A przez obywateli państwa B, działających wprawdzie prywatnie, ale będących w zмовie z organami państwa B;

D. wydanie osoby ściganej z naruszeniem prawa wewnętrznego państwa A dokonane przez jego funkcjonariuszy;

E. pomyłkowe wydanie zbiegłego przestępcy z jednego państwa do drugiego<sup>3</sup>.

Podział ten budzi pewne wątpliwości. Przede wszystkim jest niepełny, nie uwzględniając kilku innych stosowanych w praktyce wariantów postępowania. Nie do końca uzasadnione jest wyróżnienie kategorii (C), skoro skutki prawne są praktycznie takie same, jak w przypadku (A). Ponadto przyjęte kryterium nieco upraszcza całe zjawisko, rodząc trudności w poprawnym i jednoznacznym zakwalifikowaniu konkretnych przypadków do określonych grup.

Zaproponowano dychotomiczny podział wszystkich technik zapewniania obecności osoby poszukiwanej na potrzeby procesu karnego albo wykonania kary, innych niż ekstradycja oraz pozostałe prawne metody wydania, na dwie kategorie:

A. uprowadzenie (kidnapping) przez agentów państwa innego niż to, na terytorium którego dana osoba się znajduje;

B. zatrzymanie przez agentów państwa pobytu danej osoby i wydanie jej władzom innego państwa<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Szerzej na ten temat zob. M. Płachta, *Kidnapping międzynarodowy w służbie prawa. Studium prawnomiędzynarodowe i porównawcze*, Wyd. ABC, Warszawa 2000.

<sup>3</sup> P. O'Higgins, *Unlawful Seizure and Irregular Extradition*, *British Yearb. of Int'l Law* 1960, t. 35, s. 280.

<sup>4</sup> M. Cherif Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, wyd. 3, Dobbs Ferry 1996, s. 217.

Trudności w zaakceptowaniu tej klasyfikacji wynikają przede wszystkim stąd, że definiując formę (A), sam autor wyjaśnia, że przedstawione w niej działanie może mieć miejsce zarówno za zgodą i wiedzą państwa pobytu osoby ściganej, jak i bez tej zgody i wiedzy. Tymczasem, podając kryterium dokonanego wyróżnienia, autor twierdzi, że różnica pomiędzy tymi kategoriami polega na tym, że tylko (A) dokonywane jest bez wiedzy i zmywy ze strony państwa pobytu. Ponadto, nawet gdyby udało się wyjaśnić tę sprzeczność, to i tak nie sposób zgodzić się z tezą, iż uprowadzenie (kidnapping) stanowi jednostronną „akcję” w wykonaniu agentów państwa pragnącego dostać w swoje ręce osobę ściganą, a zatem odbywa się bez wiedzy i współdziałania państwa pobytu. Zdarzają się bowiem sytuacje, w których wprowadzenie ma miejsce uprowadzenie (kidnapping), lecz następuje to z „niewielką pomocą przyjaciół”, a co najmniej dzięki temu, że właściwe władze państwa pobytu w odpowiednim momencie popatrzyły w drugą stronę.

Wychodząc z założenia, iż ekstradycja jest jedynym legalnym środkiem wydawania osób ściganych pomiędzy państwami, wszystkie inne metody można by określić jako „pozaprawne” i wyróżnić wśród nich:

A. uprowadzenie przez agentów państwa ścigania działających samodzielnie i jednostronnie;

B. uprowadzenie przez agentów państwa ścigania działających z pomocą i w zmywie z odpowiednimi organami państwa pobytu;

C. uprowadzenie przez prywatne osoby działające na zlecenie państwa ścigania (lub zaangażowane przez jego funkcjonariuszy);

D. uprowadzenie przez funkcjonariuszy policji lub innych organów ścigania albo agentów państwa pobytu na zlecenie państwa ścigania;

E. uprowadzenie przez „ochotników”;

F. fizyczne dostarczenie ściganej osoby przez agentów państwa pobytu agentom państwa ścigania z pominięciem procedury ekstradycyjnej;

G. wydalenie osoby ściganej z terytorium państwa pobytu przy użyciu procedury administracyjnej w taki sposób, że dana osoba „wpada” w ręce przygotowanym na to i już wyczekującym agentom państwa ścigania<sup>5</sup>.

Posługując się terminologią karnoprosesową, można by powiedzieć, że większość wymienionych metod przypomina postępowanie uproszczone i przyspieszone, jeśli nie wprost doraźne. Większość też jest bezprawna z punktu widzenia ustawodawstwa w państwie pobytu. Należałoby wyróżnić wśród nich dwie grupy: techniki bez udziału państwa pobytu oraz techniki z jego udziałem. Tylko w przypadkach tych pierwszych mamy do czynienia z pogwałceniem

---

<sup>5</sup> M. Feinrider, *International Abductions: A Newly Developing International Standard*, Akron Law Review 1980, t. 14, s. 27.

suwerenności państwa pobytu. Natomiast niezależnie od tego rozróżnienia w obu sytuacjach dochodzi do naruszenia praw osoby ściganej. Najbardziej typową metodą pierwszej grupy jest kidnaping, albo uprowadzenie z użyciem przymusu, polegające na aktywnym działaniu ze strony państwa pragnącego zabezpieczyć obecność oskarżonego na potrzeby swojego procesu karnego, przy czym działanie to podejmowane jest bez wiedzy i przyzwolenia państwa, na terytorium którego osoba ta przebywa. Metody należące do drugiej grupy zakładają element porozumienia (zmowy) pomiędzy organami obu zainteresowanych państw, przy czym jego stopień może być różny. Charakterystyczną cechą tych działań jest obejście ekstradycji.

Inna zaproponowana klasyfikacja opiera się na wyróżnieniu obok ekstradycji i międzynarodowej pomocy prawnej również „quasi-ekstradycji”, czyli procedury pozwalającej na pociągnięcie oskarżonego do odpowiedzialności karnej w innym państwie niż miejsce popełnienia przestępstwa albo ułatwiającej ściganie poprzez umożliwienie dostępu do dowodów znajdujących się na terytorium innego państwa<sup>6</sup>. Tak rozumiana „quasi-ekstradycja” nie zakłada fizycznego przemieszczenia oskarżonego. Obok niej wyróżniono bezprawne wydanie, polegające na nieformalnym porozumieniu *ad hoc* pomiędzy organami państwa ścigania i pobytu, co ze strony tego drugiego wymaga udzielenia pomocy albo co najmniej pośredniego (*implicite*) uznania działań podejmowanych na jego terytorium przez agentów państwa ścigania. Ostatnim elementem jest kidnaping<sup>7</sup>. Dość oczywisty błąd tej klasyfikacji polega na pomieszaniu ekstradycji i pomocy prawnej spowodowanym zignorowaniem fundamentalnej różnicy między nimi. Stąd określenie „quasi-ekstradycja” nie ma tutaj miejsca. Również na wątpliwych podstawach oparte jest rozróżnienie pomiędzy bezprawnym wydaniem a kidnappingiem, skoro ten drugi jest *eo ipso* bezprawny.

Warto w tym miejscu przytoczyć interesującą wymianę zdań, do jakiej doszło w 1992 r. w trakcie przesłuchań przed Komitetem ds. Sądownictwa amerykańskiej Izby Reprezentantów między jednym z kongresmanów (Craig Washington) a specjalnym asystentem prokuratora federalnego (Andrew McBride)<sup>8</sup>. Tego pierwszego zainteresowało określenie „szczególne wydanie” (*extraordinary rendition*). Ten drugi, próbując wyjaśnić to pojęcie, jego genezę, a nade

6 W.V. Dunlap, Dual Criminality in Penal Transfer Treaties, *Virginia Journal of Int'l Law* 1989, t. 29, s. 837.

7 D.A. Bifani, The Tension Between Policy Objectives and Individual Rights: Rethinking Extradition and Extraterritorial Abduction Jurisprudence, *Buffalo Law Review* 1993, t. 41, s. 638.

8 Kidnapping Suspects Abroad: Hearings before the Subcommittee on Civil and Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary, H.R., 102nd Congress, 2nd Session (1992), s. 144–147.



wszystko stosunek do kidnapingu, był zmuszony przyznać, że z punktu widzenia państwa pobytu określenie to jest niczym innym, jak tylko eufemizmem, bowiem tego typu działanie jest równie bezprawne i nie do przyjęcia, jak kidnaping. Natomiast z perspektywy państwa ścigania różnica ma polegać na tym, że inaczej niż w przypadku kidnapingu „szczególne wydanie” jest aktem autoryzowanym i rodzajem samopomocy w sytuacji, w której właściwe organy uznają to za niezbędne. Co więcej, asystent prokuratora federalnego wyraził przekonanie, iż „wszystkie rządy zastrzegają sobie opcję samopomocy”, negocjując i podpisując umowy ekstradycyjne.

W przeciwieństwie do kongresmana, którego zdaniem uciekanie się do takich metod niebezpiecznie balansuje na granicy z dewizą: „cel uświęca środki”, przedstawiciel władzy wykonawczej postrzegał kidnaping sponsorowany przez rząd (*state-sponsored kidnapping*) jako istotny i konieczny element w arsenale środków, które muszą pozostawać do dyspozycji rządu i prezydenta w realizowaniu przez nich polityki zagranicznej, jakkolwiek niektóre z tych środków mogą naruszać międzynarodowe prawo zwyczajowe oraz ustawodawstwo w państwie pobytu. Powołując się na drastyczną odpowiedź Stanów Zjednoczonych na ataki terrorystyczne, która przybrała postać zbombardowania Libii, dowodził, że „szczególne wydanie” jest więc „mniejszym złem”; porywanie przestępców można porównać do „operowania skalpelem” w odróżnieniu od „wymachiwania siekierą”. Sprzeciwiając się uchwaleniu proponowanej ustawy całkowicie zabraniającej tego typu metod, twierdził, że byłoby to niezasadnione wyrzeczenie się jednego z przymiotów przysługujących każdemu suwerennemu państwu, a zatem „wylewanie dziecka wraz z kąpielą”; decyzja odnośnie użycia takiej metody powinna pozostać w rękach prezydenta, który każdorazowo dokona oceny, czy przemawia za tym interes państwa.

## 2. Propozycja typologii

Skoro przedmiotem klasyfikacji są sposoby wydawania poszukiwanych osób między państwami, a właściwą metodą (niewykluczone, że wyłączną) jest ekstradycja, to prawidłowa typologia musi przyjmować tę ostatnią jako punkt odniesienia oraz podstawę, na której oparte jest kryterium podziału. Wypada rozpocząć od stwierdzenia, że na prawną istotę ekstradycji składają się dwa komponenty: po pierwsze, instytucja ta ma solidne podstawy prawne (w tym sensie jest „środkiem prawnym”) – w przeważającej mierze o charakterze traktatowym, choć zawarte one są też (pomocniczo i subsydiarnie) w ustawodawstwie wewnętrznym; po drugie, instytucja ta ma charakter sformalizowany (w tym sensie jest „formalną procedurą”), przy czym jej kształt i przebieg nie

tylko jest uregulowany w postanowieniach traktatowych i ustawodawczych, lecz także wyznaczony przez normy zwyczajowe oraz zasady, standardy i kanony wykształcone w toku dotychczasowego rozwoju. Istotne jest nie tylko to, aby te dwa elementy występowały kumulatywnie, lecz ponadto, aby były one połączone właściwym celem.

Proponowana tutaj klasyfikacja opiera się w pierwszym rzędzie na kryterium istnienia bądź nieistnienia któregoś z tych czynników. Zakłada ona dychotomiczny podział wszystkich metod, form i sposobów wydawania osób ściganych na forum międzynarodowym na dwie grupy:

A. metody właściwe, tj. takie, które spełniają oba warunki omówione wyżej:

- a) ekstradycja,
- b) „dostarczenie” osoby międzynarodowemu trybunałowi karnemu,
- c) przekazanie ścigania połączone z wydaniem osoby,
- d) przekazywanie skazanych,
- e) ekstradycja *brevi manu*;

B. metody alternatywne, które odznaczają się brakiem jednego ze wspomnianych elementów:

a) „ukryta (zakamufLOWANA) ekstradycja”, która najogólniej polega na zastosowaniu przez państwo pobytu procedury prawnej (z reguły o charakterze administracyjnym), nie mającej niż wspólnego z ekstradycją, dla osiągnięcia tego samego celu; ponieważ widoczny jest tutaj brak elementu „formy”, można by więc mówić o „quasi-formalnym wydaniu”:

- 1) zakaz wjazdu,
- 2) wydalenie,
- 3) regulacje paszportowe;

b) metody bezprawne:

1) porwanie i uprowadzenie, czyli kidnaping, mogący mieć charakter:

- (i) „prywatny”,
- (ii) „rządowy” (bądź „oficjalny”), dokonany:
  - (a) we współdziałaniu z państwem pobytu,
  - (b) bez takiego współdziałania;

2) uzyskanie fizycznego władztwa nad ściganym przy użyciu podstępny;

3) inne formy bezprawnego wydania (np. szantaż, groźba, przymus);

c) inne nieformalne sposoby wydania osoby pod przymusem (tj. wbrew woli tej osoby).

„Metody alternatywne” mogą być także zwane wyjątkowymi, szczególnymi bądź nadzwyczajnymi w sensie prawnym, jeśli się przyjmie, że ekstradycja jest zwyczajną (zwykłą) i „normalną” (w znaczeniu: prawidłową) formą wydawania osób ściganych pomiędzy państwami.

Biorąc pod uwagę z jednej strony zróżnicowanie środków, sposobów i metod wydania przedstawionych w katalogu (pamiętając jednak o tym, że pomysłowość i inwencja człowieka nie zostały jeszcze do końca zbadane i wyczerpane w tej dziedzinie), a z drugiej – oczywistą nierówność statusu poszczególnych technik, rodzi się pytanie o wybór sposobu działania. Nie ulega wątpliwości, iż dokonuje go państwo zainteresowane pociągnięciem do odpowiedzialności karnej osoby, która przebywa na terytorium innego kraju. Natomiast nieco bardziej kłopotliwa jest kwestia kryterium tego wyboru. Jeśliby bowiem miała nim być zgodność z prawem, czyli działanie *lege artis*, to państwu ścigania pozostałyby do dyspozycji jedynie środki i metody wymienione w grupie (A). Dopuszczenie do procesu decyzyjnego elementów ocennych o charakterze prakseologicznym, aksjologicznym i pragmatycznym rozszerza pole działania również na „metody alternatywne”. Na tym się jednak dylemat nie kończy, bowiem i wśród nich konieczne jest dokonanie wyboru.

### **3. Uwarunkowania wyboru pomiędzy formalnym wydaniem a „metodami alternatywnymi”**

Warto więc spróbować zidentyfikować okoliczności wywierające (bądź mogące wywierać) wpływ na decyzje podejmowane w tej materii. Państwo ścigania musi niewątpliwie wziąć pod uwagę czynnik czasu i kosztów. Długotrwałość i przewlekłość postępowania może okazać się istotna ze względu np. na upływ terminu przedawnienia przestępstw. Istotną rolę odgrywa też stan stosunków pomiędzy państwem ścigania (jako potencjalnym państwem wzywającym) a państwem pobytu (jako potencjalnym państwem wezwany). I tak przykładowo, o ile brak stosunków dyplomatycznych niemal automatycznie eliminuje formalną ekstradycję, o tyle nie stoi on na przeszkodzie wydaleniu. Z kolei przy napiętych stosunkach politycznych można się zasadnie obawiać odmowy wydania. Znaczenie mają nie tylko stosunki na najwyższym szczeblu, lecz także na poziomie organów ścigania. Dobre, robocze i ścisłe kontakty oparte na wzajemnej chęci współpracy i udzielania sobie pomocy mogą stanowić zachętę do uproszczenia procedury wydawania osób i w ten sposób przemawiać za wydaleniem albo zakazem wjazdu, a przeciwko formalnej ekstradycji<sup>9</sup>.

---

9 Tego typu praktyka „nieformalnego wydawania” ściganych wytworzyła się w przeszłości pomiędzy ściśle ze sobą współpracującymi jednostkami policji nadgranicznych stanów USA i Meksyku. Zob. B. Zagaris, B. J. P. Peralta, Mexico-United States Extradition and Alternatives: From Fugitive Slaves to Drug Trafficking – 150 Years and Beyond the Rio Grande’s Winding Courses, *Am. Univ. Journal of Int’l Law and Policy* 1997, t. 12, s. 519–627.

Właściwy organ w państwie ścigania musi również poważnie brać pod uwagę dwojakiego rodzaju problemy związane z tą ostatnią: prawne (warunki, wymaganie, procedura itp.) oraz faktyczne (przewlekłość, przyczyny ekstradycyjne, niepewny wynik). Jeśli dodać do nich brak podstaw prawnych, zwłaszcza traktatowych, rodzący tzw. raje ekstradycyjne, to nie można wykluczyć sytuacji, w których państwo ścigania stwierdzi, że ekstradycja jest albo niedostępna, albo niewskazana jako w wysokim stopniu „niewygodna”. Do rozglądania się za „metodami alternatywnymi” organy państwa ścigania mogą być skłonne wówczas, kiedy sprawa jest słaba dowodowo. Szczególnie często w takiej sytuacji stosowana była deportacja<sup>10</sup>. Genezy „metod alternatywnych” można także upatrywać w zawiedzionych nadziejach pokładanych w mechanizmie opartym na zasadzie *aut dedere aut iudicare*<sup>11</sup>.

Wszystkie przedstawione okoliczności rodzą po stronie państwa ścigania, będącego niejednokrotnie równocześnie państwem wzywającym, dylemat, który dość trafnie wyraża tytuł jednego z artykułów w czasopiśmie amerykańskim: *When extradition fails, is abduction the solution? (Gdy zawiedzie ekstradycja, czy rozwiązaniem jest uprowadzenie?)*<sup>12</sup>. Z drugiej strony władze tego kraju nie mogą ignorować elementów logistycznych i organizacyjnych, zaplecza technicznego i możliwości ponoszenia kosztów, bowiem czynniki te decydują o powodzeniu operacji specjalnych, na których oparta jest praktyka „kidnapingu w służbie prawa”.

Zdarza się, że elementem takiej operacji, a zarazem sygnałem wskazującym na to, że porwanie i uprowadzenie są brane pod uwagę przez władze państwa ścigania, jest ogłoszenie nagrody (z reguły wysokiej) za ujęcie lub pomoc w ujęciu określonej osoby. Krok ten stosuje się w stosunku do osób, na których rządowi tego kraju szczególnie zależy (nierzadko ze względów ambicjonalnych i prestiżowych), gdzie dodatkowo specyfika sytuacji na danym terenie jest tego rodzaju, że bardzo trudne albo wręcz niemożliwe jest bezpośrednie i poufne porozumienie się z władzami lokalnymi. Miało to miejsce m.in. wobec Kansiego i Noriegi<sup>13</sup>. Interesujący był przypadek ogłoszenia na początku lat 60. przez rząd niemiecki takiej nagrody (w wysokości 25 tys. dolarów) za odnalezienie Martina Bormanna. Aby jednak uniknąć odpowiedzialności za jakąkolwiek formę współsprawstwa czy podżegania (naturalnie w razie powodzenia akcji), przedstawi-

10 A. E. Evans, Acquisition of Custody over the International Fugitive Offender – Alternatives to Extradition: A Survey of United States Practice, *British Yearb. of Int'l Law* 1966, t. 40, s. 96.

11 Zob. szerzej na temat tej zasady M. Płachta, Zasada *aut dedere aut iudicare* w dziedzinie międzynarodowej współpracy w sprawach karnych, *Palestra* 2000, nr 7–8, s. 34–42.

12 M.H. Cardozo, When Extradition Fails, Is Abduction a Solution?, *Am. Journal of Int'l Law* 1961, t. 55, s. 127.

13 M. Płachta, Kidnaping, *op. cit.*, s. 168, 196.

ciel Bonn zastrzegł przy tym, że w razie ujęcia i sprowadzenia Bormanna do Niemiec kwota ta zostanie wypłacona tylko pod warunkiem, że państwo dotychczasowego pobytu Bormanna wyrazi zgodę. Widać w tym wyraźnie echa i lekcje wyciągnięte przez Niemców ze sprawy Eichmanna.

#### **4. Formalnoprawne procedury wydania**

W dotychczasowej praktyce państw opartej zarówno na prawie międzynarodowym, jak i wewnętrznym, zostało wykształconych szereg mechanizmów i procedur, przy użyciu których właściwe organy jednego kraju mogą przekazać fizyczne władztwo nad osobą (podejrzany, oskarżony czy skazany) organom innego kraju. Sposoby te odpowiadają różnym formom międzynarodowej współpracy w sprawach karnych, równocześnie obrazując jej historyczny rozwój: od najstarszej, klasycznej formy, jaką jest ekstradycja, poprzez przekazanie ścigania<sup>14</sup>, aż po przekazanie skazanych celem odbycia przez nich w ich kraju ojczystym kary pozbawienia wolności orzeczonej za granicą<sup>15</sup>. Każda z tych form odznacza się jej tylko właściwą specyfiką, której odpowiada stosowna regulacja prawna oraz wypracowane zasady i standardy. Ignorowanie tych różnic i odmienności pomiędzy nimi jest niedopuszczalne, bowiem sprzeciwiałoby się elementarnym regułom metodologicznym. Trzeba przy tym pamiętać, że poszczególne formy i sposoby są odróżniane nie tylko w warstwie prawnomaterialnej i proceduralnej, lecz także terminologicznej, poprzez nadawanie każdej z nich jej tylko właściwej nazwy. Wszystko to prowadzi do wniosku, że nie tylko profesorów prawa obowiązuje wskazówka: *bene docet qui bene distinguit* (tylko ten dobrze uczy, kto umie dokonywać trafnych rozróżnień).

Właśnie na tych rozróżnieniach oparta jest systematyka Działu XIII polskiego k.p.k. z 1997 r. Poszczególnym formom międzynarodowej współpracy w sprawach karnych poświęcone zostały odrębne rozdziały. I tak w rozdziale 63 uregulowana została instytucja przejęcia i przekazania ścigania, w rozdziale 64 – tzw. ekstradycja czynna (czyli sytuacja, w której polskie organy występują do państw obcych z wnioskiem o wydanie osoby), w rozdziale 65 – tzw. ekstradycja bierna (czyli sytuacja, w której Polska jest adresatem wniosku o wydanie nadesłanego z innego kraju), w rozdziale 66 – przejęcie i przekazanie skazanych do odbycia kary pozbawiania wolności w kraju ojczystym. Szczególną uwagę warto zwrócić na rozdział 63, bowiem odmiennie od ustalonej w tym

---

14 E. Janczur, Przejęcie i przekazanie ścigania karnego, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 5, s. 61.

15 M. Płachta, *Transfer of Prisoners under International Instruments and Domestic Legislation: A Comparative Study*, Freiburg 1993, s. 136.

względnie praktyki krajów zachodnioeuropejskich zawarte w nim przepisy dopuszczają, jakkolwiek nie *expressis verbis*, lecz jedynie *implicite*, możliwość przyjęcia w tym trybie od właściwych organów państwa obcego nie tylko samych akt sprawy, lecz także osoby podejrzanego czy oskarżonego. Taki wniosek wynika z brzmienia art. 590 § 3 k.p.k., zgodnie z którym „jeżeli przejęcie ścigania łączy się z przekazaniem przez państwo obce tymczasowo aresztowanego, art. 598 stosuje się”.

Wyraźniejsza jest natomiast ta regulacja w odniesieniu do przekazania przez nasze organy postępowania karnego za granicę. Art. 591 § 4 stanowi bowiem, że w razie uwzględnienia wniosku o przekazanie Minister Sprawiedliwości zarządza niezwłocznie „przekazanie osoby ściganej”, jeżeli jest ona tymczasowo aresztowana, wraz z aktami sprawy, właściwemu organowi państwa obcego.

Rozwój prawa międzynarodowego wzbogacił ten katalog o kolejny nowy środek. Jego potrzebę odczuwano po raz pierwszy, kiedy opracowywano Statut dla Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKJ). W rezultacie ani w dokumentach konstytuujących MTKJ, a więc w Rezolucji nr 827 Rady Bezpieczeństwa oraz w jego Statucie, ani w Raporcie Sekretarza Generalnego stosownie do ust. 2 Rezolucji 808 (1993), ani wreszcie w Regulaminie Trybunału nie występuje określenie „ekstradycja” (*extradition*). Zamiast tego dla oznaczenia procedury przemieszczania osób pomiędzy państwem wezwanym a MTKJ używane są dwa inne pojęcia: *transfer* oraz *surrender*, które można by przetłumaczyć odpowiednio jako „przekazanie” oraz „dostarczenie”. (Poprawniej należałoby użyć tutaj słowa „wydanie”, ale to w polskim języku prawnym odnosi się do ekstradycji).

Również w rzymskim Statucie (Stałego) MTK zaproponowana i przyjęta została analogiczna zmiana terminologii w zakresie najważniejszej, z praktycznego punktu widzenia, formy współpracy, wyrażającej się w przekazywaniu Trybunałowi podejrzanych, oskarżonych i skazanych na jego wniosek przez państwa. Polega ona na zastąpieniu dotychczasowego określenia *extradition* terminem *surrender*. Delegacja polska przedstawiła propozycję wprowadzenia do Statutu jednoznacznego określenia obu pojęć<sup>16</sup>. Taką „legalną definicję” obu form na potrzeby Statutu i Trybunału zawiera art. 102. Zgodnie z tym postanowieniem „dostarczenie” oznacza wydanie osoby Trybunałowi przez państwo w trybie przewidzianym Statutem, natomiast „ekstradycja” oznacza wydanie

<sup>16</sup> M. Płachta, Statut Stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego: podstawowe zasady kompetencyjne, organizacyjne i procesowe, Państwo i Prawo 1998, nr 12, s. 30; tenże, (Stały) Międzynarodowy Trybunał Karny: triumf idealizmu nad polityką?, Palestra 1998, nr 11–12, s. 190.

osoby przez jedno państwo drugiemu państwu na podstawie umowy, konwencji lub ustawodawstwa krajowego.

Kilka słów należy jeszcze poświęcić wspomnianej ekstradycji *brevi manu*. Sposób rozumienia tego pojęcia uległ zmianie. Dawniej używano tej nazwy na wydawanie osób w drodze ekstradycji, ale w wyniku bezpośredniego porozumienia przedstawicieli organów ścigania, zwłaszcza prokuratorów, choć czasem nawet funkcjonariuszy policji, z pominięciem obowiązującego kanału dyplomatycznego<sup>17</sup>. Dzisiaj rzadko oznacza się nim kidnapping i inne „alternatywne metody” wydawania osób<sup>18</sup>. Z reguły natomiast pojęcie to odnosi się do wydania na podstawie umowy lub porozumienia, choć bez tych wszystkich formalności i gwarancji, jakie wykształciły się w obrębie typowej ekstradycji. Przykładem jest wydawanie żołnierzy i personelu cywilnego przewidziane w umowach o statusie prawnym sił zbrojnych czasowo stacjonujących w bazach wojskowych, np. NATO SOFA<sup>19</sup>.

## 5. „Ukryta ekstradycja”

„Ukrytej ekstradycji” poświęcono dość obszerną literaturę<sup>20</sup>. Tutaj warto natomiast rozważyć następujący problem: do zastosowania tej metody dochodzi w jednej z dwóch następujących sytuacji – albo pomiędzy państwem ścigania i państwem pobytu istnieje traktat ekstradycyjny lub wydanie jest dopuszczalne na podstawie ustawodawstwa wewnętrznego, albo nie. W pierwszej sytuacji mamy do czynienia z obejściem formalnej ekstradycji, a w drugiej – ze swoistym „substytutem” ekstradycji. Powstaje pytanie, czy to rozróżnienie jest prawnie relewantne. Orzecznictwo sądowe zdaje się wskazywać na to, że okoliczność, czy ekstradycja była dostępna, czy też nie, ma istotne znaczenie dla oceny działań tego typu podjętych w konkretnej sprawie oraz, co może jeszcze ważniejsze, dla wyciągnięcia odpowiednich konsekwencji. Poza tym należy wspomnieć, że w odróżnieniu od kidnapingu, który może być zarówno wynikiem współdziałania obu państw, jak i aktem jednostronnym w wykonaniu państwa ścigania, „ukryta ekstradycja” wprost zakłada element porozumienia właściwych władz obu państw, w przeciwnym bowiem wypadku działanie to

---

17 E. Delaquis, Unzulänglichkeiten im internationalen Auslieferungsrecht der Gegenwart, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 1927, t. 40, s. 156.

18 M. Herdegen, Die Achtung fremder Hoheitsrechte als Schranke nationaler Strafgewalt, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1987, t. 47, s. 237.

19 A. E. Evans, Extradition and Rendition: Problems of Choice, (w:) International Aspects of Criminal Law: Enforcing United States Law in the World Community, red. R. B. Lillich, Charlottesville 1981, s. 4.

20 Bibliografię zawiera praca M. Płachty, Kidnapping, *op. cit.*, s. 203 i nast.

mogłoby nie przynieść zamierzonego efektu. Ponadto choć można pokusić się o tezę, iż w przypadku kidnapingu państwo ścigania pełni bardziej aktywną rolę, podczas gdy przy „ukrytej ekstradycji” jego rola jest bierna<sup>21</sup>, to trzeba pamiętać, że jest to pewna generalizacja, i że w konkretnej sprawie poziom aktywności i stopień zaangażowania obu państw może wyglądać inaczej.

Wynika to bowiem z bardzo dynamicznego charakteru zarówno każdej z „alternatywnych metod”, jak i stosunków pomiędzy państwami włączonymi w konkretną „akcję”. Ta specyfika uwarunkowana jest z kolei szczególnym podłożem, na którym one wyrastają. Składa się na nie wyraźnie postrzegany w państwie ścigania interes w pociągnięciu danej osoby do odpowiedzialności karnej, który generuje pragmatyczne i utylitarne podejście do kwestii osiągnięcia tego celu. Stąd też zasadniczym, jeśli nie jedynym, kryterium oceny podejmowanych działań jest ich skuteczność. Można więc powiedzieć, że im silniej odczuwana jest chęć (potrzeba) postawienia przestępcy przed sądem, zwłaszcza gdy ma ona charakter nie jednostkowy, lecz legitymuje się szerokim poparciem społecznym (*vide* przykłady Ocalana, Carlosa „Szakala”, Eichmanna, liderów karteli narkotykowych czy zabójców amerykańskich agentów DEA), tym mniejszą rolę odgrywa kwestia ich zgodności z jakimikolwiek normami prawnymi. Dążeniu do osiągnięcia zamierzonego celu podporządkowane jest również nawiązanie współdziałania z państwem pobytu, a czasem nawet zaangażowanie państw trzecich (w jednej ze spraw występowały łącznie cztery kraje).

## 6. Współdziałanie państwa pobytu

Współpraca ze strony innych państw (włącznie z państwem pobytu) rzadko jednak odbywa się na zasadzie *do ut des* bądź też z pobudek ideowych czy ideologicznych. Z reguły dochodzi do niej na skutek odpowiedniej „zachęty” czy obietnicy korzyści przez państwo podejmujące inicjatywę, czyli państwo ścigania. Poziom i stopień zaangażowania państwa pobytu w przedsięwzięcie jest różny i może przybrać jedną z następujących postaci:

A. przyjęcie do wiadomości informacji na temat planowanej „akcji” i zachowanie biernej postawy (udawanie, że nic się nie dzieje);

B. przyzwolenie na „akcję”, które rzadko wyrażane jest wprost (*explicite*), bo z reguły znajduje wyraz w pewnych działaniach i oświadczeniach, bądź ich braku, z których dopiero pośrednio można wyciągnąć stosowny wniosek; przyzwolenie może mieć miejsce albo przed rozpoczęciem operacji, albo już po jej zakończeniu;

---

<sup>21</sup> G. Gilbert, *Aspects of Extradition Law*, Nijhoff 1991, s. 184.



C. aktywne działania organów państwa pobytu, które może być:

- a) w pełni samodzielne,
- b) podejmowane wspólnie bądź w sposób skoordynowany z działaniami agentów państwa ścigania;

natomiast ze względu na zgodność z ustawodawstwem państwa pobytu działania te mogą być:

- a) prawne,
- b) bezprawne,
- c) *extra legem*.

Ustalenie współdziałania państwa pobytu w przeprowadzanej operacji oraz sprecyzowanie jego charakteru ma decydujące znaczenie dla określenia z jednej strony ewentualnego pogwałcenia suwerenności tego państwa i prawa międzynarodowego, a z drugiej – pozycji prawnej osoby wydanej w taki szczególny sposób z punktu widzenia możliwości dochodzenia przez nią roszczeń. Okazuje się jednak, że udowodnienie faktów wskazujących wprost bądź pośrednio na takie współdziałanie napotyka na duże trudności spowodowane naturalną skłonnością rządu państwa pobytu do utrzymania w tajemnicy czynności jego funkcjonariuszy, które nie tylko budzą zastrzeżenia, gdy chodzi o ich zgodność z prawem, ale mogą nawet wywołać rozruchy społeczne i zamieszki.

Przykładem jest sprawa jednego z najpotężniejszych bossów kartelu narkotykowego, Matty-Ballesterosa (obywatela Hondurasu), którego imperium mieściło się w Meksyku. Kiedy Amerykanie zwrócili się o jego ekstradycję i „przekonali” Meksykanów do wydania go, Matta, uprzedzony o mającym nastąpić aresztowaniu, wyjechał z Meksyku, udając się do innych krajów Ameryki Łacińskiej w poszukiwaniu schronienia. W czasie pobytu w Kolumbii został wydany władzom Hondurasu. Uznał wtedy, że jego ojczyzna będzie najpewniejszym i najbardziej bezpiecznym miejscem, bowiem ustawodawstwo tego kraju zabrania ekstradycji własnych obywateli. Przeliczył się jednak, nie doceniając tego, jak bardzo połączone siły DEA i FBI chcą go „dostać”. Agenci tych służb, działając wspólnie z żołnierzami honduraskich wojsk specjalnych, porwali Mattę z jego hacjendy w Hondurasie i przewieźli samolotem do USA<sup>22</sup>. Kiedy w kilka godzin później wiadomość o tym została ujawniona, w Hondurasie doszło do poważnych rozruchów i demonstracji wymierzonych zarówno przeciwko *gringos*, jak i własnemu rządowi (domagano się m.in. głowy gubernatora prowincji, przy czym żądanie to rozumiano dosłownie). Kilka osób straciło życie, a straty materialne i zniszczenia były ogromne.

---

22 United States v. Matta-Ballesteros, 71 F. 3d 754 (9th Cir. 1995), 107 ILR (1997).

Trudności w ustaleniu współpracy wynikają niejednokrotnie z celowego działania organów w to zaangażowanych, zmierzających do zatarcia śladów własnych czynności. Motywem jest z reguły chęć uniknięcia odpowiedzialności (karnej, dyscyplinarnej, politycznej). Zdarza się jednak, że motywacja jest znacznie silniejsza: jest nią instykt samozachowawczy. W krajach, w których zorganizowane grupy przestępcze, zwłaszcza zajmujące się narkotykami, zdobyły liczącą się pozycję, ich przywódcy dla utrzymania i wzmocnienia jej stosują nie tylko przekupstwo, ale także bardziej drastyczne środki, jak np. groźby, porwania, wymuszenia, zabójstwa, aby zapewnić sobie bezkarność. W wielu wypadkach policjanci, podejmujący się współpracy z agentami państwa ścigania i w ramach niej aresztujący członka grupy, narażają się na zemstę ze strony grupy. Nic więc dziwnego, że działający w takich warunkach funkcjonariusze państwa pobytu chowają się za „podwójną gardą”, próbując się zabezpieczyć zarówno przed przełożonymi, jak i przestępcami. W razie „wpadki” ci pierwsi, zachęteni odpowiednimi łapówkami przez szefów grup, głośno i kategorycznie wypierają się jakiegokolwiek związku z działaniami podwładnych, a nawet wiedzy na ten temat, potępiają je i w ten sposób usiłują wykazać brak (pośredniego) uznania aktu „szczególnego wydania” przez rząd państwa pobytu. W tym celu składane są sprzeczne z sobą oświadczenia, zacierane ślady, a nawet fałszowane dokumenty i fabrykowane dowody. Czy można się więc dziwić, że w takiej sytuacji przekonujące udowodnienie współdziałania staje się, oględnie mówiąc, trudne?

W efekcie otrzymujemy obraz wydarzeń, który jest niepełny i zniekształcony, a co najgorsze – trudno go ustalić na podstawie kompletnych i wiarygodnych dowodów. Te bowiem zastępowane są z konieczności domysłami i spekulacjami. Przykładem są kontrowersje wokół sprawy Verdugo-Urquideza, jednego z najbardziej znaczących członków kartelu narkotykowego kierowanego przez Caro-Quintero w Meksyku<sup>23</sup>. Choć Amerykanie zażądali jego wydania w drodze ekstradycji, to szansa na nią była minimalna z uwagi na jego obywatelstwo oraz zakaz ekstradycji własnych obywateli w ustawodawstwie Meksyku połączony z konsekwentną polityką rządu tego kraju. „Szczególne wydanie” Verdugo, do którego doszło, określane jest przez jednych jako „kidnapping”, a przed drugich – jako wprawdzie „nieformalne”, ale przecież prawne, wydanie, będące owocem ścisłej współpracy organów ścigania USA i Meksyku. Naturalnie, gdyby się okazało, że funkcjonariusze tego drugiego kraju brali udział w porwaniu, uprowadzeniu i przekazaniu amerykańskim kolegom Verdugo, to należałoby to

<sup>23</sup> P.S. McCarthy, United States v. Verdugo-Urquidez: Extending the Ker-Frisbie Doctrine to Meet the Modern Challenges Posed by the International Drug Trade, *New England Law Review* 1993, t. 27, s. 1091.

uważać za wyraz przyzwolenia przez Meksyk na operację, a tym samym traktować jako pośrednio wyrażoną zgodę. Pewne fakty wydają się wskazywać właśnie na taką wersję: porwanie i uprowadzenie zostało dokonane przez sześciu policjantów meksykańskich, spośród których jeden wylegitymował się odznaką (legitymacją) w czasie zatrzymywania Verdugo; do granicy był on transportowany samochodem policyjnym.

Z drugiej jednak strony w oświadczeniu wydanym zaraz po tym incydencie rząd meksykański potępił zachowanie tej szóstki, a ponadto wskazał, że osoby te działały w charakterze prywatnym i nie można przypisywać ich czynów policji, bowiem na pięć dni przed porwaniem wszyscy zostali zwolnieni ze służby. Jeśli dodać do tego przyznany przez USA fakt wypłacenia tym osobom 32 tys. dolarów (*post factum*), to można by zaryzykować tezę, iż stały się one agentami Stanów Zjednoczonych. Można by jednak kontrargumentować, twierdząc, że intencją rządu amerykańskiego nie było zatrudnianie tych osób jako swoich agentów, lecz że działał on w przeświadczeniu (opartym na deklaracjach złożonych przez te osoby), iż są one w dalszym ciągu pełnoprawnymi funkcjonariuszami policji meksykańskiej. Jednak niektóre inne fakty zdają się temu przeczyć. Przede wszystkim zaangażowanie meksykańskiej policji w tę sprawę nie było ograniczone jedynie do działań wspomnianej szóstki. Już po zatrzymaniu i uprowadzeniu Verdugo Komendant Główny Policji Federalnej wydał zezwolenie agentom DEA na przeszukanie domów i mieszkań zajmowanych przez Verdugo w poszukiwaniu dowodów jego przestępczej działalności. Co więcej, funkcjonariusze policji meksykańskiej pomagali agentom DEA w przeszukaniu. W świetle tych okoliczności może wydawać się mało prawdopodobne, iżby porwanie i uprowadzenie Verdugo odbywały się bez wiedzy (a zatem bez co najmniej „cichego” przyzwolenia) wysokich funkcjonariuszy policji – to zaś powodowałoby, że zamieszany jest rząd, ze wszystkimi konsekwencjami, jakie z tego wynikają.

## 7. Podstęp jako wybór „mniejszego zła”?

Jeśli przyjąć, że kidnapping jest najbardziej drastycznym środkiem (być może tylko jego „militarna wersja”, tj. inwazja wojskowa na obce państwo, jak to miało miejsce w przypadku panamskiego szefa rządu Manuela Noriegi, stanowi jeszcze bardziej skrajną formę) użytym przez państwo ścigania w celu zapewnienia jego organom obecności oskarżonego, świadczącym z jednej strony o najwyższym stopniu determinacji w dążeniu do postawienia go przed sądem, a z drugiej – o maksymalnej frustracji spowodowanej brakiem widoków na osiągnięcie tego celu w drodze ekstradycji. Mając taką perspektywę, może się

wydawać, że wyborem „mniejszego zła” będzie zastosowanie podstępu, zmierzającego do zwabienia tej osoby albo bezpośrednio na terytorium państwa ścigania, albo w inne miejsce, w którym możliwe będzie ujęcie jej. Praktyka międzynarodowa dostarcza szeregu przykładów takich praktyk, dowodząc dużej pomysłowości w wymyślaniu najróżniejszych „sztuczek” i chwytów, służących temu celowi<sup>24</sup>.

Ich prawna ocena jest jednak niejednoznaczna, bowiem wymaga ona najpierw rozstrzygnięcia zasadniczej kwestii: czy podstępne zwabienie i ujęcie oskarżonego wywiera negatywny wpływ na jego prawo do rzetelnego i uczciwego procesu (*fair trial*), a ściślej mówiąc, czy go nie przekreśla? Odpowiedź na to pytanie ma z kolei ścisły związek z zagadnieniem określenia wpływu podstępu na wolność woli. Konkretnie chodzi o ustalenie, czy zastosowany w danej sprawie podstęp nie wyłączył możliwości podjęcia przez oskarżonego swobodnej decyzji odnośnie jego podróży z jednego kraju do drugiego. Jeśliby bowiem tak było, to mielibyśmy do czynienia z namiastką ekstradycji, której istota polega na przemieszczeniu osoby ściganej między dwoma państwami bez jej zgody, i w zdecydowanej większości wypadków – wbrew jej woli. W takiej sytuacji użycie podstępu należałoby kwalifikować raczej jako „inną formę bezprawnego wydania”. Wydaje się jednak, że jest to koncepcja skrajna i choć teoretycznie możliwa do pomyślenia i rozważenia, to nie znalazła ona zastosowania w dotychczasowym orzecznictwie. Wbrew poglądom niektórych autorów, których pryncypialne odrzucenie podstępu jako techniki ułatwiającej wydawanie osób ściganych w stosunkach między państwami oparte jest głównie na argumentach zaczerpniętych z innej „parafii”, tj. kidnapingu<sup>25</sup>, niemal we wszystkich sprawach, do których udało mi się dotrzeć, sądy krajowe (a w jednej dodatkowo trybunał międzynarodowy) „usankcjonowały” tę metodę, nie znajdując podstaw do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji z użycia jej przez organy ścigania, w szczególności w postaci pozbawienia sądu jurysdykcji *in personam* w takim wypadku.

Ściganie przestępstw narkotykowych jest szczególnie mocno związane ze stosowaniem różnego rodzaju „specjalnych technik”, w tym forteli, przesyłki niejawnie nadzorowanej, zakupu kontrolnego (czyli pozornej transakcji). Jest to spowodowane specyfiką działania sprawców takich czynów. W te działania wpisuje się używanie podstępu celem zwabienia oskarżonego przebywającego za granicą. Ilustracją tej praktyki są poniższe dwie sprawy niemieckie. Na wstępie warto zaznaczyć, że w obu aktywną rolę odgrywali tajni agenci policji

<sup>24</sup> J. J. Paust, M. Cherif Bassiouni, S. A. Williams, M. Scharf, J. Gurulé, B. Zagaris, *International Criminal Law. Cases and Materials*, Durham 1996, s. 426–440.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 435.

niemieckiej, którzy wykonywali obowiązki służbowe, zatem w obu sprawach policja nie tylko opracowała plan, ale go również wykonywała.

W pierwszej sprawie chodziło o mieszkającego w Holandii Turka, który był jednym z głównych dostawców heroiny na rynek niemiecki. Działający w Holandii tajny agent niemiecki, po uzyskaniu zaufania Turka kilkoma dokonanymi pozornymi transakcjami, zaproponował handlarzowi przeprowadzenie znacznie korzystniejszej transakcji w Niemczech, gdzie ceny są wyższe. Ten przyjął ofertę i zorganizował dodatkowy samochód wraz z kierowcą w celu przemycenia narkotyków z Holandii do Niemiec. Po przekroczeniu granicy wszyscy zostali aresztowani przez policję na z góry umówionym miejscu postojowym przy autostradzie. Turek został potraktowany surowo i skazany na karę 11 lat więzienia. W skardze odwoławczej jego obrońca wskazał, że jego klient został w istocie sprowokowany do popełnienia przestępstwa, a następnie podstępnie sprowadzony do Niemiec. Co najważniejsze jednak, niemiecki tajny agent działał na terytorium Holandii bez odpowiedniego upoważnienia, a tym samym naruszył suwerenność tego kraju. Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego postępowania. Drugi wyrok sądu pierwszej instancji brzmiał jednak identycznie, jak pierwszy. Tym razem jednak Sąd Najwyższy oddalił kolejną apelację, uznając brak podstaw do zaproponowanego w niej umorzenia postępowania ze względu na przeszkodę procesową w postaci „naruszenia podstawowych zasad prawa międzynarodowego”. Zauważył na marginesie, że do tej pory rząd holenderski, jako „ofiara” owej manipulacji, nie zajął stanowiska w tej sprawie. Ten ostatni poczuł się „wywołany do tablicy” i zaraz potem wystosował formalną notę werbalną, w której zaprotestował przeciwko naruszeniu jego suwerenności przez organ niemiecki oraz zażądał niezwłocznego zwrotu Turka.

Obrońca oskarżonego złożył skargę do Trybunału Konstytucyjnego. Ten jednak odmówił jej merytorycznego rozpoznania, powołując się na jednoznaczną linię swojego dotychczasowego orzecznictwa, w którym zajmuje stanowisko, zgodnie z którym we wskazanych w skardze okolicznościach prawo międzynarodowe nie stoi na przeszkodzie dalszemu prowadzeniu postępowania karnego w Niemczech<sup>26</sup>. Orzekający w tej sprawie Sąd Najwyższy dokonał wyraźnego odróżnienia podstępu od kidnapingu: tylko w przypadku tego drugiego można mówić o pewnej międzynarodowej praktyce państw i tylko tutaj protest rządu holenderskiego ma znaczenie. Wszystkie organy sądowe wszystkich instancji wypowiadające się w tej sprawie były zgodne co do jednego: działający bez odpowiedniego upoważnienia na terytorium Holandii agent policji

---

26 Np. postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 17 lipca 1986 r., BVerfG, 2 BvR 1190/84, Europäische Grundrechte Zeitung 1986, s. 18.

niemieckiej podstępem zwabił Turka do Niemiec w celu aresztowania go. Ustalenie to połączone z notą werbalną rządu holenderskiego otwiera kwestię zadośćuczynienia i rozważenia formy oraz sposobu odszkodowania. Natomiast zarówno Trybunał Konstytucyjny<sup>27</sup>, jak i Sąd Najwyższy stanęły na stanowisku, iż podstępne zwabienie oskarżonego do Niemiec nie stanowi przeszkody w pociągnięciu go do odpowiedzialności karnej i przeprowadzeniu postępowania<sup>28</sup>.

Ciekawsza, choć bardziej wielowątkowa, jest sprawa Waltera Stocké, znanego przedsiębiorcy budowlanego, którego firma zbankrutowała, a on sam został oskarżony o przestępstwa podatkowe w 1976 r. Wkrótce potem zniknął z Niemiec, w związku z czym rok później został wydany międzynarodowy nakaz aresztowania. W 1978 r. do prokuratora prowadzącego sprawę Stocké zgłosił się pewien informator policyjny, który zaoferował pomoc w odszukaniu Stocké i sprowadzeniu go do Niemiec. Okazało się, że Stocké mieszka w Strasburgu. Jednak z uwagi na charakter zarzucanych mu przestępstw władze niemieckie nie traktowały ekstradycji jako realnej opcji. Postanowiono posłużyć się fortelem. Na naradzie z udziałem prokuratury, policji i informatora opracowano plan zwabienia Stocké do Luksemburga, skąd miałby zostać deportowany do Niemiec. „Przynętę” mieli zarzucić informator oraz policjant. Miała ją stanowić propozycja lukratywnej inwestycji budowlanej w Hiszpanii, celem omówienia której konieczne było spotkanie zainteresowanych w Luksemburgu. Okazało się przy tym, że informator nie zgłosił swojej oferty całkiem bezinteresownie, bowiem toczyło się przeciwko niemu postępowanie karne. Prokurator nie zaoferował mu wprawdzie nagrody pieniężnej za jego usługi, ale zapewnił, że zostaną one potraktowane przez sąd jako okoliczność łagodząca w jego sprawie.

Z „wariantu luksemburskiego” trzeba było jednak zrezygnować, bowiem policja tego kraju uprzedziła, że przy ustalaniu docelowego miejsca wydalenia w pierwszej kolejności bierze pod uwagę kraj wskazany przez deportowanego; zaś Stocké z pewnością nie wybierze Niemiec. Po tym niepowodzeniu wersje wydarzeń podawane przez informatora i niemieckie organy ścigania różnią się od siebie. Ten pierwszy twierdzi, że w dalszym ciągu działał w porozumieniu z tymi drugimi, ci drudzy temu zaprzeczają, twierdząc, że działał on z własnej inicjatywy. Zdołał on jakoś przekonać Stocké do tego, aby ten wsiadł do prywatnego samolotu wynajętego przez informatora w Strasburgu celem udania się na spotkanie do Luksemburga, by sfinalizować projekt hiszpański. Na prośbę informatora (wyrażoną przed startem albo dopiero w czasie lotu, trudno

27 Postanowienie Trybunału Konstytucyjnego z 3 czerwca 1986 r., BVerfG, 2 BvR 1451/85, Strafverteidiger 1987, s. 137.

28 Postanowienie Federalnego Sądu Najwyższego z 19 grudnia 1986 r., BGH, 2 StR 588/86, Strafverteidiger 1987, s. 138.

to ustalić) pilot wylądował na lotnisku w Saarbrücken, gdzie czekali już z kajdankami policjanci niemieccy uprzedzeni telefonicznie kilka godzin wcześniej przez informatora. Ten ostatni otrzymał od policji i prokuratury zwrot kosztów poniesionych w związku z „akcją”.

Na wniosek Stocké zostało wszczęte dochodzenie w sprawie bezprawnego pozbawienia go wolności oraz dodatkowo postępowanie dyscyplinarne przeciwko prokuratorom i policjantom zamieszany w tę aferę. Jednak postępowania przeciwko wszystkim „osobom urzędowym” zostały umorzone i jedynym „kozłem ofiarnym” został informator. Ten wszelako, zorientowawszy się, co się dzieje, wziął przykład ze Stocké i zniknął z Niemiec. Tutaj tymczasem sąd rejonowy skazał byłego przedsiębiorcę budowlanego za szereg przestępstw na łączną karę 6 lat więzienia. W liczącym 400 stron uzasadnieniu sąd dowodził, że jego jurysdykcja w tej sprawie jest niepodważona, bowiem można tutaj mówić co najwyżej o pewnym rodzaju „prywatnego uprowadzenia” (*private Entführung*), które nie obciąża władz niemieckich. Ponadto niezależnie od sposobu zapewnienia obecności oskarżonego, jurysdykcja sądu niemieckiego pozostaje nienaruszona. O ewentualnym pogwałceniu umowy ekstradycyjnej francusko-niemieckiej również nie ma mowy, bowiem traktaty ekstradycyjne tworzą prawa i obowiązki jedynie pomiędzy państwami; jednostka nie jest ich beneficjentem. Tymczasem rząd francuski, powiadomiony o całym zajściu, zachował całkowite milczenie. Co więcej, prokurator strasburski poinformował władze niemieckie o umorzeniu dochodzenia w sprawie bezprawnego pozbawienia wolności pana Stocké z powodu braku cech przestępstwa w czynie informatora, bowiem z jego ustaleń wynika, że Stocké wsiadł do samolotu dobrowolnie. Sąd Najwyższy utrzymał w mocy zaskarżony wyrok. Podobnie jak w jednej z poprzednio omówionych spraw, Trybunał Konstytucyjny odmówił merytorycznego rozpoznania wniesionej skargi.

Do tej zaś warto dodać krótkie postscriptum: w dziesiątą rocznicę operacji Strasburg-Saarbrücken niemiecki sąd rejonowy w ramach kontroli zasadności wniesionego oskarżenia przeciwko informatorowi umorzył postępowanie z powodu oczywistej bezpodstawności aktu oskarżenia. Na skutek zażalenia postanowienie to zostało uchylone. W toku dalszego postępowania prokurator umorzył postępowanie na skutek przedawnienia. Stocké złożył skargę do Europejskiej Komisji Praw Człowieka, powołując się na to, że ujęcie go, a następnie pozbawienie wolności (początkowo w formie tymczasowego aresztowania, a potem więzienia) naruszyło art. 5 ust. 1 i art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jednak ani Komisja, ani Trybunał nie dopatrzyły się naruszenia tych przepisów, uznając, że brak jest podstaw

do przyjęcia, że współpraca pomiędzy organami niemieckimi a informatorem obejmowała bezprawne działania poza granicami Niemiec<sup>29</sup>.

Istnieje uzasadnione podejrzenie, że władze niemieckie zamieszane są w inną jeszcze aferę o wyraźnym posmaku podstępny, która choć miała miejsce w 1994 r., to jeszcze niedawno, bo w 1998 r. spowodowała interpelację w Bundestagu<sup>30</sup>, a do dzisiaj nie zostały wyjaśnione wszystkie jej okoliczności. Chodziło w niej o pewnego niemieckiego fizyka, byłego radnego Hamburga, któremu po zjednoczeniu Niemiec i uzyskaniu przez organy ścigania RFN dostępu do archiwów STASI postawiono zarzut szpiegostwa na rzecz byłej NRD. Po zwolnieniu z aresztu za kaucję fizyk uciekł do Austrii tuż przed terminem rozprawy. Ekstradycja nie wchodziła w grę z powodu politycznego charakteru przestępstwa. Niemieckie organy ścigania, choć nie zareagowały natychmiast i nerwowo, nigdy nie pogodziły się z myślą o ewentualnej bezkarności eks-szpiega; była to kwestia honoru i ambicji. Po kilku latach fizyk, już zadomowiony w Austrii, postanowił sprowadzić cały dobytek pozostawiony w Hamburgu. Właśnie w związku z tym otrzymał wezwanie austriackich władz celnych do stawienia się w austriackim urzędzie celnym dla załatwienia formalności dotyczących mienia przesiedleńczego. Udając się wyznaczonego dnia na wyznaczone miejsce, nie przyszło mu do głowy sprawdzić drobnej okoliczności: ów urząd celny był wspólny dla służb austriackich i niemieckich, co oznacza m.in., że celnicy obu krajów mają tam takie same uprawnienia.

Stało się to, co zapewne zgodnie z planem stać się miało: po krótkiej ucieczce i szarpaninie został zatrzymany przez niemieckich funkcjonariuszy służby granicznej i przekazany policji tego kraju. Po kilku miesiącach został skazany, lecz sąd wymierzył łagodną karę, a po krótkim pobycie w więzieniu skazany został przedterminowo zwolniony. Ponieważ zbieg okoliczności był zbyt oczywisty, żeby uwierzyć w przypadek, więc od początku podejrzewano „zmowę” organów niemieckich z austriackimi. Na nic zdały się tłumaczenia celników i ustalenia zawarte w uzasadnieniu wyroku skazującego, próbujące przekonać społeczeństwo, że działanie celników w tej sprawie, w tym także (a może przede wszystkim) niemieckich pograniczników było jak najbardziej legalne, bo w pełni zgodne z postanowieniami porozumienia austriacko-niemieckiego z 1955 r. o ułatwieniu odpraw granicznych, i że o żadnym pogwałceniu prawa ani krajowego, ani międzynarodowego, nie może być mowy<sup>31</sup>.

29 Stocké przeciwko Niemcom, Europejski Trybunał Praw Człowieka, wyrok z 19 marca 1991 r., Ser. A nr 199.

30 Deutscher Bundestag, BT Drucksache 13/9962 (1998), s. 10.

31 Wyrok Sądu Wyższego w Hamburgu z 11 listopada 1994 r., OLG, 3 StE 7/91–2, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1995, s. 552.



W obu państwach zostały wszczęte dochodzenia przeciwko celnikom i funkcjonariuszom służby granicznej, z tym że postępowanie w Niemczech zostało umorzone, bowiem nie dostarczyło podstaw do wniesienia aktu oskarżenia. W ten sposób nie tylko niczego nie wyjaśniono, ale na dodatek niemal uniemożliwiono wyjaśnienie tej sprawy przez Austriaków, ci bowiem zwrócili się do władz niemieckich o udzielenie pomocy prawnej, w ramach której sąd austriacki chciałby przesłuchać zamieszanych w aferę urzędników niemieckich. Kłopot z udzieleniem jej jest jednak podwójny: raz, z uwagi na ich status jako urzędników państwowych, a dwa, właśnie z powodu umorzenia postępowania w Niemczech. Interpelacja w Bundestagu również nic nie dała. Zresztą sąd skazujący eks-szpiega napisał wyraźnie, że nawet gdyby hipotetycznie założyć jakieś uchybienia w sposobie, w jaki podsądny znalazł się w Niemczech, to i tak – zgodnie z orzecznictwem sądów niemieckich – niczego by to nie zmieniło w jego sytuacji prawnoprocesowej.

Małgorzata Szeroczyńska

## Dowód z analizy śladów genetycznych w postępowaniu karnym na tle prawno-porównawczym

### I. Wstęp

Opracowana w 1985 r. przez Aleca Jeffreysa<sup>1</sup> analiza tzw. DNA–Fingerprint polega na porównaniu profili genetycznych śladów znalezionych na miejscu przestępstwa lub na pokrzywdzonym z próbkami pobranymi od oskarżonego.

Test ten opiera się na podstawowym założeniu genetyki o jedności biologicznej jednostki. Każdy człowiek posiada kod genetyczny, właściwy tylko dla niego i niepowtarzalny, za wyjątkiem bliźniąt jednojajowych. Ten kod, zwany genomem, jest zbudowany z kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA), składającego się z około trzech miliardów jednostek podstawowych ułożonych w sekwencje. DNA jest obecny w jądrze wszystkich komórek organizmu, a ponieważ zawsze jest identyczny, analiza może być dokonywana z jakiegokolwiek komórki, z wyjątkiem czerwonych dorosłych krwinek oraz płytek krwi, które nie zawierają jądra. Najczęściej DNA jest wyodrębniane z leukocytów zawartych w próbce płynnej krwi. Niemniej jednak medycyna sądowa wykorzystuje również inne tkanki, jak: spermę, ślinę, mięśnie, organy wewnętrzne, kości, włosy, naskórek itp. Na obecnym stadium techniki potrzeba około stu komórek, ażeby móc przeprowadzić analizę, tak więc plama krwi o powierzchni 1 mm<sup>2</sup> lub cebulka jednego włosa są w tym celu zupełnie wystarczające<sup>2</sup>. Co więcej, molekuly DNA cechują się dużą stabilnością. Są one między innymi odporne na zmiany temperatury, tak na ekstremalne gorąco, jak i na ekstremalne zimno. Jednakże, mimo że możliwe było wydzielenie DNA nawet z owadów zatopionych w bursztynie, czy z mumii, ulega ono degradacji, głównie pod wpływem promieni ultrafioletowych, niektórych związków chemicznych oraz działalności bakterii<sup>3</sup>.

Stosowane są dwa rodzaje testu DNA: analiza określana jako RFLP (*Restriction Fragment Length Polymorphism*) oraz analiza zwana powszechnie PCR (*Polymerase Chain Reaction*). W technice RFLP DNA jest najpierw

---

1 A. J. Jeffreys, V. Wilson, S. L. Thein, Individual-specific „fingerprints” of human DNA, *Nature* 1985, nr 316, s. 76–79.

2 Ch. Dautrempuich, F. Dautrempuich, *Les empreintes génétiques*, (w:) Ch. Dautrempuich (red.), *Les empreintes génétiques en pratique judiciaire*, Paryż 1998, s. 11–18.

3 B. Ludes, P. Mangin, *Les empreintes génétiques en médecine légale*, Paryż 1992, s. 94.

wyodrębniane z pobranych wcześniej próbek i oczyszczane. Następnie, za pomocą skomplikowanych reakcji enzymatycznych, długi łańcuch DNA zostaje pocięty na kawałki o różnej długości, które w procesie elektroforezy ulegają uporządkowaniu według wielkości. Specjalna sonda radioaktywna pozwala na wyświetlenie poszczególnych fragmentów łańcucha na tzw. autoradiografii. Polimorfizm długości elementów DNA, inny u każdego człowieka, jest obrazowany na fotografii poprzez czarne pasma, przypominające swoim wyglądem kod paskowy, co niezmiernie ułatwia porównanie wyników analiz dwóch różnych próbek.

Metoda ta okazała się jednak zbyt czasochłonna i wymagająca dużej ilości czystego i niezdegradowanego materiału genetycznego. Tym niedogodnościom miała zapobiec technika PCR, w czasie której dochodzi, za pomocą odpowiednich reakcji chemicznych, do zwielokrotnienia posiadanego DNA. W ten sposób identyfikacja stała się możliwa na podstawie próbki zawierającej między pięćdziesiąt a sto komórek i to nawet w przypadku materiału biologicznego zanieczyszczonego lub zdegradowanego. Technika PCR okazała się także dużo szybsza. Jej wyniki są dostępne już po dwunastu godzinach w przypadku krwi i siedemdziesięciu dwóch – w przypadku spermy. Jednakże podczas analizy tego typu istnieje znaczne niebezpieczeństwo zanieczyszczenia badanego materiału przez DNA obcego pochodzenia<sup>4</sup>. Jeżeli jednak badanie zostało przeprowadzone poprawnie, z zachowaniem wszelkich ostrożności proceduralnych i zgodnie z obowiązującymi normami, jego wiarygodność jest znaczna. Interpretacja wyników, zależna od rozkładu danego profilu w populacji, daje przeważnie 90–99,99% pewności, że dwie próbki pochodzą od jednego osobnika<sup>5</sup>.

Analiza śladów genetycznych może posiadać bardzo szerokie zastosowanie. Jednakże wykorzystanie tej techniki identyfikacji zostało w wielu krajach prawnie ograniczone. Między innymi francuska ustawa z dnia 29 lipca 1994 r. rezerwuje stosowanie testów DNA jedynie do celów medycznych, naukowych lub sądowych (art. 16–11 al. 3 k.c.). Tak więc niedopuszczalne jest żądanie przez pracodawcę lub ubezpieczyciela przedstawienia wyników niniejszych

---

4 A. Dorozynski, *Sherlock Holmes généticien*, *Science et vie* 1996, nr 943, s. 49; Ch. Doutrempuich, F. Doutrempuich, *op. cit.*, s. 20–25; J. Fombonne, *La criminalistique*, PUF, *Que sais-je?*, Paryż 1996, s. 97–102; R. Pawłowski, *Zastosowanie technik biologii molekularnej w homogenetyce sądowej*, *Problemy kryminalistyki* 1994, nr 204, s. 3–8; T. Rydzek, *Wprowadzenie do polskiej praktyki kryminalistycznej genetycznych metod identyfikacji sprawców przestępstw (DNA Fingerprinting)*, *Problemy kryminalistyki* 1989, nr 186–187, s. 188–203; T. Tomaszewski, T. Czeczot, *Kryminalistyka ogólna*, Łódź 1996, s. 397–406.

5 A. Dorozynski, *op. cit.*, s. 48.

testów jako warunku koniecznego do zawarcia umowy o pracę lub umowy ubezpieczenia<sup>6</sup>.

Jeśli chodzi natomiast o wykorzystanie analizy DNA w sprawach sądowych, to początkowo służyła ona przede wszystkim przy określaniu więzów rodzinnych, w procesach o ustalenie albo zaprzeczenie rodzicielstwa oraz w procedurach migracyjnych, a także przy identyfikacji zwłok ofiar wojen, katastrof czy zbrodni. Z czasem rozwinęło się jej zastosowanie kryminalistyczne, pozwalające z jednej strony na identyfikację tak domniemanego sprawcy czynu, jak i narzędzia zbrodni, miejsca jej popełnienia itp., a z drugiej – na wykrycie związku między tymi elementami jednego przestępstwa czy nawet pomiędzy różnymi przestępstwami<sup>7</sup>.

We wszystkich powyższych dziedzinach prawnych można zaobserwować szybki wzrost częstotliwości zastosowania testów DNA jako środka dowodowego. Pierwsze, pojedyncze ekspertyzy miały miejsce w 1986 r. w Anglii i Stanach Zjednoczonych, w 1988 r. – w Niemczech i Kanadzie, w 1989 r. – w Australii, Francji, Polsce i innych krajach<sup>8</sup>. Obecnie liczy się je w tysiącach rocznie<sup>9</sup>.

Niemniej jednak, biorąc pod uwagę coraz większy zasięg zastosowania techniki DNA oraz jej dużą wartość dowodową, należy zachować daleko idącą ostrożność proceduralną przy korzystaniu z tej metody. Wątpliwości dotyczą, z jednej strony, dopuszczalności śladów genetycznych jako środka dowodowego w procesie. Znaczący wkład w wykrycie prawdy materialnej, jaki wnoszą wyniki analizy genetycznej, nie powinien w najmniejszym stopniu usprawiedliwiać postępowania niezgodnego z zasadami procedury karnej, ani tym bardziej z podstawowymi wolnościami i prawami człowieka. W związku z tym należy zastanowić się nad niektórymi kwestiami, tak prawnymi, jak i etycznymi, dotyczącymi ochrony godności jednostki poddanej testom genetycznym, w tym

- 
- 6 C. Chabert-Peltat, A. Bensoussan (red.), *Les biotechnologies, l'éthique biomédicale et le droit*, Paryż 1995, s. 193–194; J.-Y. Nau, *Les assureurs britanniques veulent connaître le génome de leurs clients*, *Le Monde* z 1 stycznia 1998, s. 3; J.-Y. Nau, *Les médecins redoutent une sélection génétique des salariés*, *Le Monde* z 7 stycznia 1998, s. 7.
  - 7 J. Borricand, *La technique des empreintes génétiques (situation en droit français)*, *Revue internationale de criminologie et de la police technique* 1989, nr 1, s. 69–70; P. Ceaux, *Cinq meurtres et une agression sont attribués au tueur de l'Est parisien*, *Le Monde* z 28 marca 1998, s. 9; P. Ceaux, *Le tueur en série de l'Est parisien est identifié et activement recherché*, *Le Monde* z 27 marca 1998, s. 32.
  - 8 L. Chauveau, *Les traces du crime*, Paryż 1993, s. 212–213; J.-Ch. Galloux, *L'empreinte génétique: la preuve parfaite?*, *JCP* 1991, G. 1, 3497, s. 104; T. Rydzek, *op. cit.*, s. 195–197; P. J.-P. Tak, G. A. van Eikema Hommes, *Le test AND et la procédure pénale en Europe*, *RSC* 1993, nr 4, s. 686.
  - 9 W 1996 r. pięć francuskich laboratoriów policji naukowo-technicznej przeprowadziło 2665 analiz DNA; za: J.-P. Milland, *Les laboratoires de police scientifique*, (w:) Ch. Doutrémpuich (red.), *op. cit.*, s. 91.

głównie nad problemem interpretacji prawnej odmowy poddania się badaniu, dopuszczalności przymusowego pobrania materiału organicznego do testu, dostępu do uzyskanych rezultatów analizy, między innymi poprzez umieszczenie ich w bazach danych, na wzór odcisków palców. Trzeba bowiem zdawać sobie sprawę, że tego typu działania mogą szkodzić prawu do ochrony życia prywatnego i integralności fizycznej, prawu do niedyskryminacji, a także prawom zapewnionym oskarżonemu w procesie karnym: domniemania niewinności, *nemo tenetur* czy prawu do milczenia.

Z drugiej strony istnieje także ważny problem związany z oceną wiarygodności przeprowadzonego dowodu oraz wnioskowania opartego na uzyskanych wynikach ekspertyzy. Nie należy bowiem zapominać o możliwościach popełnienia błędu, tak podczas samego badania, jak i w momencie interpretacji rezultatów, o czym wyraźnie świadczą przykłady z praktyki międzynarodowej<sup>10</sup>. Wydaje się więc, że istnieje konieczność stworzenia ścisłych, jednolitych norm proceduralnych, które umożliwią weryfikację lub wręcz powtórzenie poszczególnych etapów analizy genetycznej.

## II. Analiza śladów genetycznych jako dowód legalny

W procesie karnym istnieje swoboda korzystania z dowodów nienazwanych, czyli nie wymienionych w ustawie. Ta zasada została wyrażona *explicite* we francuskim kodeksie postępowania karnego, który w art. 427 stanowi, że „z wyjątkiem przypadków przeciwnych, przewidzianych w ustawie, przestępstwa mogą być dowodzone za pomocą każdego środka dowodowego”. Podobnie, według art. 189 włoskiego kodeksu postępowania karnego, „jeśli wnioskowane jest dopuszczenie dowodu nie przewidzianego w ustawie, sąd może go dopuścić, jeśli przyczyni się on do wyjaśnienia okoliczności sprawy i nie sprzeciwia się temu prawo do ochrony wolności jednostki”.

Nawet w systemach, gdzie ustawa podaje listę dowodów dopuszczalnych, z czego *a contrario* wynika wykluczenie innych<sup>11</sup>, w praktyce orzecznictwo skłania się ku zasadzie swobody korzystania z dowodów nienazwanych poprzez szeroką interpretację listy legalnej<sup>12</sup>.

Najczęściej jednak ustawodawca stosuje technikę wyliczenia dowodów niedopuszczalnych. Tak na przykład polski kodeks postępowania karnego, w art. 171 § 4 pkt 2, wyraźnie eliminuje z procesu karnego narkoanalizę, hipnozę

10 E. S. Lander, DNA-fingerprinting on trial, *Nature* 1989, nr 339, s. 501–505.

11 Tak jest np. w Niemczech (art. 24–25b, 48–92 StPO) oraz w Holandii (art. 339 al. 1 KPK).

12 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Paryż 1995, s. 398.

oraz poligraf<sup>13</sup>. Inne najczęściej spotykane ograniczenia dotyczą zakazów dowodowych związanych z poszczególnymi kategoriami świadków<sup>14</sup>.

W żadnym porządku prawno-karnym metoda identyfikacji sprawcy za pomocą śladów biologicznych nie została wykluczona. Wyjątkowy w tym kontekście jest przypadek prawa francuskiego, gdzie ustawodawca zdecydował się na wyraźną regulację zagadnienia, wprowadzając ustawą o bioetyce z dnia 29 lipca 1994 r. do kodeksu cywilnego art. 16–11, zezwalający na stosowanie testów DNA „w ramach dochodzenia, śledztwa oraz w postępowaniu sądowym”. Analogicznie, rekomendacja Rady Europy nr R (921)1 z dnia 10 lutego 1992 r. w sprawie wykorzystania analizy kwasu dezoksyrybonukleinowego w postępowaniu karnym wyraźnie dopuszcza stosowanie analizy DNA we wszystkich postępowaniach karnych, bez względu na powagę popełnionego czynu (pkt 5).

Zasadnicze ograniczenia obowiązują natomiast na etapie uzyskiwania dowodów. Zgodnie z zasadą uczciwego procesu, poszczególne środki dowodowe powinny być pozyskiwane w sposób legalny i lojalny względem innych uczestników postępowania. Problem legalności dowodów zajmuje nie tylko wszystkie systemy prawne wewnętrzne, ale także organy międzynarodowe, szczególnie organy powołane przez Konwencję Ochrony Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r.<sup>15</sup>. Tak więc uregulowanie ustawowe sposobów zbierania dowodów jest z reguły drobiazgowo, z wyjątkiem procedury angielskiej, gdzie tradycyjnie, aż do *Police and Criminal Evidence Act* z 1984 r., sędzia nie interesował się pochodzeniem danego dowodu ani metodami jego uzyskania<sup>16</sup>.

Z kolei problem niedopuszczalności dowodu ze względu na nielegalny sposób jego pozyskania jest rozwiązywany mniej precyzyjnie. Konwencja Praw Człowieka w zasadzie nie reguluje go na tyle jednoznacznie, by móc stwierdzić, że „wykluczałaby z zasady i *in abstracto* każdy dowód uzyskany w sposób nielegalny”<sup>17</sup>. Stąd też rozwiązania narodowe zasadniczo się różnią, od generalnej nieważności dowodu, a co za tym idzie i postępowania, do względnej dopuszczalności dowodu zdobytego w sposób nielegalny zgodnie ze swobodną oceną i decyzją sądu.

13 Inne rozwiązanie tej kwestii przyjęło prawo francuskie, gdzie przy milczeniu ustawy, niedopuszczalność niniejszych technik przesłuchań wynika wyłącznie z orzecnictwa i doktryny; G. Danjaume, Le principe de la liberté de la preuve en procédure pénale, *Recueil Dalloz* 1996, nr 18, s. 155.

14 J. Pradel, *op. cit.*, s. 450–456; J. R. Spencer, Les limites en matière de preuve. Aspects actuels, *RSC* 1992, nr 1, s. 43–44.

15 M. van Kerchove, La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme, *RSC* 1992, nr 1, s. 1–14.

16 M. Delmas-Marty (red.), *Procédures pénales d'Europe*, Paryż 1995, s. 524.

17 Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie Schenk, z dnia 12 lipca 1988, seria A, nr 140, s. 29.

Najbardziej sztywna wydaje się reguła przyjęta w prawie włoskim. Art. 191 włoskiego kodeksu postępowania karnego dysponuje, że „dowody zdobyte z naruszeniem zakazów ustawowych nie mogą zostać wykorzystane”. Orzecznictwo amerykańskie posunęło to rozumowanie jeszcze dalej. Nie tylko dowód uzyskany z naruszeniem IV lub V Poprawki do Konstytucji jest wyłączony, ale także każdy następny, który z niego wynika, zgodnie z teorią „owoców z zakazanego drzewa”<sup>18</sup>. Wiele państw przyjęło ten system, wśród nich Kanada, Holandia i właśnie Włochy.

Niemniej jednak regulacja prawna problemu dopuszczalności dowodów zdobytych w sposób nielegalny jest z reguły bardziej skomplikowana. Na przykład polski kodeks postępowania karnego w art. 171 § 6 wyklucza jako dowód wyjaśnienia, zeznania oraz oświadczenia złożone pod wpływem przymusu, groźby bezprawnej lub w innych warunkach wyłączających swobodę wypowiedzi. Jednakże pomija milczeniem nadużycia w zdobywaniu innych środków dowodowych. Prawo niemieckie jest jeszcze bardziej złożone. W § 136a StPO nakłada całkowity zakaz używania jako dowodów w procesie karnym wyjaśnień uzyskanych dzięki sposobom wymienionym w ustawie jako zakazane. Co do pozostałych dowodów i innych nadużyć, postępowanie zostało wypracowane wyłącznie przez orzecznictwo. Rozróżnia się *Beweiserhebungsverbot*, zakaz zdobywania dowodów w pewien konkretny sposób, oraz *Beweisverwertungsverbot*, zakaz skierowany do sądu wykorzystania danego dowodu. Aby sąd był zobowiązany do wykluczenia jakiegoś dowodu, musi mieć do czynienia z *Beweisverwertungsverbot*, niż ze zwykłym *Beweiserhebungsverbot*<sup>19</sup>. Z kolei, we Francji nie ma generalnego zakazu, jeśli chodzi o wykorzystanie dowodów zdobytych nielegalnie. Jednakże naruszenie pewnych zasad proceduralnych skutkuje nieważnością uzyskanego dowodu<sup>20</sup>. W przeciwieństwie do innych systemów prawa, dopuszczalność lub niedopuszczalność danego dowodu zależy wyłącznie od dyskrecjonalnej decyzji sądu<sup>21</sup>.

Jednakże z tych różnorodnych pozycji, zajmowanych przez systemy narodowe, oraz z wyłącznie konkretnej, jeśli chodzi o niedopuszczalność danego dowodu, kontroli sprawowanej przez Trybunał w Strasburgu, wyłania się model idealny uczciwego procesu, który wymaga respektowania pewnej liczby generalnych i abstrakcyjnych zasad dotyczących poszukiwania dowodów<sup>22</sup>. Wobec

---

18 Sąd Najwyższy USA, orzeczenie *Miranda c. Arisona*, 1966, 384 US 436; orzeczenie *Silverthorne Lumber c. US*, 1920, 251 US 385; J. Cedras, *Le droit pénal américain*, PUF, Que sais-je?, Paryż 1997, s. 109; co do wyjątków patrz: J. Pradel, *op. cit.*, s. 425–426 i 430–431.

19 M. Delmas-Marty, *op. cit.*, s. 525–526.

20 G. Danjaune, *op. cit.*, s. 154–155.

21 J. R. Spencer, *op. cit.*, s. 47–51.

22 M. Delmas-Marty, *La preuve pénale*, Droits 1996, nr 23, s. 53–65.

tego także technika śladów genetycznych powinna być podporządkowana warunkom formalnym dotyczącym zbierania dowodów, w celu zapewnienia stronom prawdziwej „równości broni”, która i tak przecież już jest zachwiana poprzez dużą wartość dowodową tej analizy.

W związku z powyższym, niniejsza część zostanie poświęcona omówieniu warunków proceduralnych dopuszczalności testów DNA w procesie karnym oraz podstawowym prawom jednostki, które powinny być chronione dzięki ich przestrzeganiu przez organy procesowe. W dwóch kolejnych punktach zostanie przedstawione, w jaki sposób sytuacja prawna zmienia się w zależności od tego, czy ekspertyza genetyczna jest przeprowadzana na świadku (1), czy na oskarżonym (2).

### **1. Analiza śladów genetycznych na etapie poszukiwania podejrzanego**

W fazie *in rem* postępowania karnego policja dysponuje jeszcze zbyt małą ilością wskazówek, by podejrzewać jedną konkretną osobę, a często nawet, by zawęzić te podejrzenia do pewnej grupy. Obecnie jednakże, jeśli organy ścigania wejdą w posiadanie śladów genetycznych pobranych na miejscu zbrodni, uzyskują tym samym zasadniczą broń pozwalającą na rozpoczęcie szerokich poszukiwań domniemanego sprawcy danego przestępstwa. W tym celu stosowane są dwa sposoby działania: pobrane próbki mogą być porównywane albo z kodem DNA wszystkich reprezentantów jakiejś populacji (1.1), albo z danymi zawartymi w bazie informatycznej (1.2).

#### **1.1. Grupowe testy genetyczne**

Coraz częściej w poszukiwaniach sprawcy konkretnego przestępstwa sięga się do wykorzystania grupowych testów genetycznych, przeprowadzanych na wszystkich przedstawicielach jakiejś populacji, z której potencjalnie może on pochodzić<sup>23</sup>. Niemniej jednak technika ta, nie będąc uregulowana *explicite* w ustawie, wzbudza sporo wątpliwości tak natury prawnej, jak i moralnej, szczególnie jeśli chodzi o obowiązek poddania się podobnemu testowi.

Osoby, poddawane grupowym testom genetycznym, nie są – z założenia – podejrzane o popełnienie przestępstwa, do wyjaśnienia którego zastosowano metodę DNA. Co więcej, często nie posiadają one żadnej wiedzy dotyczącej badanych faktów. W postępowaniu karnym posiadają one jednak status świadka, w szerokim znaczeniu tego słowa, czego następstwem jest ciężący na nich

23 C. Prieur, A Pleine-Fougères, le défilé gêné des hommes soumis au test AND, *Le Monde* z 13 października 1997, s. 10; C. Prieur, Des centaines d'agresseurs sexuels seront soumis à un dépistage génétique dans l'affaire Dickinson, *Le Monde* z 14 października 1997, s. 13; Police: une quarantaine d'hommes ont été interpellés, puis mis hors de cause dans la cadre de l'enquête sur le tueur en série dans l'Est parisien, *Le Monde* z 10 grudnia 1997, s. 13.



obowiązek stawienia się na wezwanie organu procesowego, który może być egzekwowany pod przymusem, w razie nieusprawiedliwionego niestawienia<sup>24</sup>. Niemniej jednak, o ile świadek jest zobligowany do składania zeznań<sup>25</sup>, trudno sobie wyobrazić, by w ramach analogii zobowiązać go do poddania się testowi genetycznemu<sup>26</sup>.

Polski kodeks postępowania karnego pozwala na pobranie pod przymusem materii organicznej w przypadku oskarżonego (art. 74 § 2 pkt 2), natomiast w przypadku osoby podejrzanej, do niniejszych działań wymaga już jej zgody (art. 74 § 3). Zgoda potrzebna jest także w przypadku świadka (art. 192 § 4)<sup>27</sup>. Jednakże, o ile art. 74 § 2 k.p.k. wyraźnie wymienia możliwość pobrania krwi oraz wydzielin organizmu od oskarżonego lub osoby podejrzanej, tak art. 192 k.p.k. mówi wyłącznie o badaniu lekarskim, nie precyzując, czy w pojęciu badania lekarskiego zawiera się możliwość pobierania próbek biologicznych<sup>28</sup>.

Wyjątkowo *explicite* zasadę przymusowego pobierania materiału biologicznego od świadka przyjął niemiecki kodeks postępowania karnego (§ 81c StPO). Z reguły jednak inne systemy procesowe, które stosują przymus przy pobieraniu materiału organicznego, precyzują jednoznacznie, że odpowiedni przepis dotyczy podejrzanego lub przynajmniej osoby podejrzanej, pozycję świadka pomijając milczeniem<sup>29</sup>.

Prawo francuskie jest jeszcze mniej przejrzyste. Ustawa z dnia 29 lipca 1994 r. jednoznacznie warunkuje testy DNA od uprzedniej zgody zainteresowa-

---

24 Francuski k.p.k.: art. 109 – jeśli chodzi o śledztwo, art. 78 – jeśli chodzi o dochodzenie i art. 62 – w przypadku dochodzenia *in flagrant delict*; niemiecki StPO: § 51; polski k.p.k.: art. 177.

25 Poza pewnymi przywilejami wynikającymi z więzi rodzinnych lub tajemnicy państwowej, służbowej i zawodowej; francuski k.k.: art. 226–13; niemiecki StPO: §§ 52–54; polski k.p.k.: art. 178–182.

26 J.-Ch. Galloux, *op. cit.*, s. 108; H. Matsopoulou, *Les enquêtes de police*, Paryż 1996, s. 737; A Pleine-Fougères, *un refus sur 170 convocations*, *Le Monde* z 14 października 1997, s. 13; *Six habitants de Pleine-Fougères ont refusé les tests génétiques*, *Le Monde* z 25 października 1997, s. 12.

27 Poza przypadkiem badań na pokrzywdzonym, w chwili gdy karalność czynu zależy od jego stanu zdrowia, zgodnie z art. 192 § 1 k.p.k.

28 Interpretacja jest o tyle trudna, że art. 74 k.p.k. nie używa pojęcia „badanie lekarskie”, rozróżnia natomiast oględziny zewnętrzne wraz z badaniami nie połączonymi z naruszeniem integralności ciała (§ 2 pkt 1) oraz badania połączone z dokonaniem zabiegów na ciele, z wyjątkiem chirurgicznych (§ 2 pkt 2). Natomiast art. 192 § 1 k.p.k., dotyczący pokrzywdzonego, zezwala na oględziny ciała i badania nie połączone z zabiegiem chirurgicznym lub obserwacją w zakładzie leczniczym, wydaje się więc, że łączy dwie powyższe kategorie. Z kolei w art. 192 § 4 k.p.k., który dotyczy świadka, jest już wyłącznie mowa o oględzinach ciała, badaniu lekarskim lub psychologicznym; por. J. Wójcikiewicz, *Podjezany i świadek jako źródło materiału dowodowego i porównawczego dla identyfikacji w niektórych obcych procedurach karnych*, *Problemy kryminalistyki* 1986, nr 172, s. 239–240.

29 P. J.-P. Tak, G. A. Eikema Hommes, *op. cit.*, s. 685–688.

nego, jeśli chodzi o zastosowanie tej analizy w celach medycznych, przy poszukiwaniu osób lub dla procesu cywilnego. Natomiast zupełnie nie porusza tego zagadnienia w ramach postępowania karnego. Nie wydaje się jednak słuszne, by wobec milczenia ustawy zastosować interpretację dopuszczającą działanie bez zgody. Na powyższy problem wypada raczej spojrzeć z perspektywy ochrony podstawowych praw, które powinny być zagwarantowane świadkowi.

Świadek, a więc osoba z założenia niewinna w całej sprawie, powinien być traktowany jako pomocnik organów procesowych, które w związku z tym winny unikać wchodzenia w sferę jego wolności osobistej. W przypadku testów genetycznych, niebezpieczeństwa takie dotyczą z jednej strony prawa do nietykalności cielesnej, a z drugiej – ochrony życia prywatnego.

Oдноśnie nietykalności osobistej, należy przyznać, że obecnie ten problem jest marginalny. Biorąc pod uwagę fakt, że analiza DNA może zostać przeprowadzona na podstawie włosów lub śliny, w rzeczywistości nie można mówić o ingerencji w integralność fizyczną. Najbardziej rozsądne pod tym względem wydaje się ustawodawstwo angielskie. *Police and Criminal Evidence Act* z 1984 r. rozróżnia próbki „intymne” (krew, sperma, mocza) oraz „nieintymne” (ślina, włos) i wymaga zgody jedynie w przypadku pobrania próbki „intymnej”, co w praktyce pozwala organom ścigania na przeprowadzenie testów genetycznych na podstawie próbek „nieintymnych” bez ryzyka oskarżenia o naruszenie nietykalności fizycznej zainteresowanego<sup>30</sup>.

Co więcej, prawo do nietykalności fizycznej nie jest prawem absolutnym. Francuska Rada Konstytucyjna, w orzeczeniu z dnia 27 lipca 1994 r. dotyczącym bioetyki, nie nadała mu wartości konstytucyjnej, zezwalając tym samym na ograniczanie go przepisami na poziomie ustawy. Ponadto nietykalność fizyczna nie jest wyraźnie chroniona przez Konwencję Praw Człowieka. W decyzji z dnia 3 grudnia 1979 r. Komisja Praw Człowieka uznała, że ingerencja w nietykalność cielesną w postaci obowiązku poddania się pobraniu próbki materiału organicznego może zostać usprawiedliwiona, jeżeli przewiduje ją prawo i jeżeli jest ona konieczna w społeczeństwie demokratycznym oraz proporcjonalna do celów postępowania. W tym konkretnym, rozpatrywanym przez siebie przypadku, Komisja doszła do wniosku, że pobranie krwi stanowi lekkie naruszenie nietykalności fizycznej badanej osoby<sup>31</sup>.

Z kolei, związku między ekspertyzą śladów genetycznych a prawem do ochrony życia prywatnego tyczą się głównie problemu zachowania w tajemnicy

30 P. Gauchan, P. D. Martin, *Banques de données d'ADN en Grande-Bretagne*, (w:) Ch. D. O-tremepuich (red.), *op. cit.*, s. 143–145; J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 243.

31 Komisja Praw Człowieka, decyzja nr 8378/79.

dziedzictwa genetycznego danego człowieka. Jako podstawową obiekcję stawia się testom DNA fakt, że można na ich podstawie odczytać więcej informacji niż jest to konieczne do identyfikacji sprawcy przestępstwa, przy czym do najbardziej delikatnych zagadnień należy dostęp do danych dotyczących stanu zdrowia osoby badanej. Niemniej jednak istnieją dwa rodzaje gwarancji zapewniających poufność informacji o charakterze prywatnym: gwarancje naukowe oraz gwarancje procesowe.

Przede wszystkim wyniki analiz genetycznych, tak jak są one na dzień dzisiejszy prezentowane w postaci „kodów paskowych”, w żadnym stopniu nie umożliwiają odczytania informacji genetycznych, nie pozwalają nawet na wydedukowanie płci osoby badanej<sup>32</sup>. Ponadto, w celu uniknięcia późniejszego ewentualnego wykorzystania próbek do uzyskania tego typu informacji, naukowcy do analizy śladów genetycznych używają wyłącznie DNA niekodującego<sup>33</sup>.

Z punktu widzenia prawa gwarancje istnieją zarówno na poziomie europejskim, jak i narodowym. Rekomendacja Rady Europy nr R (92)1 zabrania wykorzystania materiału genetycznego pobranego oraz wyników analiz wykonanych na potrzeby procesu karnego do innych celów (z wyjątkiem naukowych lub statystycznych), a także *vice versa* – zakazuje, poza wyjątkami określonymi przez prawo, używania w ramach procedury karnej próbek pobranych dla celów medycznych i uzyskanych z nich informacji (pkt 3). Ponadto do ochrony danych DNA wymaga (pkt 7) zachowania standardów ochrony danych Rady Europy, w szczególności w Rekomendacji nr R (87)15 regulującej wykorzystanie danych osobowych przez policję. Zgodnie z tymi wymaganiami ustawodawstwa narodowe uznają kod genetyczny za daną osobową i sankcjonują bezprawne przetwarzanie zebranych informacji oraz ich udostępnianie osobom niepowołanym<sup>34</sup>.

Większość krajów przyjęła system oparty na dobrowolności świadka poddania się tej czynności procesowej (szczególnie jeśli chodzi o świadka nie będą-

---

32 A. J. Jeffreys, V. Wilson, S. L. Thein, *op. cit.*, s. 76–79.

33 Zgodnie z francuskim rozporządzeniem z dnia 18 maja 2000 r. do testów genetycznych wykonywanych dla celów procesowych może być stosowane wyłącznie DNA niekodujące, które nie pozwala nawet na określenie płci osoby badanej. Z tą samą datą wydane zostało zarządzenie ministerialne określające, jakie konkretne segmenty DNA mogą być wykorzystywane do analiz identyfikacyjnych.

34 W Polsce niniejsze zagadnienie regulują przepisy karne ustawy o ochronie danych osobowych z 29 sierpnia 1997 r. (Dz. U. Nr 133, poz. 883). Natomiast przykładowo we Francji adekwatne artykuły do k.c. (odpowiednio art. 226–26 i 226–28 al. 2) wprowadziła ustawa dotycząca bioetyki z 29 lipca 1994 r. Podobnie francuski kodeks zdrowia publicznego w art. L 145–20 zakazuje identyfikacji osoby na podstawie jej danych genetycznych w celach innych niż medyczne, naukowe lub w ramach procedury sądowej, a także przeprowadzania takiej identyfikacji przez osoby do tego nieuprawnione zarządzeniem ministerialnym.

cego jednocześnie pokrzywdzonym, od stanu zdrowia którego zależy karalność czynu). W takim wypadku odmowa udzielenia zgody przez zainteresowanego powinna być w pełni respektowana. Stąd pojawia się kolejna wątpliwość, czy odmowa poddania się przez świadka badaniu genetycznemu może być interpretowana jako dowód jego winy.

Zwykły świadek w procesie karnym nie korzysta z praw przysługujących oskarżonemu. Jednakże jest on chroniony domniemaniem niewinności oraz dewizą *nemo tenetur*<sup>35</sup>. Biorąc pod uwagę obydwie powyższe zasady, odmowa poddania się analizie genetycznej nie powinna pogarszać jego sytuacji procesowej. Ale przecież prowadzenie testów genetycznych na szerszej populacji ma właśnie na celu wyselekcjonowanie podejrzanych. W takim razie wydaje się, że brak zgody danej osoby może stanowić dla organów ścigania jedynie pewną poszlakę, koncentrującą ich działania wokół tej osoby w celu wykrycia innych dowodów jej udziału w konkretnym przestępstwie. Natomiast nadużyciem zasady swobodnej oceny dowodów byłoby przedstawienie takiej osobie zarzutów wyłącznie na podstawie negatywnej interpretacji odmowy poddania się testowi DNA.

Poza tym zgoda świadka na poddanie się badaniu nie jest jednoznaczna ze zgodą na przechowywanie uzyskanych wyników w bazie danych.

## 1.2. Bazy danych genetycznych

W zasadzie Rekomendacja Rady Europy nr R (92)1 zakazuje przechowywać próbki organiczne pobrane w celu przeprowadzenia analizy DNA po wydaniu prawomocnego orzeczenia w sprawie, w której zostały wykorzystane, chyba że jest to konieczne dla innych celów, bezpośrednio związanych z tymi, dla których je pobrano. W związku z tym wyniki analizy DNA i informacje uzyskane na jej podstawie powinny zostać zniszczone, jeżeli dalsze ich przechowywanie w celach, do których je zastosowano, nie jest konieczne. Natomiast w tych szczególnych przypadkach, gdy zachowanie próbek organicznych oraz danych genetycznych jest dozwolone, prawo wewnętrzne powinno precyzyjnie regulować zasady zakładania i postępowania z kartotekami DNA tworzonymi dla celów postępowania karnego, a także dokładnie określać okres ich przechowywania (pkt 8).

Polska ustawa z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych zabrania przetwarzania, a więc i gromadzenia, danych o kodzie genetycznym, chyba że osoba zainteresowana wyraziła na to pisemną zgodę lub służy to ochronie jej żywotnych interesów, a ze względów fizycznych lub prawnych nie może ona wyrazić zgody do czasu ustanowienia dla niej opiekuna lub kuratora, lub jest to

<sup>35</sup> Przykładowo art. 183 § 1 polskiego k.p.k.

konieczne dla ochrony jej stanu zdrowia, świadczenia usług medycznych lub leczenia pacjentów, a także gdy jest to niezbędne do dochodzenia praw przed sądem lub gdy przepis szczególnie pozwala na przetwarzanie takich danych bez zgody (art. 27 ust. 1 i 2). Można w związku z tym chyba uznać, że dozwolone jest tworzenie baz danych genetycznych na potrzeby postępowania karnego, chociaż wydaje się, iż wskazane byłoby precyzyjne uregulowanie przez ustawodawcę tego zagadnienia<sup>36</sup>, przede wszystkim biorąc pod uwagę zagrożenia dla wolności indywidualnych, jakie niesie za sobą stworzenie takiej bazy danych.

Na dzień dzisiejszy wiele państw dysponuje narodową bazą danych genetycznych, a większość z nich posiada ścisłą regulację w tym zakresie. W USA zagadnienie to jest regulowane na poziomie stanowym (dwadzieścia cztery stany posiadają odpowiednią ustawę), brak natomiast przepisów federalnych, chociaż od kilku lat FBI stara się stworzyć federalną bazę danych genetycznych zwaną CODIS. W 1998 r. w Kanadzie przyjęto ustawę dotyczącą zastosowania testów genetycznych w procedurze karnej oraz zasad przechowywania próbek organicznych, a także wyników analiz DNA<sup>37</sup>. W tym samym roku w Australii złożono *Genetic Privacy and Non-discrimination Bill*, obejmujący wszelkie zagadnienia związane z danymi genetycznymi. W Europie Anglia, Belgia, Holandia i Dania uregulowały tę kwestię w sposób bardzo precyzyjny. Nowelizacja francuskiego kodeksu postępowania karnego z 17 czerwca 1998 r. wprowadziła w art. 706–54 możliwość stworzenia narodowej informatycznej bazy danych genetycznych. Szczegóły powołania tej bazy, a także powstania centralnego biura zajmującego się przechowywaniem próbek biologicznych w ramach postępowania karnego, zostały uregulowane w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 18 maja 2000 r.<sup>38</sup>.

---

36 Wydaje się bowiem, że za zbyt ogólnikową należy uznać podstawę ustawową do tworzenia tego typu kartotek, jaką daje art. 20 ustawy o Policji z dnia 6 sierpnia 1990 r. stwierdzający, iż „1. Policja, z zachowaniem ograniczeń wynikających z art. 19, może uzyskiwać informacje, w tym także tajne i poufne, gromadzić je, sprawdzać oraz przetwarzać. 2. Policja może pobierać, gromadzić i wykorzystywać w celach wykrywczych i identyfikacyjnych odciski linii papilarnych, zdjęcia oraz inne dane o osobach podejrzanych o popełnienie przestępstw umyślnych, ściganych z oskarżenia publicznego, a także o osobach o nie ustalonej tożsamości lub usiłujących ukryć swoją tożsamość. 3. Komendant Główny Policji określa sposób prowadzenia zbiorów danych identyfikacyjnych, o których mowa w ust. 2”.

37 Ustawa ta weszła w życie dopiero w czerwcu 2000 r.

38 Ponadto francuska ustawa z dnia 1 lipca 1994 r. dotycząca bioetyki reguluje zasady tworzenia i funkcjonowania zbiorów danych DNA w zakresie ich wykorzystania w celach medycznych lub genetycznych, uzupełniając tym samym ustawę z 6 stycznia 1978 r. dotyczącą informatyki, baz danych i podstawowych wolności człowieka. H. G a u m o n t - P r a t, *Informatique et génétique: quelle protection pour l'information génétique?*, *Revue juridique d'Ile de France* 1996, nr 39–40, s. 35–48; E. P i c a r d, *La police et le secret des données d'ordre personnel en droit français*,

Wszystkie przytoczone powyżej akty prawne są zgodne z założeniami Rekomendacji nr R (92)1 Rady Europy. Z reguły bank danych genetycznych prowadzony jest przez policję, ale znajduje się pod kontrolą prokuratora niezależnego od hierarchii prokuratury, powołanego specjalnie w tym celu najczęściej na pewien okres (we Francji na trzy lata) przez Ministra Sprawiedliwości lub Prokuratora Generalnego. Dostęp do informacji przechowywanych w bazie danych mają wyłącznie funkcjonariusze Policji, personel instytutów upoważnionych do przeprowadzania analiz DNA, organy wymiaru sprawiedliwości, a także inne osoby uprawnione do tego z mocy ustawy lub po uzyskaniu zgody administratora bazy, przy czym konsultacja bazy może służyć jedynie celom postępowania karnego.

Bank danych genetycznych zawiera w sobie dwie bazy: kryminalistyczną oraz osób skazanych. W bazie kryminalistycznej przechowywane są profile identyfikacji DNA, które uzyskano z próbek znalezionych na miejscu przestępstwa, na ciele lub ubraniu osoby pokrzywdzonej, na narzędziach służących do popełnienia przestępstwa, gdy pochodzenia tych próbek nie można przypisać do konkretnych osób. W drugiej natomiast bazie przechowywane są profile genetyczne osób skazanych za ciężkie przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu i bezpieczeństwu osób (pkt 8 Rekomendacji). Ustawy poszczególnych państw precyzyjnie wymieniają przestępstwa, po skazaniu za które testy genetyczne skazanego mogą zostać umieszczone w bazie danych. Chyba najbardziej wąskie w tym zakresie jest ustawodawstwo francuskie, które przewiduje, że baza danych genetycznych może zawierać, po uzyskaniu zgody prokurator-skiej, wyłącznie profile DNA osób skazanych za zabójstwo małoletniego popełnione w związku z jego zgwałceniem, za zbrodnię tortur lub dopuszczania się aktów barbarzyństwa, za zgwałcenie oraz inne przestępstwa seksualne, a także za przestępstwa związane z prostytucją małoletnich oraz produkcją pornografii z udziałem małoletnich (art. 706–54 k.p.k. w zw. z art. 706–47 k.p.k.). Z kolei najszerszy zasięg przewiduje prawo angielskie, gdzie można skatalogować próbki i wyniki pochodzące od podejrzanego o popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa. Jednakże, jeśli postępowanie przeciwko niemu umorzono lub został on uniewinniony, próbki podlegają zniszczeniu, a wszelkie dane są usuwane z bazy<sup>39</sup>.

Rekomendacja Rady Europy nr R (92)1 wymaga, aby prawo wewnętrzne dokładnie przewidywało, przez jaki okres mogą być przechowywane informacje dotyczące osób skazanych, dopuszczając okresy dłuższe odnośnie bazy krymi-

RSC 1993, nr 2, s. 292–297; C. Prieur, *Création d'un fichier national des empreintes génétiques*, *Le Monde* z 28 marca 1998, s. 9.

<sup>39</sup> P. Gauchan, P. Martin, *op. cit.*, s. 144–145.

nalistycznej oraz w przypadku, gdy tego sobie życzy osoba, od której dane pochodzą (pkt 8)<sup>40</sup>.

Wyjątkowo ustawa kanadyjska nie przewiduje wycofania z bazy żadnych informacji. Jedynie w art. 9 ust. 2 stwierdza, że dane zawarte w bazie osób skazanych stają się niedostępne w przypadku skazanych nieletnich (w stosunku do których czas przechowywania danych wynosi w zależności od wagi przestępstwa 10, 5 lub 3 lata), w razie uchylecia wyroku skazującego i wydania prawomocnego wyroku uniewinniającego, oraz po upływie roku od ulaskawienia bezwarunkowego, a trzech lat od ulaskawienia warunkowego, jeśli skazany przez ten okres nie dopuścił się kolejnego przestępstwa. Natomiast odnośnie bazy kryminalistycznej, art. 8 przewiduje, że niedostępne są profile genetyczne pokrzywdzonych w konkretnej sprawie, a także osób, które przestały w ramach danego postępowania być traktowane jako podejrzane, czyli uznanych za zwykłych świadków. To ostatnie rozwiązanie wydaje się nad wyraz słusne, gdyż zapobiega tworzeniu ogólnej bazy danych wszystkich obywateli, która stanowiłaby niepodważalne naruszenie praw i wolności człowieka<sup>41</sup>. Inaczej należy za to odnieść się do nieograniczonego w czasie przechowywania danych osób skazanych. W praktyce taka regulacja niezbyt różni się od ustaw wprowadzających limit czasowy, gdyż przewidywane prawne czasokresy są nad wyraz długie (przykładowo we Francji wynoszą czterdzieści lat zarówno odnośnie bazy kryminalistycznej, jak i bazy osób skazanych, jednakże w tym ostatnim przypadku nie dłużej niż do osiemdziesiątego roku życia skazanego, art. R 53–14 rozporządzenia). W związku z tym należy się zastanowić, czy tak długotrwałe przechowywanie danych genetycznych osób skazanych, niezależnie od ich obecnego trybu życia, ani nawet od zatarcia skazania (a więc w pewnym stopniu stanowiące sankcję policyjną), nie narusza zasad niedyskryminacji oraz domniemania niewinności, gdyż z założenia przestępca raz skatalogowany w banku

---

40 Wyjątkowa regulacja pozwalająca na dłuższe (ale precyzyjnie określone) przechowywanie próbek oraz wyników analiz DNA obejmuje sprawy dotyczące bezpieczeństwa państwa, przy czym Rekomendacja dopuszcza nawet przechowywanie danych osoby, która nie została oskarżona ani skazana za żadne przestępstwo (pkt 8). Obecnie Parlament Kanadyjski debatuje nad projektem ustawy S–10 odnośnie wykorzystania testów DNA w ramach obrony narodowej; por. *Compte rendu officiel FP096*, maj i czerwiec 2000 r.

41 Oczywiście ograniczenie przechowywania danych genetycznych wyłącznie do osób skazanych i to za bardzo ciężkie przestępstwa, a więc z reguły odbywających bardzo długie wyroki pozbawienia wolności, znacząco wpływa na obniżenie użyteczności samej bazy, gdyż w praktyce służy ona wyłącznie w przypadku, gdy skazany, po wyjściu na wolność, dopuści się ponownego przestępstwa. Niemniej jednak w tej sytuacji nie ulega wątpliwości, że wydajność policji musi ustąpić przed podstawowymi prawami człowieka; por. M. Rober, *Empreintes génétiques et bases de données*, (w:) Ch. Doutrémouich (red.), *op. cit.*, s. 132.

danych genetycznych jest z założenia traktowany jak osoba podejrzana o popełnienie każdego kolejnego przestępstwa, które jest weryfikowane w bazie.

Oczywiście taki zarzut można by postawić wszystkim kartotekom policyjnym, przede wszystkim tym zawierającym zdjęcia czy ślady linii papilarnych. Niemniej jednak, powyższe bazy danych są od dawna akceptowane, a w dodatku podejrzani są przymusowo poddawani tak fotografowaniu, jak i pobraniu odcisków palców. Można by z tego wyciągnąć wniosek, że tworzenie takich kartotek nie jest powszechnie traktowane jako zbyt niebezpieczna ingerencja w prawa i wolności człowieka. Nie podejmując się rozstrzygnięcia niniejszego zagadnienia, należy jednak zauważyć, że stosunek dowodu ze śladów genetycznych do praw oskarżonego wciąż budzi pewne wątpliwości.

## 2. Analiza śladów genetycznych jako dowód oskarżenia

Analiza śladów genetycznych, tak jak każdy inny środek dowodowy, powinna być przeprowadzana przy poszanowaniu praw oskarżonego. Wątpliwości dotyczą przede wszystkim zagadnienia zgody oskarżonego na pobranie materiału organicznego i wykonanie analizy DNA. Przede wszystkim przymusowe poddanie się temu badaniu grozi niebezpieczeństwem naruszenia tych samych wolności osobistych, jak to miało miejsce w przypadku świadka – prawa do integralności fizycznej oraz do poszanowania życia prywatnego. Jako że problematyka związana z tymi kwestiami została już omówiona powyżej, w tym miejscu należy skupić się na istniejącym ewentualnym ryzyku naruszenia poprzez badanie przymusowe typowo procesowych praw oskarżonego (2.1), by następnie omówić przyjęte rozwiązania tego zagadnienia w różnych procedurach karnych (2.2).

### 2.1. Analiza śladów genetycznych a prawa oskarżonego

W postępowaniu karnym oskarżony jest uważany za niewinnego dopóki jego wina nie zostanie mu udowodniona, i w żadnym razie nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności<sup>42</sup>. W konsekwencji ciężar dowodzenia spoczywa na oskarżeniu. Oskarżony może pozostać bierny, korzystając ze swojego prawa do milczenia<sup>43</sup>. Co więcej, zgodnie z zasadą *nemo tenetur*, istnieje zakaz zmuszania oskarżonego do dostarczania dowodów na swoją niekorzyść<sup>44</sup>.

42 Przykładowo art. 6–2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 9 francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z 1978 r., art. 42 ust. 3 Konstytucji RP, art. 27 ust. 2 Konstytucji Republiki Włoskiej, art. 5 § 1 i art. 74 § 1 polskiego k.p.k. i in.

43 Przykładowo art. 175 § 1 polskiego k.p.k., art. 343–1 portugalskiego k.p.k.

44 Przykładowo art. 14 ust. 3g Międzynarodowych Paktów Narodów Zjednoczonych dotyczących Praw Obywatelskich i Politycznych, V Poprawka do Konstytucji USA, art. 11c kanadyjskiej Karty Praw, art. 74 § 1 polskiego k.p.k. i in.



Biorąc pod uwagę te podstawowe zasady procesu karnego, wydaje się, iż należałoby uznać, że testy DNA mogą być przeprowadzane wyłącznie za uprzednią zgodą oskarżonego. Jednakże taka hipoteza zawiera w sobie zasadniczą trudność doktrynalną. Jeśli bowiem wyłącznie od swobodnej decyzji oskarżonego, podejmowanej arbitralnie i bez przedstawienia motywów, zależy fakt, czy zgodzi się on czy nie na wykonanie analizy genetycznej, jak w takim razie oceniać jego odmowę, do której miałby przecież prawo?

Zasada swobodnego korzystania ze wszystkich dostępnych środków dowodowych zdawałaby się zezwalać na potraktowanie takiego zachowania jako pośredniego dowodu winy. Niemniej jednak, w uczciwym procesie nie można ustanawiać praw, których wykorzystanie przynosiłoby szkodę osobie do nich uprawnionej, wobec tego ewentualna dopuszczalność interpretacji negatywnej odmowy poddania się analizie genetycznej winna by zostać wyraźnie przewidziana przez ustawę, a oskarżony musiałby być o takich jej skutkach wcześniej uprzedzany<sup>45</sup>.

Jednakże przede wszystkim należałoby się zastanowić, czy prawo do milczenia oraz zasada *nemo tenetur* w ogóle obejmują swoim zakresem stosunek oskarżonego do dowodów biologicznych. Ścisłe znaczenie tych zasad odnosi się wyłącznie do „świadczenia przeciwko sobie”, a więc do słów oskarżonego. Z jednej strony więc, jako że wyrażenie zgody na test DNA lub odmowa poddania się temu testowi są odpowiedziami oskarżonego na konkretne, skierowane do niego pytanie, powyższe zasady zdają się mieć w tym przypadku swoje pełne zastosowanie, w konsekwencji zabraniając tak stosowania przymusu w uzyskaniu odpowiedzi pozytywnej, jak i ewentualnej interpretacji odpowiedzi negatywnej na niekorzyść oskarżonego.

Z drugiej jednak strony, całego problemu można uniknąć przy ustawowym wprowadzeniu systemu przymusowego poddania się badaniu, gdyż podczas pobrania materiału organicznego do testu oskarżony nie jest zmuszony do świadczenia przeciwko sobie. Przede wszystkim sytuacja w ogóle nie wymaga od niego żadnych słów, a więc prawo do milczenia przestaje być adekwatne<sup>46</sup>. Ponadto, zgodnie z decyzją Komisji Praw Człowieka, przymusowe pobranie krwi nie jest sprzeczne z zakazem zmuszania oskarżonego do dostarczania dowodów swojej winy, gdyż ten „środek dowodowy może okazać się zarówno

---

45 Jak jest to przykładowo przewidziane odnośnie negatywnej interpretacji skorzystania z prawa do milczenia w ustawodawstwie angielskim, gdzie zgodnie z art. 34 i 35 *Criminal Justice and Public Order Act* z 1984 r. w stosunku do oskarżonego, który złożywszy przysięgę, postanowi milczeć bez podania usprawiedliwiających go powodów, sąd może wyciągnąć z jego zachowania odpowiednie, niekorzystne dla niego konsekwencje; por. J. R. S p e n c e r, *La procédure pénale anglaise*, PUF, *Que sais-je?*, s. 42–44.

46 P. J.-P. Tak, G. A. van Eikema Hommes, *op. cit.*, s. 685.

dla niego korzystny, jak i niekorzystny”<sup>47</sup>. Ten sam sposób wnioskowania zastosował już tym razem bezpośrednio do przymusowego pobrania materiału organicznego dla celów analizy genetycznej Trybunał Praw Człowieka, który stwierdził, iż „prawo do nieobciążania się samemu dotyczy w pierwszym rzędzie poszanowania postanowienia oskarżonego odnośnie zachowania milczenia i nie obejmuje swoim zakresem wykorzystania w procesie karnym danych, które można otrzymać od oskarżonego z zastosowaniem środków przymusu, a które istnieją niezależnie od jego woli, przykładowo dokumenty uzyskane na podstawie postanowienia o ich zatrzymaniu, próbki oddechu, krwi, moczu czy innego materiału organicznego pobranego dla celów analizy DNA”<sup>48</sup>.

Jak widać z powyższych rozważań, system przymusowego pobierania materiału biologicznego nie został *a priori* potępiony. Jednakże taki obowiązek musi zostać wyraźnie i jednoznacznie przewidziany w ustawie, gdyż tylko na poziomie ustawy można wprowadzać ograniczenia praw do wolności człowieka<sup>49</sup>, a ponieważ w dziedzinie śladów genetycznych liczne podstawowe prawa i wolności indywidualne są narażone na naruszenie, interwencja ustawodawcy staje się nieodzowna. Wymaga tego również Rekomendacja Rady Europy nr R (92)1, która w pkt 4 stanowi, że „pobranie próbek do analizy DNA może odbywać się wyłącznie w warunkach określonych w prawie wewnętrznym; uznaje się, że w niektórych państwach konieczne może być uzyskanie zgody sądu. Jeżeli prawo wewnętrzne zezwala na pobieranie próbek bez zgody podejrzanego, ich pobranie może nastąpić wyłącznie w okolicznościach sprawy uzasadniających takie postępowanie”.

## 2.2. Regulacje dotyczące zgody oskarżonego na badanie genetyczne

W większości systemów prawnych obowiązkiem oskarżonego, który może zostać na nim wymuszony przy użyciu siły, jest poddanie się badaniom połączonym z pobraniem materiału organicznego. Takie rozwiązanie przyjął między innymi polski kodeks postępowania karnego (art. 74 § 2). Jednakże, w przeciwieństwie do przytoczonego powyżej orzecznictwa europejskiego, ustawa polska wyraźnie uznaje przymusowe pobranie krwi oraz wydzielin organizmu od oskarżonego za wyjątek od zasady *nemo tenetur*, jako że ta ostatnia została sformułowana w polskim prawie karnym bardzo szeroko, obejmując swoim

47 Komisja Praw Człowieka, decyzja 8239/78; Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie X c. Holandia, z dnia 4 grudnia 1978 r., DR 16, s. 185.

48 Trybunał Praw Człowieka, orzeczenie Sauders c. Wielka Brytania, z dnia 17 grudnia 1996 r., za: J.-L. Croizier, *Le consentement aux analyses génétiques*, (w:) Ch. Doutrempuich (red.), *op. cit.*, s. 51.

49 R. Merle, *Le corps humain, la justice pénale et les experts (à propos de la loi du 15 avril 1954 sur l'expertise alcoolique)*, JCP 1955, I, 1219, nr 3.

zakresem nie tylko wyjaśnienia oskarżonego, ale wszelkie możliwe środki dowodowe. Art. 74 § 1 k.p.k. głosi, że „oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swojej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść”.

Możliwość poddania oskarżonego przymusowemu pobraniu materiału organicznego została również przewidziana przez prawo amerykańskie (Sąd Najwyższy, orzeczenie Schmerber c. California, 1966), duńskie (ustawa nr 332 z dnia 24 maja 1989 r., art. 792–792f), holenderskie (ustawa z dnia 8 listopada 1993 r.), kanadyjskie (art. 487.05 k.k.), niemieckie (§ 81a StPO), norweskie (art. 157 k.p.k.). Niemniej jednak we wszystkich tych systemach wymagane jest uzyskanie w tym przypadku zamiast zgody oskarżonego nakazu sądowego.

W Anglii zasady różnią się zależnie od tego, czy chodzi o próbki „intymne”, czy „nie-intymne”, jednakże w każdym przypadku odmowa poddania się tym czynnościom procesowym może być interpretowana na niekorzyść oskarżonego (*Police and Criminal Evidence Act* z 1984 r.). W Irlandii konieczne jest uzyskanie zgody oskarżonego, ale jej brak traktowany jest jako dodatkowy dowód (ustawa z 1984 r.). Z kolei prawo włoskie przewiduje system liberalny, w którym żaden obowiązek nie może być nałożony na osobę nie wyrażającą na to zgody (art. 23 Konstytucji Republiki Włoskiej)<sup>50</sup>.

Państwem, które nie posiada precyzyjnej regulacji w tym zakresie, jest Francja. Przed przyjęciem tzw. ustaw bioetycznych w 1994 r. prawo francuskie nie przewidywało ogólnej zasady statuującej obowiązek oskarżonego poddania się pobraniu materiału organicznego. Przypadki, w których dopuszczalne było pobranie krwi wbrew woli osoby zainteresowanej, należały do wyjątkowych i specyficznie określonych, jak przykładowo przy przestępstwach drogowych zgodnie z art. L 88 kodeksu regulującego sprzedaż alkoholu. Z konkretności istniejących dyspozycji dowodzone a contrario, że nie mogą one być generalizowane na inne sytuacje wobec zakazu stosowania analogii na niekorzyść oskarżonego, z czego wynika, iż do analizy DNA konieczna jest jego uprzednia zgoda<sup>51</sup>.

Podobnie doktryna sprzeciwiała się interpretacji odmowy poddania się badaniom jako pośredniego przyznania się do winy<sup>52</sup>. Odmienną postawę zajął, przynajmniej odnośnie prawa cywilnego, Sąd Kasacyjny, który uznał, iż sąd jest władny swobodnie wyciągnąć wszelkie konsekwencje z takiej odmowy<sup>53</sup>.

---

50 P. J.-P. Tak, G. A. van Eikema Hommes, *op. cit.*, s. 685–688; J. Pradel, *op. cit.*, s. 467–469; J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 240–243.

51 J.-Ch. Galloux, *op. cit.*, s. 108; J. Borricand, *op. cit.*, s. 72–73.

52 *Idem.*

53 Odnośnie pobrania krwi: orzeczenie z 5 maja 1993 r., Cass. civ. I Ch., Bull. civ. 1993, 1–155; orzeczenie z 13 stycznia 1993 r., Cass. civ. I Ch., PA 1993, nr 108; odnośnie analizy śladów genetycznych: orzeczenie z 10 lutego 1993 r., Cass. civ. I Ch., *idem.*

Przedstawiciele doktryny oraz praktyki sądowej, pomijając zagadnienie, czy powyższe orzecznictwo cywilne mogłoby znaleźć zastosowanie w sprawach karnych, wystąpili z powszechnym żądaniem interwencji ustawodawcy w tym zakresie<sup>54</sup>, sugerując przyjęcie systemu przymusowego pobrania materiału organicznego<sup>55</sup>.

Jednakże ustawa z dnia 29 lipca 1994 r. nie wydaje się rozwiązywać problemu w sposób kategoriyczny. Art. 16–11 kodeksu cywilnego określa dziedzinę, w których może być stosowana identyfikacja człowieka za pomocą jego śladów genetycznych (w ramach procedury sądowej albo dla celów medycznych lub naukowych) oraz jednoznacznie wymaga uprzedniej zgody osoby zainteresowanej, jeśli chodzi o postępowanie cywilne i analizy przeprowadzane dla celów medycznych lub naukowych. Natomiast odnośnie procesu karnego ustawa milczy, tak na temat konieczności uzyskania takiej zgody, jak i możliwości stosowania przymusu.

Wobec braku wyraźnej regulacji ustawowej, interpretację daje się przeprowadzić w dwóch kierunkach. Jeśli założyć, że dyspozycja art. 16–11 kodeksu cywilnego stanowi regulację szczególną, można przyjąć *a contrario*, iż regułą jest obowiązek poddania się testowi, a więc w sprawach karnych, jako nie wymienionych wśród wyjątków, zgoda oskarżonego nie jest wymagana. Jeśli jednak, przeciwnie, uznać regułę ustanowioną w tym przepisie za zasadę ogólną, powyższa interpretacja staje się niedopuszczalna, jako że nie wolno tworzyć wyjątków, które nie zostały przewidziane w ustawie<sup>56</sup>. Należy przy tym zaznaczyć, że większość doktryny podziela stanowisko pierwsze<sup>57</sup>.

Z prac przygotowawczych nad ustawą jednoznacznie wynika, że zamiarem rządu było stworzenie obowiązku poddania się testom genetycznym przeprowadzanym w ramach postępowania karnego. W wyniku interwencji sprawozdawcy podczas pierwszego czytania w Zgromadzeniu Narodowym, który wyraźnie zaznaczył różnicę pomiędzy sprawami cywilnymi, gdzie zgoda zainteresowanego jest niezbędna, a sprawami karnymi, gdzie nie jest ona koniecz-

54 B. P e s q u i é, Avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé sur la diffusion des techniques d'identification par l'analyse d'ADN du 15.12.1989, RSC 1990, nr 2, s. 430; Komisja do spraw Sprawiedliwości Karnej i Praw Człowieka, Rapport sur la mise en état des affaires pénales, La Documentation Française, Paryż 1991, s. 201.

55 J.-Ch. Galloux, *op. cit.*, s. 108; J. Borricand, *op. cit.*, s. 72–73.

56 H. Gaumont-Prat, *op. cit.*, s. 27; H. Matsopoulou, *op. cit.*, s. 737.

57 J.-L. Croizier, *op. cit.*, s. 51; V. Lesclous, Empreintes génétiques et procédures pénales, (w:) Ch. Doutrempuich (red.), *op. cit.*, s. 117–120; J. Massip, L'insertion dans le Code civil de dispositions relatives au corps humain, à l'identification génétique et à la procréation médicalement assistée, Gaz. Pal. z 5–6 kwietnia 1995, s. 7; N.-J. Mazen, Tests et empreintes génétiques: du flou juridique au pouvoir scientifique, PA 1994, nr 149, s. 72; J. Pradel, *op. cit.*, s. 469.

na, Rada Ministrów wprowadziła do tekstu poprawkę, głoszącą, iż „w zakresie prawa karnego nie jest wymagana zgoda zainteresowanego” (należałoby więc przyjąć, że nie tylko oskarżonego, ale i świadka)<sup>58</sup>. Niemniej jednak niniejsza poprawka została usunięta przez Senat, przy czym przyczyny takiego postępowania pozostają niejasne. Według V. Lescous, wydaje się możliwe, iż senatorowie uznali, że brak obowiązku poszukiwania zgody osób zainteresowanych odpowiada ogólnym zasadom postępowania karnego, a więc jeśli sprawy karne nie zostaną wymienione wśród dziedzin, gdzie taka zgoda jest konieczna, ustawa będzie wystarczająco czytelna<sup>59</sup>.

Jednakże, jak już wcześniej zaznaczono, w procedurze karnej francuskiej nie istnieje powszechna zasada stosowania przymusu wobec braku zgody oskarżonego, co świadczy o wydatnej słabości powyższego rozumowania. Pomimo że realne niebezpieczeństwo naruszenia z jednej strony wolności osobistych, a z drugiej praw oskarżonego poprzez przymusowe przeprowadzenie analizy genetycznej jest w zasadzie minimalne, dopuszczalność takiego działania powinna obowiązkowo być uregulowana jednoznacznie i precyzyjnie w tekście ustawy. Jak dotąd decyzja w tym zakresie leży arbitralnie w rękach sądu. Można więc sobie równie dobrze wyobrazić, że Sąd Kasacyjny utrzyma w mocy wyrok skazujący oparty na dowodzie ze śladów genetycznych uzyskanych przy użyciu przymusu, jak i że go uchyli. Podobnie, tak samo możliwe jest, iż zatwierdzi orzeczenie oparte na negatywnej interpretacji odmowy poddania się badaniom (jeśli sędzia śledczy zamiast stosować przymus, będzie wolał dostosować się do woli podejrzanego), jak i że takie orzeczenie skasuje.

### **III. Analiza śladów genetycznych jako dowód doskonały**

W procesie karnym możliwość korzystania ze wszystkich dostępnych dowodów uzupełnia zasada swobodnej ich oceny, jak to jednoznacznie stwierdza w art. 427 francuski kodeks postępowania karnego głoszący, że „przestępstwa mogą być dowodzone za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych, a sędzia decyduje na podstawie swojego swobodnego uznania”<sup>60</sup>.

---

58 Journal Officiel de l'Assemblée Nationale, obrady II seansu z 23 listopada 1992 r., s. 5869–5870.

59 V. Lescous, *op. cit.*, s. 117.

60 Zasada ta została wyrażona *explicite* także w innych kodeksach postępowania karnego, przykładowo w niemieckim (§ 261 StPO), polskim (art. 7 k.p.k.) i in.

Jednakże tworzenie się swobodnego przekonania organów procesowych nie może następować w sposób całkowicie dowolny. Przede wszystkim przy wyrokowaniu sąd musi oprzeć się wyłącznie na całokształcie okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej (art. 410 polskiego k.p.k.)<sup>61</sup>. Ponadto przy ocenie wszystkich przeprowadzonych dowodów winien kierować się zasadami prawidłowego rozumowania, a także wskazaniem wiedzy i doświadczenia życiowego (art. 7 polskiego k.p.k.).

Te same przesłanki dokonywania prawidłowej oceny materiału dowodowego wiążą także sądy przysięgłych, chociaż w tym przypadku wręcz niemożliwa jest weryfikacja procesu decyzyjnego przysięgłych, biorąc pod uwagę fakt, że nie wymaga się od nich „podania, w jaki sposób zostali przekonani, ustawa nie stanowi również zasad, zgodnie z którymi powinni uznać, czy dany dowód jest pełny i wystarczający; mają jedynie za zadanie zastanowić się, w ciszy i skupieniu, i zadecydować, w szczerości własnego sumienia i zgodnie ze swoim rozsądkiem, jakie wrażenie sprawiły na nich zarówno dowody zaprezentowane przeciwko oskarżonemu, jak i jego środki obrony. Prawo stawia im wyłącznie to jedno pytanie, w którym zamykają się wszystkie ich obowiązki: «Czy macie wewnętrzne przekonanie?»» (art. 353 francuskiego k.p.k.). Tym bardziej więc przed sądami przysięgłych, gdzie sądzone są najcięższe przestępstwa, przed sądami, które nie muszą uzasadniać wobec nikogo swojej decyzji i od werdyktów których większość systemów prawnych nie przewiduje apelacji, należy zadbać, by prezentowane dowody były jak najbardziej pewne.

W związku z tym we współczesnym procesie karnym preferowane są dowody oparte na naukach kryminalistycznych. Jednocześnie jednak trzeba, aby zarówno sędziowie zawodowi, ławnicy, jak i przysięgli nie zatracili świadomości, że każdy dowód, nawet naukowy może być obciążony błędem, wynikającym z zawodności zmysłów ludzkich lub niedoskonałości techniki<sup>62</sup>. Dlatego też żaden dowód, choćby w teorii był stuprocentowo pewny, nie może *a priori* zostać uznany za „doskonały”.

Także wyniki analizy śladów genetycznych nie posiadają same w sobie wyższego statusu dowodowego niż inne środki dowodowe i powinny zostać poddane kontrydymatoryjnej dyskusji podczas rozprawy głównej. Przy jej ocenie mogą pojawić się dwojakie problemy. Przede wszystkim wątpliwości mogą dotyczyć prawidłowości przeprowadzenia analizy DNA. Testy genetyczne powinny być w związku z tym wykonywane zgodnie z wszelkimi normami popra-

61 Niektóre procedury stawiają w tym zakresie nawet surowsze wymagania, na przykład francuski kodeks postępowania karnego wymaga, by orzeczenie sądu oparte było jedynie na dowodach zaprezentowanych przed nim podczas rozprawy kontrydymatoryjnej (art. 427 al. 2).

62 G. Danjaume, *op. cit.*, s. 155.

wnego badania, umożliwiającymi weryfikację ich wartości naukowej<sup>63</sup>. Ponadto należałoby zastanowić się, jaka jest wartość dowodowa interpretacji uzyskanych rezultatów w porównaniu z innymi środkami dowodowymi w przypadku konkretnego postępowania karnego.

Tak więc, uznawszy analizę śladów genetycznych za dowód legalny, zdobyty w sposób lojalny w stosunku do uczestników postępowania, sąd powinien swobodnie ocenić zarówno jej rzetelność naukową (1), jak i realny wkład w odkrycie prawdy materialnej (2).

### **1. Rzetelność analizy śladów genetycznych**

Aby dany dowód naukowy okazał się rzeczywiście doskonały, powinien być dokładny, rzetelny i powtarzalny. Jednakże, jeśli chodzi o zastosowanie testów DNA dla potrzeb postępowania karnego, to w początkowym okresie wykorzystywania tej techniki jej rzetelność została poddana w wątpliwość. W wyniku kilku spektakularnych skandali procesowych<sup>64</sup>, została stworzona precyzyjna metodologia naukowa, określająca z jednej strony sposoby prawidłowego pobrania materiału do badania (1.1), a z drugiej – warunki prowadzenia poprawnej analizy (1.2).

#### **1.1. Warunki prawidłowego pobrania śladów genetycznych**

Miejsce popełnienia przestępstwa nie stanowi sterylne laboratorium, ale jest poddawane wpływowi ludzi oraz warunków atmosferycznych. Istnieje ryzyko, że ślady genetyczne zostaną zdegradowane pod wpływem wilgoci, substancji chemicznych lub egzystencji życia biologicznego, przemieszczone przez wiatr albo zanieczyszczone materiałem organicznym pochodzącym od innych osób, przypadkowo obecnych na tym obszarze. Jeden obcy włos, a nawet zwykłe kichnięcie osoby postronnej dostarczają tysięcy błędnych śladów w postaci tysięcy komórek nie pochodzących od sprawcy. A więc im później przestępstwo zostaje wykryte, tym mniej można być pewnym, że znaleziony materiał biologiczny należy do sprawcy<sup>65</sup>.

W tych warunkach pobranie materiału organicznego staje się zadaniem bardzo delikatnym. W związku z tym należy zapewnić skuteczną ochronę miejsca popełnienia przestępstwa przynajmniej od momentu jego odkrycia i uniemożliwić jakiegokolwiek jego zanieczyszczenie przez funkcjonariuszy organów ścigania. W tym celu wszystkie osoby penetrujące miejsce popełnienia przestępstwa powinny być odpowiednio ubrane, najlepiej w specjalny, wykona-

---

63 D. Piot, *L'utilisation des empreintes génétiques en pratique judiciaire pénale*, (w:) Ch. Doutrempuich (red.), *op. cit.*, s. 108; S. Ceccaldi, *Empreintes génétiques et normes*, (w:) *idem*, s. 65 i n.

64 J.-Ch. Galloux, *op. cit.*, s. 105.

65 B. Ludes, P. Mangin, *op. cit.*, s. 94 oraz 100–105.

ny ze śliskiego materiału kombinezon jednorazowego użytku, okrywający całe ciało, tak aby nie wystawała spod niego żadna część ubrania, uniemożliwiający tym samym upadek na ziemię jakiegokolwiek materii, która mogła się przylepić do odzieży, w buty osłonięte plastikowymi ochraniaczami, zakładanymi także na podeszwę, aby uniknąć naniesienia kurzu, oraz w odpowiednie nakrycie głowy, zapobiegające utracie włosów, a także w sterylne rękawiczki chirurgiczne nałożone na wierzch pary rękawiczek bawełnianych (przy czym rękawiczki powinny być zmieniane po dokonaniu każdego pojedynczego pobrania materiału organicznego) w celu ochrony przed problemami związanymi z transpiracją dłoni, i w końcu – w maskę okrywającą twarz, by udaremnić rozprzestrzenianie się w atmosferze drobinek wydychanego powietrza lub śliny<sup>66</sup>. Ponadto wszelka obecność gapiów, ewentualnych świadków, a także prasy powinna zostać wyeliminowana z obszaru poddanego badaniom.

Identyczne zasady dotyczą także sprzętu stosowanego przy pobieraniu próbek organicznych: powinien być sterylny i jednorazowego użytku. Cały proces pobrania próbek należy rejestrować tak w formie protokołu, jak i na fotografiach. Według Thierry'ego Lazeau, żandarma z wydziału śledczego w Rennes i kierownika grupy do spraw identyfikacji kryminalistycznej, każdy ślad (przykładowo „plama cieczy o kolorze brunatnym”) „jest fotografowany, opisywany, szczegółowo obserwowany, definiowany jest jego kształt, wygląd, położenie, kolor i zapach, stwierdza się kierunek, z którego spadł, a także kąt i wysokość tego upadku”<sup>67</sup>.

Pobranie materiału organicznego z ciała pokrzywdzonego, zarówno wobec osoby żywej, jak i ze zwłok, wymaga równej dozy ostrożności i precyzji, co zebranie śladów z miejsca przestępstwa. Także w tym przypadku najistotniejszym czynnikiem staje się czas.

Degradacja *post mortem* ciała ludzkiego zależy od konkretnego organu. W okresie następującym natychmiast po zgonie rozpoczyna się proces autodestrukcji, podczas którego niszczeniu ulegają molekuly DNA zarówno w aspekcie ilościowym, jak i jakościowym. Najszybciej ich degradacja postępuje we krwi, śledzionie i wątrobie, podczas gdy dość dobrze zachowują się komórki mózgowo, a także mięśnie sercowe i szkieletowe<sup>68</sup>. Aby przeprowadzić prawidłową interpretację próbek *post mortem*, należy precyzyjnie określić moment śmierci, a także warunki, w jakich zwłoki były przechowywane.

66 Th. Lazeau, *Prélèvements sur scène de crime*, (w:) Ch. Doutrempuich (red.), *op. cit.*, s. 36–37.

67 *Idem*, s. 39.

68 B. Ludes, P. Mangin, *op. cit.*, s. 103–104.



Podobnie wobec osoby, która przeżyła atak przestępcy, badanie medyczne oraz pobranie materiału organicznego pochodzącego od sprawcy powinno nastąpić jak najszybciej, aby uniknąć sytuacji, że ofiara usunęła z siebie wszelkie ślady, co ma miejsce szczególnie często w przypadku przestępstw seksualnych<sup>69</sup>. Przy czym zarówno sekcja zwłok, jak i badanie lekarskie, powinny być szczegółowo rejestrowane i dokumentowane fotografiami.

Próbki, pobrane tak z ciała pokrzywdzonego, jak i z miejsca przestępstwa należy natychmiast przetransportować do laboratorium w celu poddania ich odpowiednim analizom. Jednakże już same warunki transportu powinny zapewniać ich dobre przechowanie<sup>70</sup>, dla ochrony nie tylko przed zniszczeniem przez czynniki naturalne, ale także przed osobami niepowołanymi. Stąd więc, aby uniknąć zarzutu, iż pobranie próbek odbyło się w sposób nieuczciwy i z nadużyciami<sup>71</sup>, istnieje obowiązek prowadzenia pełnej dokumentacji dokonywania tej czynności procesowej. Pobrane próbki powinny być odpowiednio zabezpieczone, opieczątowane i zinwentaryzowane jako dowód w sprawie zgodnie z wszelkimi zasadami procesowymi<sup>72</sup>.

Pobranie śladów biologicznych jest czynnością jednorazową, której nie będzie można powtórzyć w ramach postępowania karnego. Toteż sąd, aby ocenić stopień pewności ich pochodzenia oraz czystości, będzie miał do dyspozycji wyłącznie protokoły oraz inne materiały, na których zarejestrowano przebieg tej fazy postępowania. Dlatego więc szczegółowa rejestracja momentu pobrania próbek jest w tym wypadku nieodzowna i służy z jednej strony precyzyjnej interpretacji faktów, a z drugiej – weryfikacji poprawności przeprowadzenia tej czynności.

Sytuacja jest łatwiejsza, jeśli chodzi o moment samej analizy. W razie zaistnienia jakichkolwiek wątpliwości, całe badanie można powtórzyć.

## **1.2. Warunki poprawnego badania**

Aby zapewnić możliwość dokonywania porównań pomiędzy poszczególnymi testami, muszą być one przeprowadzane tą samą metodą, w identycznych warunkach i przez specjalistów o analogicznym wykształceniu. Już w 1989 r. francuski Narodowy Etyczny Komitet Konsultacyjny rekomendował, by metoda

---

69 J.-M. Bailliet, *Prélèvements lors d'agressions sexuelles*, (w:) Ch. Doutrémpuich (red.), *op. cit.*, s. 43–44.

70 B. Ludes, P. Mangin, *op. cit.*, s. 108.

71 Przykładowo w sprawie O. J. Simpsona, obrona postawiła zarzut, iż policja podrzuciła na miejsce przestępstwa rękawiczkę ze śladami krwi oskarżonego, w celu wykorzystania jej w późniejszej analizie genetycznej jako dowód obciążający, za: T. Tomaszewski, T. Czeczot, *op. cit.*, s. 405–406.

72 Przykładowo regulowanymi przez art. 97 francuskiego k.p.k.; Th. Lezeau, *op. cit.*, s. 40.

identyfikacji śladów DNA została zarezerwowana dla kilku laboratoriów, wybranych ze względu na zapewnianą przez nie wysoką technikę i rzetelność badań, i aby wyłącznie owe laboratoria uzyskały zezwolenie na powoływanie ich na biegłych w celach procesowych<sup>73</sup>. Także Rekomendacja Rady Europy nr R (92)1 zezwala na przeprowadzanie analiz DNA wyłącznie w upoważnionych do tego laboratoriach, posiadających odpowiednie wyposażenie i doświadczenie, charakteryzujących się wysokim stopniem wiedzy zawodowej i praktycznej, połączonej z odpowiednimi procedurami kontroli wykonywanych badań, nieskazitelną naukową, właściwym zabezpieczeniem urządzeń i badanej substancji, gwarantujących całkowitą poufność tożsamości osób, których dotyczą analizy DNA. Przy czym wykaz tych laboratoriów powinien zostać ustalony przez państwa członkowskie, które jednocześnie winny zapewnić ich regularną kontrolę (pkt 6).

Ustawodawca francuski kierując się powyższymi rekomendacjami w art. 16–12 ustawy bioetycznej z dnia 29 lipca 1994 r. zdecydował, iż uprawnione do prowadzenia analiz identyfikacyjnych śladów genetycznych na potrzeby procedury karnej są wyłącznie osoby, które otrzymały zgodę ministerialną i zostały wpisane na listę biegłych sądowych w tym zakresie. Precyzyjne wymagania, jakie powinna spełniać osoba lub instytucja ubiegająca się o uzyskanie niniejszych uprawnień, zostały określone w rozporządzeniu z 6 lutego 1997 r.<sup>74</sup>.

Kwalifikacje, jakich oczekuje się od osób ubiegających się o uzyskanie uprawnień do prowadzenia analiz DNA, są bardzo wysokie. Zgodnie z art. 5 rozporządzenia, powinny one posiadać przynajmniej doktorat z zakresu nauk biologicznych lub dyplom specjalizacyjnych studiów pomagisterskich z genetyki, biologii molekularnej lub innych nauk pokrewnych. Ponadto powinny mieć długoletnie doświadczenie zawodowe w dziedzinie praktycznego zastosowania biologii molekularnej.

Specjaliści, którzy zostali uznani za biegłych, podlegają stałej kontroli; uprawnienia wydawane są jedynie na okres pięciu lat. Organem nadzoru, który ma na celu zapewnienie pełnej rzetelności wykonywania analiz DNA, jest Agencja do spraw leków. Zgodnie z art. L 761–24 kodeksu zdrowia publicznego dwa razy do roku przeprowadza ona pełną ewaluację pracy wszystkich biegłych, oczywiście przy zapewnieniu poufności procedury oceny (art. 7 rozporządzenia).

Kontrolowane są także pomieszczenia, gdzie odbywają się analizy genetyczne. Zgodnie z art. 9 rozporządzenia, biegli powinni dysponować odpowiednim

<sup>73</sup> B. Pesquié, *op. cit.*, s. 432.

<sup>74</sup> Natomiast dokonanie identyfikacji genetycznej przez osoby do tego nieuprawnione, tzn. nie posiadające zezwolenia ministerialnego, jest karane zgodnie z art. 226–28 k.c. karą więzienia do jednego roku lub grzywną w wysokości 100.000 franków.

wyposażeniem pozwalającym na prawidłowe przeprowadzanie badań DNA, przede wszystkim metodą powielania materiału genetycznego. Procedura wykorzystania niezbędnego sprzętu powinna gwarantować brak choćby najmniejszego ryzyka zanieczyszczenia badanego materiału podczas analizy, a szczególnie podczas powielania łańcucha genetycznego.

Ponadto, pomieszczenia przeznaczone na przechowywanie próbek materiału organicznego oraz uzyskanych wyników badań, muszą dysponować systemem zabezpieczeń, aby zapewnić zebrany tam dowodom doskonałą ochronę przed kradzieżą lub zniszczeniem, a także przed ingerencją osób niepowołanych w poufne przecież informacje<sup>75</sup>.

Regulacja francuska w tym zakresie jest bardzo precyzyjna i wymagająca. Tym samym jednak daje gwarancje wysokiego standardu technicznego przeprowadzanych badań, szczególnie że wszystkie laboratoria<sup>76</sup> muszą spełniać naukowe kryteria wypracowane w ramach międzynarodowej standaryzacji metody DNA<sup>77</sup>. Rekomendacja Rady Europy nr R (92)1 zachęca do dążenia do normalizacji stosowanych technik, tak na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym (pkt 10), gdyż dopiero pełna standaryzacja pozwoli na wymianę wyników analizy DNA między różnymi państwami.

Mimo że jak do tej pory w Europie postępy normalizacji metody badania śladów genetycznych były nieznaczne<sup>78</sup>, prace powinny być kontynuowane. Należy sformułować dwa typy standardów: techniczne i proceduralne. Pierwsze z nich powinny dotyczyć tak technologii biochemicznej samej analizy<sup>79</sup>, jak i statystycznych metod interpretacji wyników<sup>80</sup>, a także zawartości opinii końcowej. Drugie powinny zawierać problemy uregulowane we Francji przez rozporządzenie z 6 lutego 1997 r., a więc zagadnienia związane z upoważnieniem laboratoriów do prowadzenia tego typu badań oraz z ich kompetencjami, ze

---

75 S. Ceccaldi, *op. cit.*, s. 65–68.

76 Na rok 1998 we Francji pięć laboratoriów uzyskało status biegłych w zakresie analiz genetycznych w sprawach karnych, por. J.-P. Milland, *Les laboratoires de police scientifique*, (w:) Ch. Doutrépuich (red.), *op. cit.*, s. 89–92.

77 Odnosnie międzynarodowych norm jakości przeprowadzania analizy genetycznej, ISO 9000, por. Ch. Naylor, *Normes ISO 9000*, (w:) *idem*, s. 71–77.

78 Co prawda już w 1989 r. powstała europejska jednostka centralna, złożona z przedstawicieli wszystkich krajów Wspólnot Europejskich, mająca na celu uniformizację stosowanych metod. Inne inicjatywy miały miejsce w językowych grupach roboczych: hiszpańskiej i portugalskiej (GEP), angielskiej (ESWG), włoskiej (GEFI), niemieckiej (GEDNAP Exercises) i francuskiej; por. A. Carracedo, *Directives et standardisations des analyses génétiques médico-légales en Europe*, (w:) *idem*, s. 83–85.

79 M.-P. Carlotti, M. Noguier, *Les modalités de traitement de l'empreinte génétique par la Gendarmerie nationale*, (w:) *idem*, s. 95–99.

80 J. A. Berent et al., *Statystyczna ocena wyników badań DNA w identyfikacji śladów biologicznych*, *Problemy współczesnej kryminalistyki 2000*, s. 29–33.

sposobem uzyskiwania uprawnień przez zatrudniany w nich personel, formami kontroli ich pracy, a także systemami zabezpieczeń i archiwizacji wyników testów.

Niemniej, o ile jeszcze można sobie wyobrazić międzynarodową unifikację zasad proceduralnych w dziedzinie nauk medyczno-prawnych, na bazie ustaw narodowych, to standaryzacja techniczna, która jest przecież dużo bardziej istotna, wydaje się wręcz niemożliwa do osiągnięcia, szczególnie ze względu na niezwykle szybki rozwój naukowy i technologiczny, a także ochronę własności intelektualnej związanej z określonymi metodami analizy<sup>81</sup>. Na dzień dzisiejszy, uznanie wyników analiz przeprowadzanych w innym kraju oraz ich przekazywanie pomiędzy państwami ma zasięg znacznie ograniczony<sup>82</sup>, tym bardziej że ich interpretacja przed sądem pozostaje we wszystkich systemach subiektywna.

## 2. Ocena dowodu z analizy śladów genetycznych

Analiza DNA, przeprowadzona z reguły w ramach postępowania przygotowawczego, a następnie dopuszczona przez sąd jako środek dowodowy w sprawie, podczas rozprawy głównej podlega konfrontacji z innymi dowodami, prezentowanymi zarówno przez oskarżenie, jak i przez obronę. Zasada równości broni wymaga, aby rezultaty badań genetycznych zostały poddane kontradiktoryjnej dyskusji przed obiektywnym sądem<sup>83</sup>. Stąd należy zapewnić oskarżonemu i jego obrońcy możliwość naukowego przeciwstawienia się wynikom przedstawianym przez prokuratora, tak aby przeciw-dowód posiadał taką samą wartość (2.1). Dzięki temu sąd uzyskałby szerszy wachlarz informacji, które w wyniku ich swobodnej oceny pozwoliłyby mu ukształtować wewnętrzne przekonanie, niezbędne do wydania prawidłowego wyroku (2.2).

### 2.1. Ocena dowodu z analizy śladów genetycznych przez obronę

Obrona dysponuje niepodważalnym prawem żądania wykonania analizy genetycznej, jeśli wyniki mają, w jej ocenie, służyć na korzyść oskarżonego. Jednakże decyzja co do przeprowadzenia takiego dowodu, w zależności od systemu prawnego, leży w gestii różnych organów procesowych. Według prawa francuskiego należy ona do sędziego, chociaż ewentualne postanowienie o odmowie powinno zostać umotywowane i może być zaskarżone<sup>84</sup>. Podobnie

81 Rekomendacja Rady Europy nr R (92)1 wymaga jedynie, by przy przyznawaniu prawa własności intelektualnej poszczególnym laboratoriom państwa członkowskie zadbały, aby nie stworzyło to przeszkód w dostępie do analizy DNA (pkt 11).

82 A. Carracedo, *op. cit.*, s. 81.

83 Art. 6 Konwencji Podstawowych Praw i Wolności Człowieka.

84 Art. 156 i 186–1 francuskiego k.p.k.; orzeczenie Sądu Kasacyjnego z 13 marca 1968 r., Cass. crim., D. 1968, 429.

uregulowana jest ta kwestia w polskim postępowaniu karnym, z tym że na niniejsze postanowienie nie przysługuje zażalenie, jednakże niezależnie od uprzedniej decyzji negatywnej dowód może zostać następnie dopuszczony przez organ procesowy tak z urzędu, jak i na żądanie stron (art. 170 § 2 k.p.k.). Odmierna sytuacja istnieje w systemie *common law*, gdzie ekspertyzy biegłych są wprowadzane do procesu wyłącznie przez strony<sup>85</sup>.

Kolejnym uprawnieniem obrony jest możliwość złożenia formalnego wniosku o niedopuszczenie wyników analizy genetycznej jako dowodu w sprawie wobec faktu, że została ona przeprowadzona w sposób nielojalny w stosunku do oskarżonego. W takim przypadku, jak zostało przedstawione w pierwszej części artykułu, sytuacja waha się w różnych procedurach od nieważności z mocy prawa do swobodnej decyzji sądu<sup>86</sup>.

Najtrudniejsze jednak dla obrony jest materialne podważenie ekspertyzy DNA już dopuszczonej do procesu. Poziom pewności, jaki daje dowód naukowy, wymaga, aby została mu przeciwstawiona ta sama technika badania lub przynajmniej ten sam sposób wnioskowania przy interpretacji wyników. Dlatego, by móc zweryfikować rzetelność przeprowadzonej analizy, obrona powinna dysponować możliwością jej powtórzenia pod swoją kontrolą, co zdaje się stwarzać konieczność dopuszczalności kontr-ekspertyzy, tym bardziej, że Rekomendacja Rady Europy nr R (92)1 wymaga, aby strony procesowe miały równy dostęp do skorzystania z tego środka dowodowego, a w przypadku ograniczonej substancji nadającej się do analizy, państwa powinny zadbać o to, by nie zostały naruszone prawa obrony (pkt 9).

W systemach *common law* nie istnieje w tym zakresie żaden problem, gdyż każda ekspertyza jest z założenia przeprowadzana w sposób kontradiktoryjny. Zarówno oskarżenie, jak i obrona wybierają, bez ingerencji sądu, własnych biegłych, dokonujących następnie ekspertyzy pod kierunkiem strony, przez którą zostali wybrani. W czasie rozprawy poszczególni biegli przedstawiają wyniki i wnioski swoich własnych badań, co prowadzi do tzw. „wojny biegłych”. Sąd ma pełną swobodę wyboru z prezentowanych pozycji najbardziej go przekonującej. Niemniej takie rozwiązanie grozi rozminięciem się z prawdą materialną, wobec małej obiektywności opinii. Sąd nie posiada żadnego wpływu na wybór biegłych, nie ma więc kontroli ani nad ich kompetencjami, ani nad przebiegiem analizy, co sprawia, że w rzeczywistości może brakować mu istotnych danych koniecznych do prawidłowej oceny wartości naukowej niniejszego dowodu. Tym bardziej, że biegli są opłacani przez stronę ich powołującą,

---

85 J. Pradel, *op. cit.*, s. 470.

86 M. Delmas-Marty (red.), *Procédures pénales...*, *op. cit.*, s. 524–526.

co zwiększa ryzyko zdeformowania przez nich rezultatów na korzyść swojego chlebodawcy<sup>87</sup>.

Odmienny tryb został przyjęty w procedurach kontynentalnych, gdzie wybór biegłego należy do organów ścigania, które kontrolują również przebieg badań, a prywatna ekspertyza obrony nie jest dopuszczalna. Osoba biegłego, traktowanego jako pomocnika wymiaru sprawiedliwości, powinna być obiektywna, niezależna i bezstronna. Analogiczne gwarancje powinna spełniać dokonywana przez niego ekspertyza, gdyż jej celem jest wykrycie prawdy materialnej, a nie dowiedzenie winy czy niewinności oskarżonego. Niemniej przy takim systemie istnieje ryzyko zachwiania zasady równości broni stron<sup>88</sup>.

Opinia biegłego jest z reguły przeprowadzana w fazie postępowania przygotowawczego, znajduje się ona pod kontrolą prokuratora albo sędziego śledczego, a więc organu oskarżycielskiego, co sprawia, że ta strona procesowa staje się bardziej uprzywilejowana. Ten brak równowagi wydaje się szczególnie wyraźny w procedurze francuskiej, gdyż prokuratorowi przysługuje pełne prawo zaskarżenia każdej decyzji sędziego śledczego odnośnie przeprowadzenia lub nie dowodu z analizy genetycznej, wnioskowanej przez siebie, pokrzywdzonego lub podejrzanego (art. 185 k.p.k.). Natomiast zażalenie obrony w tym zakresie może zostać w ogóle nie rozpatrzone, jeśli przewodniczący izby oskarżycielskiej (organu nadrzędnego nad sędzią śledczym) odmówi przyjęcia środka odwoławczego, bez konieczności podania motywów tej decyzji, od której stronie nie przysługuje odwołanie (art. 186–1 k.p.k.).

Także na rozprawie główniej sytuacja nie staje się bardziej wyrównana. Co prawda, nic nie stoi na przeszkodzie, aby obrona powołała świadka – specjalistę, który przedstawi „naukowy punkt widzenia” (art. 169 francuskiego k.p.k.), ten jednak nie ma wglądu w materiał dowodowy ani prawa odwiedzenia oskarżonego tymczasowo aresztowanego. Nie będzie więc on w stanie przeprowadzić analizy genetycznej, wobec braku dostępu tak do śladów biologicznych znalezionych na miejscu przestępstwa lub na pokrzywdzonym, jak i często możliwości pobrania materiału organicznego od oskarżonego<sup>89</sup>. Jedyna droga, jaka pozostaje obronie, to złożenie wniosku do sądu o ponowne przeprowadzenie oficjalnej ekspertyzy przez biegłego sądowego, nad którą kontrolę miałby już nie organ oskarżycielski, ale bezstronny i obiektywny sąd.

Najbardziej prawidłowym rozwiązaniem wydaje się tzw. ekspertyza kontrolowana, na wzór wprowadzonej w Holandii ustawą z dnia 8 listopada 1993 r.

<sup>87</sup> *Idem*, s. 544–547.

<sup>88</sup> Trybunał Praw człowieka, orzeczenie Bonisch c. Austria, z dnia 6 maja 1987 r., seria A, nr 92.

<sup>89</sup> H. L e c l e r c, Les limites de la liberté de la preuve. Aspects actuels en France, RSC 1992, nr 1, s. 25.

Zgodnie z tym systemem ekspert z zakresu identyfikacyjnych testów genetycznych wyznaczany jest przez sędziego śledczego, który pisemnie powiadamia podejrzanego o osobie biegłego, laboratorium, gdzie zostanie wykonana ekspertyza, a także o dokładnej dacie jej przeprowadzenia. Podejrzan, jego obrońca oraz wybrany przez nich ekspert mogą być obecni podczas badania. Ponadto w ciągu dwóch tygodni po otrzymaniu wyników analizy podejrzan może zwrócić się do sędziego śledczego o wyznaczenie innego biegłego w celu dokonania kontr-ekspertyzy. W przypadku, gdy zabrakłoby materiału organicznego do ewentualnego ponownego badania, wybór konkretnych biegłych należy do podejrzanego, z zastrzeżeniem, że muszą oni być zatrudnieni w laboratorium posiadającym oficjalne upoważnienie do wykonywania testów DNA<sup>90</sup>.

Trzeba przyznać, że dla ochrony praw oskarżonego wskazane byłoby zapewnienie mu prawa wykonania własnej analizy genetycznej, lub przynajmniej praktycznej możliwości aktywnej kontroli nad ekspertyzą przeprowadzaną przez organy procesowe poprzez obecność w czasie jej trwania specjalisty wyznaczonego przez obronę. Dlatego więc odmowa sądu dopuszczenia kontr-ekspertyzy powinna mieć miejsce jedynie w sytuacjach wyjątkowych, nawet jeśli nie istnieje żadna regulacja ustawowa dopuszczająca taką praktykę. Niemniej jednak, niezależnie od obowiązującego rozwiązania, ostateczna ocena dowodu z analizy śladów genetycznych należy do sądu, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów.

## 2.2. Analiza śladów genetycznych a sądowa swobodna ocena dowodów

Odkąd zarzucona została zasada legalnej oceny dowodów, żaden środek dowodowy nie posiada *a priori* wartości przeważającej, lecz wszystkie poddane są suwerennej ocenie sądu. Zasada swobodnej oceny dowodów obowiązuje wobec wszystkich bez wyjątku środków dowodowych, w tym także wobec opinii biegłego. Sąd nie jest związany jej rezultatami i może nawet nie przychylić się do wniosków biegłego, dając wiarę innym dowodom<sup>91</sup>. Może również postąpić zupełnie przeciwnie i przyjąć za podstawę wyroku wyłącznie wyniki ekspertyzy<sup>92</sup>.

---

90 P. J.-P. Tak, G. A. van Eikema Hommes, *op. cit.*, s. 690.

91 Przykładowo w sprawie State c. Hammond z 1990 r. sąd amerykański uznał oskarżonego winnym zgwałcenia wbrew jednoznacznie wykluczającemu wynikowi testu DNA, przyjmując zeznania pokrzywdzonej za mające większy walor dowodowy; za: J. Wójcickiewicz, *Identyfikacja człowieka na podstawie analizy DNA*, Palestra 1993, nr 12, s. 53–54.

92 B. Pesquié, *op. cit.*, s. 431–432; G. Danjaume, *op. cit.*, s. 155; J.-Ch. Galloux, *op. cit.*, s. 109; V. Lesclous, *op. cit.*, s. 113–114; orzeczenia francuskiego Sądu Kasacyjnego z dnia 28 października 1971 r., Cass. crim., Bull. crim. 1971, nr 287; z dnia 17 listopada 1971 r., Cass. crim., Bull. crim. 1971, nr 313; z dnia 12 stycznia 1994 r., Cass. civ. I Ch., D, 1994, J–449.

Jednakże w przypadku analizy DNA sądowi, szczególnie niezawodowemu, niezmiernie trudno w praktyce zachować pełną niezależność w obliczu tak dużej wartości naukowej tego dowodu i nie znaleźć się pod wrażeniem wyników, których pewność sięga rzędu 99,99%<sup>93</sup>, a więc dokładnie takiego stopnia wewnętrznego przekonania, jaki jest wymagany w procesie karnym, zgodnie z angielską formułą: *beyond reasonable doubt*<sup>94</sup>.

Niemniej tym bardziej należy wymagać od sądu dystansu do prezentowanych mu rezultatów, gdyż jak już wcześniej wykazano, ryzyko ich niepoprawności na dzień dzisiejszy wciąż pozostaje znaczne. Dlatego też każdy element procedury badania śladów genetycznych powinien być skrupulatnie zweryfikowany przez sąd<sup>95</sup>, aby nie dopuścić do rzeczywistego traktowania testu DNA jako „królowej dowodów”, na wzór przyznania się do winy w inkwizycyjnym procesie rzymsko-kanonicznym.

Zresztą, nawet jeśli sąd dojdzie do wniosku, że badanie zostało przeprowadzone w sposób zgodny, z jednej strony z zasadami procesowymi, a z drugiej – z regułami naukowymi i normami technicznymi, a więc że jego rezultaty są lojalne i rzetelne, wciąż jeszcze pozostaje miejsce na wątpliwość<sup>96</sup>.

Przede wszystkim, analiza DNA, jak każda metoda matematyczna, jest oparta na formułach prawdopodobieństwa, a więc z definicji nie osiąga nigdy całkowitej pewności. Ponadto stopień prawdopodobieństwa znacznie spada w sytuacjach, gdy istnieje mało informacji genetycznej (np. policja dysponuje jedynie bardzo krótkim łańcuchem DNA, który dla celów badawczych został powielony dzięki procedurze PCR) lub możliwa jest wielość interpretacji uzyskanych wyników (np. jeśli dana sekwencja powtarza się często w populacji, albo jeśli ewentualni podejrzani pochodzą z jednej rodziny)<sup>97</sup>. Dodatkowo wyniki mogą się zmieniać przy zastosowaniu innej metody statystycznej oraz w zależności od populacji, z którą się je porównuje, szczególnie, że bazy danych nie są jak do tej pory reprezentatywne dla wszystkich grup społecznych i rasowych<sup>98</sup>. Na tej też podstawie Trybunał Federalny w Karlsruhe przychylił się do apelacji oskarżonego o zgwałcenie, uchylając wyrok skazujący sądu pierwszej instancji, który oparł się wyłącznie na wyniku analizy genetycznej, świadczącym

93 C. Chaber-Peltat, A. Bensoussan, *op. cit.*, s. 207–208.

94 M. Delmas-Marty, *La preuve...*, *op. cit.*, s. 59–60; M. Delmas-Marty (red.), *Procédures pénales...*, *op. cit.*, s. 521–522.

95 L. Chauveau, *op. cit.*, s. 208–210.

96 J. Bredin, *La doute et l'intime conviction*, *Droit* 1996, nr 23, s. 21 i n.

97 J. Berent et al., *op. cit.*, s. 32; I. Stewart, *L'erreur du Grand Inquisiteur*, *Pour la science* 1996, nr 230, s. 96–97.

98 T. Tomaszewski, T. Czezoł, *op. cit.*, s. 405.



o tym, że z prawdopodobieństwem 99,986% sperma znaleziona na ciele pokrzywdzonej należała do oskarżonego. Niemniej jednak tak wysokie prawdopodobieństwo porównane z populacją mieszkańców Hanoweru, gdzie popełniono przestępstwo, oznaczało, iż 35 mężczyzn z tego rejonu mogło posiadać identyczne ślady genetyczne<sup>99</sup>.

Dodatkowo nie należy zapominać, że ślady genetyczne dowodzą jedynie, iż dana osoba była obecna na miejscu przestępstwa, a i to nie zawsze, gdyż materiał organiczny mógł tam znaleźć się przypadkiem (np. z wiatrem) lub zostać naniesiony specjalnie przez sprawcę w celu rzucenia podejrzenia na inną osobę. Analogicznie, próbki spermy pobrane z ciała osoby pokrzywdzonej świadczą tylko o tym, że oskarżony odbył z nią stosunek seksualny, co przecież nie musi oznaczać, że ją zgwałcił.

Sąd zawsze powinien interpretować wyniki analizy śladów genetycznych w sposób konkretny, w zestawieniu z pozostałymi dowodami zaprezentowanymi na rozprawie głównej, szczególnie z dowodami sprzecznymi w stosunku do wniosków wypływających z testów genetycznych. Oczywiście, w ocenie wszystkich dowodów sąd pozostaje wolny, niemniej podlega kontroli merytorycznej instancji odwoławczej. W tym celu musi swoją decyzję uzasadnić, wykazując sposób rozumowania, którym się kierował, uznając jedne środki dowodowe za wiarygodne, a odrzucając inne<sup>100</sup>.

Zasada ta nie obowiązuje, jak już zostało wspomniane, sądu przysięgłych<sup>101</sup>, który nie motywuje swojej decyzji o winie lub niewinności oskarżonego. Jednakże wydaje się, że dla pełniejszego osiągnięcia prawdy materialnej oraz zasady sprawiedliwości i równości wobec prawa, należałoby tę swobodę przysięgłych ograniczyć. Przemawia za tym fakt, że przed tymi sądami sądzone są zbrodnie, a więc przestępstwa najcięższe, przy wykryciu których dowód ze śladów DNA jest stosunkowo najczęściej używany, a przysięgli jako sędziowie niezawodowi i rzadko mający kontakt z praktyką sądową z reguły nie posiadają również wykształcenia specjalistycznego z zakresu kryminalistyki, a tym samym są dużo bardziej podatni na wpływ, jaki wywiera autorytet nauk ścisłych, i dużo mniej sceptyczni w stosunku do relatywności z jednej strony zastosowanej techniki, a z drugiej – interpretacji rezultatów. Stąd słuszne byłoby, w celu uniknięcia ryzyka popełnienia niekontrolowanego błędu, wynikającego z uznania przez przysięgłych *a priori* analizy genetycznej za „dowód doskonały”, nałożyć na sądy przysięgłych obowiązek uzasadniania własnych decyzji (szcze-

---

99 A. Dorozynski, *op. cit.*, s. 49–50.

100 Przykładowo art. 485 francuskiego k.p.k., art. 424 polskiego k.p.k., § 267 niemieckiego StPO.

101 Ani w systemach *common law*, ani w kontynentalnych sądach posiadających ławę przysięgłych, jak np. francuski *cour d'assises*.

gólnie, jeśli są to sądy, gdzie ława obraduje wspólnie z sędzią zawodowym, jak ma miejsce we Francji), aby tym samym umożliwić prawidłową i pełną kontrolę sądu instancyjnego.

#### IV. Wnioski końcowe

Dowód z analizy śladów genetycznych znacząco przyczynił się w ostatnich latach do dotarcia do prawdy obiektywnej w procesie karnym. Na obecnym etapie rozwoju technika identyfikacji DNA pozwala na pewne wykluczenie z postępowania osoby niewinnej oraz z dużym stopniem prawdopodobieństwa na identyfikację sprawcy.

Z każdym rokiem postępowanie karne staje się coraz bardziej zależne od metod naukowych, a rola biegłego zaczyna być w nim kluczowa. Dlatego konieczne jest, aby faza naukowo-badawcza postępowania była dokonywana przez obiektywnych i dysponujących dużym doświadczeniem specjalistów przy zachowaniu wszystkich „zasad sztuki” danej dziedziny wiedzy i techniki oraz w warunkach zapewniających rzetelność otrzymywanych rezultatów.

Jednakże nie wolno zapominać, że proces karny nie jest aktem naukowym, ale prawnym i socjologicznym, a tym samym nie należy dopuścić do traktowania biegłego jak sędziego, a jego opinii jako z założenia poprawnej i rozstrzygającej sprawę. Wyniki analizy śladów genetycznych nie mogą eliminować szczegółowego postępowania dowodowego, a jedynie je uzupełniać, by sąd dysponował jeszcze większą liczbą informacji koniecznych do wyrobienia sobie w procesie niezależnej i swobodnej oceny dowodów wewnętrznego przekonania o winie albo niewinności oskarżonego.

Ponadto analiza genetyczna musi być przeprowadzana z poszanowaniem praw i wolności badanego. Godność osoby ludzkiej pozostaje najwyższym dobrem także, a nawet szczególnie, w ramach procedury karnej. Tak więc działania zmierzające do odkrycia prawdy naukowej nie mogą naruszać tego dobra. Oczywiście, minimalne niebezpieczeństwo ingerencji w sferę wolności indywidualnych, które niesie za sobą test DNA, nie uzasadnia wprowadzenia generalnego zakazu korzystania przez organy śledcze z tej techniki, nawet wbrew woli osoby zainteresowanej, pod warunkiem jej szczegółowego i precyzyjnego uregulowania w ustawie, aby technika śladów genetycznych stała się instrumentem jak najbardziej precyzyjnym i doskonałym, służącym jednocześnie dobru społeczeństwa oraz jednostki.

Ustawodawca polski powinien uregulować zakres i sposób tworzenia banku danych genetycznych, tak by policja mogła dysponować jak najlepszymi i najpełniejszymi informacjami dla ochrony bezpieczeństwa publicznego i zapew-

nienia skuteczności wymiaru sprawiedliwości, bez narażenia społeczeństwa na łamanie prawa do zachowania w tajemnicy danych o charakterze osobistym.

Ryszard A. Stefański

## Rozpoznawanie kasacji na posiedzeniu

### I. Wprowadzenie

Kodeks postępowania karnego w pierwotnym brzmieniu ustalał zasadę, że Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację na rozprawie (art. 535 § 1). Wyjątkiem od tej reguły była możliwość jej rozpoznania na posiedzeniu w wypadku, gdy dotyczyła postanowienia (art. 535 § 1 k.p.k.) lub była oczywiście bezzasadna (art. 535 § 2 k.p.k.). W posiedzeniu mogły brać udział strony, które należało zawiadomić o terminie i miejscu posiedzenia (art. 117 § 1 k.p.k.). Rozpoznawanie kasacji na posiedzeniu zmierzało do uproszczenia i przyspieszenia ich załatwiania, zwłaszcza że w tym drugim wypadku nie było wymagane sporządzenie uzasadnienia. Regulacja ta nie przyczyniła się do istotnego zwiększenia liczby rozpoznanych kasacji, a zaległości spraw oczekujących na załatwienie w Sądzie Najwyższym ciągle rosły. W związku z tym ustawodawca ustawą z dnia 20 lipca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks karny skarbowy<sup>1</sup> wprowadził dalej idące uproszczenia. Utrzymując nadal zasadę rozpoznawania kasacji od wyroku na rozprawie, a od postanowienia także na posiedzeniu (art. 353 § 1 k.p.k.<sup>2</sup>), dopuszczono możliwość:

1) oddalenia kasacji na posiedzeniu bez udziału stron w razie jej oczywistej bezzasadności (art. 535 § 2 k.p.k.),

2) uwzględnienia na posiedzeniu bez udziału stron kasacji wniesionej na korzyść oskarżonego w razie jej oczywistej zasadności (art. 535 § 3 k.p.k.).

Chodzi o merytoryczne orzekanie w przedmiocie kasacji.

### II. Oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej

Możliwość oddalenia kasacji na posiedzeniu została ograniczona do kasacji wniesionych przez strony (ograniczenie podmiotowe) oraz do tych, które są oczywiście bezzasadne (ograniczenie przedmiotowe).

Ustawodawca *expressis verbis* wyłączył możliwość oddalenia w tym trybie kasacji wniesionych przez szczególne podmioty, tj. Ministra Sprawiedliwości –

---

<sup>1</sup> Dz. U. Nr 62, poz. 717.

<sup>2</sup> Chodzi o brzmienie tego przepisu nadanym mu cyt. nowelą z 20 lipca 2000 r. Ilekroć dalej będą cytowane przepisy k.p.k., będzie chodziło o ich brzmienie nadane tą nowelą.

Prokuratora Generalnego i Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 535 § zd. 4 k.p.k.), uznając, że ze względu na ich autorów – o czym zasygnalizowano w uzasadnieniu noweli – „zasadne wydaje się założenie, iż podmioty te nie będą wnosily kasacji oczywiście bezzasadnych”. Jeżeli supozycja ta miałaby być prawdziwa, to w ogóle zbyteczne było regulowanie tej kwestii, skoro i tak nie mogłoby nastąpić ich oddalenie w tym trybie, gdyż nie byłaby spełniona przesłanka jego stosowania w postaci oczywistej bezzasadności kasacji. Kasacja taka może być jednak oddalona jako oczywiście bezzasadna na posiedzeniu, o którym mowa w art. 535 § 1 k.p.k., lub na rozprawie, a dotycząca wyroku – na rozprawie. Wyłączenie w art. 535 § 2 k.p.k. dotyczy tylko kasacji oddalanej na posiedzeniu bez udziału stron.

Pod względem przedmiotowym ograniczenie stosowania tego trybu zostało zawężone do kasacji oczywiście bezzasadnych. Rozważania na temat rozumienia zwrotu „oczywiście bezzasadna kasacja” trzeba rozpocząć od znaczenia językowego słów wchodzących w jego skład. Słowo „oczywiście” oznacza „taki, który nie wywołuje sporów, nie budzi wątpliwości, (...) w sposób widoczny i wyraźny”, a jego wyrazami bliskoznacznymi są: niewątpliwie, ewidentnie, bezsprzecznie, niepodważalnie, na pewno, bez wątplenia, niezaprzeczalnie, pewnie<sup>3</sup>. Wyraz „bezzasadny” – to „taki, który nie ma podstaw, jest nieuzasadniony”, jego zaś wyrazami bliskoznacznymi są: bezpodstawny, nieuzasadniony, urojony, bez podstaw, niezasadny, płonny, bezprzyczynowy<sup>4</sup>. Uwzględniając znaczenia tych słów, można przyjąć, że „oczywiście bezzasadną kasacją” jest taka, która nie wzbudza wątpliwości co do jej bezpodstawności. Oceny tej należy dokonywać przez pryzmat art. 523 k.p.k., co oznacza, że o oczywistej bezzasadności kasacji można mówić tylko wówczas, gdy wyraźnie widać, iż orzeczenie nie zostało wydane z zarzuconym w kasacji rażącym naruszeniem prawa lub wprawdzie naruszenia takie miały miejsce, lecz nie mogły mieć istotnego wpływu na treść orzeczenia, a także nie występują bezwzględne przyczyny odwoławcze. W judykaturze przyjmowano, że oczywista bezzasadność kasacji zachodzi wtedy, gdy z analizy samej skargi kasacyjnej wynika w sposób widoczny, że jest nieuzasadniona albo przedmiotem zarzutu jest fakt, którego sprawdzenie może być dokonane w prosty sposób, nie wymagający wielu czynności procesowych, np. fakt zawieszenia sędziego w czynnościach w czasie orzekania albo wywody kasacji są powtórzeniem argumentów zawartych w apelacji, do których wnikliwie ustosunkował się i prawidłowo ocenił sąd

---

3 Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny, pod red. H. Zgótkowej, t. 25, Poznań 2000, s. 221.

4 Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny, pod red. H. Zgótkowej, t. 4, Poznań 1995, s. 181.

odwoławczy<sup>5</sup>, jak też „uznaniu kasacji za oczywiście bezzasadną nie stoi na przeszkodzie fakt, że wskazane w zarzucie kasacyjnym uchybienie w istocie miało miejsce, jeśli uchybienie to w sposób oczywisty nie miało charakteru rażącego i nie ulega wątpliwości, że nie mogło mieć wpływu na treść orzeczenia”<sup>6</sup>.

W doktrynie zaś wskazuje się, że z oczywistą bezzasadnością kasacji mamy do czynienia wówczas, gdy brak jest wątpliwości co do tego, że w sprawie nie wystąpiły uchybienia określone w art. 439 k.p.k. ani też inne naruszenia prawa zarzucone w skardze kasacyjnej lub nie mogły mieć istotnego wpływu na treść orzeczenia<sup>7</sup>, albo pomija się brak możliwości istotnego wpływu uchybienia na treść orzeczenia przy istnieniu rażącego naruszenia prawa<sup>8</sup>, jak też dodaje się, że nie wystąpiły uchybienia określone w art. 101 k.p.k.<sup>9</sup> Chodzi o sprawy, w których „wniesiona została kasacja – jak podkreślono w uzasadnieniu projektu noweli – pozbawiona jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych, a sprawa jej zasadności rysować się będzie w sposób (...) oczywisty”.

Ocena co do tego, czy kasacja jest oczywiście bezzasadna należy do Sądu Najwyższego. Wstępnie takiej oceny dokonuje prezes Sądu Najwyższego (przewodniczący wydziału albo wyznaczony sędzia), który zarządza rozpoznanie sprawy na posiedzeniu. Jest to jednak decyzja nie wiążąca, gdyż uprawnionym do uznania kasacji za oczywiście bezzasadną jest wyłącznie Sąd Najwyższy. Charakter opiniodawczy ma też uznanie kasacji za oczywiście bezzasadną przez prokuratora w odpowiedzi na kasację (art. 530 § 5 k.p.k.). Z tego faktu wynika ważna konsekwencja, a mianowicie taka, że prezes sądu kasacyjnego nie jest zobligowany do skierowania sprawy na posiedzenie w celu rozważania oddalenia kasacji jako oczywiście bezzasadnej. Trafnie wskazuje się w literaturze, że uznanie przez prokuratora kasacji strony za oczywiście bezzasadną jest dla niej sygnałem, że została ona oceniona bardzo krytycznie i wysoce realna jest możliwość jej rozpoznania na posiedzeniu bez udziału

5 Wyrok SN z dnia 20 kwietnia 1996 r., V KKN 16/96, (w:) W. Grzeszczuk, *Kasacja w polskim procesie karnym*, Kraków 2000, s. 305–306; wyrok SN z dnia 14 marca 2000 r., IV KKN 68/99, nie publ.

6 Wyrok SN z dnia 20 października 1998 r., V KKN 314/97, OSNKW 1998, nr 11–12, poz. 60.

7 P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Suplement do t. II. Komentarz*, pod red. P. Hofmańskiego, Warszawa 2000, s. 137; J. Grajewski, L. K. Paprzycki, *Kodeks postępowania karnego z komentarzem*, Sopot 2000, s. 814; W. Grzeszczuk, *Postępowanie kasacyjne po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 2000, nr 11, s. 59.

8 T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1998, s. 1044; F. Prusak, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, t. 2, Warszawa 1999, s. 1445.

9 S. Zabłocki, *Nowela k.p.k. z dnia 20 lipca 2000 r. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 281.

stron, co może stanowić zachętę do przedstawienia sądowi na piśmie swojego stanowiska w tej sprawie<sup>10</sup>.

Ustawa nie uzależnia stosowania trybu przewidzianego w art. 535 § 2 k.p.k. od formy orzeczenia, od którego złożono kasację; może to być zatem kasacja od wyroku, jak i postanowienia. Wprawdzie kasacja od postanowienia – zgodnie z art. 535 § 1 k.p.k. – może być rozpoznana na posiedzeniu, lecz różnica w procedowaniu w trybie § 2 tego przepisu polega na tym, że orzekanie następuje bez udziału stron. Nie ma też znaczenia, jakiego sądu orzeczenie jest zaskarżone kasacją. Ze względu na podmiotowe wyłączenie stosowania art. 535 § 2 k.p.k. przedmiotem oceny w tym trybie nie mogą być kasacje wniesione od orzeczeń zapadłych w pierwszej instancji.

Ustawa nie określa wprost składu sądu orzekającego w tym trybie. Skład ten zależy od formy orzeczenia, w jakim następuje oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej. Nie budzi wątpliwości, że oddalenie kasacji od postanowienia następuje postanowieniem. Co do formy orzeczenia oddalającego kasację od wyroku, na gruncie poprzedniej wersji art. 535 § 2 k.p.k. w doktrynie przeważał pogląd, że następuje to wyrokiem<sup>11</sup>. Uznając, że właściwą formą w takiej sytuacji jest postanowienie, podkreślano, że brak jest normy wyraźnie wymagającej wydania wyroku, jak to czynił art. 473 zd. 2 k.p.k. z 1969 r., a wobec tego w grę wchodzi reguła wyrażona w art. 93 § 1 k.p.k., w myśl której jeżeli ustawa nie wymaga wyroku, sąd wydaje postanowienie<sup>12</sup>. Sąd Najwyższy uznał, że „kasację od wyroku oddala się postanowieniem”<sup>13</sup>, wywodząc, że przesądza o tym treść art. 93 § 1 k.p.k., a odpowiednie stosowanie art. 456 k.p.k. w postępowaniu kasacyjnym nie polega na takim samym traktowaniu oddalenia kasacji, jak utrzymania wyroku w mocy. Pogląd ten został zaakceptowany w doktrynie<sup>14</sup>. Postanowienie takie – w myśl art. 535 § 2 *in fine* k.p.k. –

---

10 S. Zabłocki, *op. cit.*, s. 254–256.

11 S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego, t. II, Warszawa 1998, s. 713; tenże, Postępowanie kasacyjne w nowym kodeksie postępowania karnego. Komentarz praktyczny, Warszawa 1998, s. 118; tenże, Postępowanie odwoławcze, kasacyjne i wznowieniowe w procesie karnym, Warszawa 1999, s. 295; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego, t. II, Warszawa 1999, s. 862; J. Grajewski, L. K. Paprzycki, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, *op. cit.*, s. 1453.

12 T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 1046.

13 Uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 9 października 2000 r., I KZP 37/2000, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 78.

14 L. K. Paprzycki, Nowelizacja kodeksu postępowania karnego. Powinno być szybciej i sprawniej, Rzeczpospolita 2000, nr 204, s. C3; S. Zabłocki, Nowela..., *op. cit.*, s. 282–283; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Suplement..., *op. cit.*, s. 135; W. Grzeszczyk, Postępowanie kasacyjne..., *op. cit.*, s. 61–62.

nie wymaga uzasadnienia, aczkolwiek nie ma przeszkód, by zostało ono sporządzone<sup>15</sup>; ustawa jedynie nie wymaga tego. W tym stanie rzeczy konsekwentnie trzeba przyjąć, że w zasadzie o oddaleniu oczywiście bezzasadnej kasacji – zgodnie z art. 534 § 1 k.p.k. – orzeka Sąd Najwyższy jednoosobowo. Jej rozpoznanie w składzie trzech sędziów może nastąpić wtedy, gdy tak zarządzi Prezes Sądu Najwyższego (przewodniczący wydziału lub wyznaczony sędzia). Większy skład jest właściwy także wówczas, gdy kasacja dotyczy orzeczenia Sądu Najwyższego. Zgodnie z regulacją art. 534 § 2 k.p.k. kasacja taka podlega rozpoznaniu w składzie siedmiu sędziów, a w składzie trzech sędziów w wypadku, gdy orzeczenie zostało wydane jednoosobowo. W składzie pięciu sędziów Sąd Najwyższy rozpoznaje kasację od wyroku orzekającego karę 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności (art. 29 § 2 k.p.k.). Ta ostatnia reguła jest ustalona dla wszystkich wypadków i nie ma znaczenia dla określenia składu Sądu Najwyższego sposób załatwienia kasacji.

Wobec zmiany treści art. 535 § 2 k.p.k. przez zastąpienie zwrotem „może oddalić” słowo „oddala”, który zawierał ten przepis przed nowelizacją, stracił na aktualności spór co do tego, czy możliwe jest oddalenie kasacji jako oczywiście bezzasadnej na rozprawie. Wyrazy „może oddalić” wskazują na uprawnienie Sądu Najwyższego do oddalenia kasacji jako oczywiście bezzasadnej na posiedzeniu, a w związku z tym nie ma przeszkód, by nastąpiło to także na rozprawie.

Posiedzenie w przedmiocie oddalenia kasacji jako oczywiście niezasadnej odbywa się bez udziału stron i ich obrońców lub pełnomocników. Wobec wyraźnego postanowienia, iż posiedzenie odbywa się bez udziału stron, nie zawiadamia się stron o terminie i miejscu posiedzenia (*arg. a contrario* art. 117 § 1 k.p.k.). W posiedzeniu tym nie bierze udziału także prokurator. Art. 535 § 2 k.p.k. ustanawia wyjątek, o którym mowa w art. 96 § 1 k.p.k.

### III. Uwzględnienie kasacji oczywiście zasadnej

Nowela do k.p.k. wprowadziła uproszczoną procedurę nie tylko w razie oczywistej bezzasadności kasacji, ale także w sytuacji, gdy kasacja jest oczywiście zasadna. Treść art. 535 § 3 k.p.k. wskazuje, że możliwość taka jest ograniczona do wypadków, gdy kasacja:

<sup>15</sup> S. Zabłocki, (w:) J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S. M. Przyjemski, R. A. Stefański, S. Zabłocki, Kodeks postępowania karnego, t. II, *op. cit.*, s. 709; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Suplement..., *op. cit.*, s. 138.



- 1) została wniesiona na korzyść oskarżonego,
- 2) jest oczywiście zasadna,
- 3) zostanie uwzględniona w całości.

Z warunków tych wynika, że nie ma znaczenia, od jakiego podmiotu pochodzi kasacja. Może to być kasacja oskarżonego, oskarżyciela, a także podmiotu określonego w art. 521 k.p.k. Istotny jest kierunek kasacji; ma ona być wniesiona na korzyść oskarżonego. Z tego wynika *a contrario*, że nie może być w tym trybie rozpoznana kasacja złożona na niekorzyść oskarżonego, chociażby była oczywista jej zasadność.

Nie ma znaczenia rodzaj zaskarżonego orzeczenia; może to być zarządzenie, postanowienie albo wyrok. W doktrynie prezentowany jest pogląd, że nie jest możliwe uwzględnienie na posiedzeniu kasacji oczywiście zasadnej wniesionej od wyroku, gdyż może to nastąpić tylko wyrokiem, a wyroki zgodnie z art. 45 ust. 2 Konstytucji RP muszą być ogłaszane publicznie. Ogłoszenie publicznie wyroku wydanego na posiedzeniu bez udziału stron byłoby fikcją<sup>16</sup>. Twierdzi się, że rozwiązanie to dotyczy tylko kasacji od postanowienia, wnoszonej przez podmioty wymienione w art. 521 k.p.k., każda zaś inna kasacja od postanowienia wymaga rozpoznania na rozprawie lub posiedzeniu, w którym strony mają prawo wziąć udział, a kasację od wyroku, z wyłączeniem sytuacji określonej w art. 535 § 2 k.p.k. zawsze rozpoznaje się na rozprawie także wtedy, gdy wchodzi w grę uwzględnienie kasacji w całości wniesionej na korzyść oskarżonego, czy wystąpią bezwzględne przyczyny odwoławcze, bowiem w tym ostatnim wypadku art. 535 § 1 k.p.k. stanowi *lex specialis* do art. 439 § 1 k.p.k.<sup>17</sup>

Z poglądem tym nie sposób się zgodzić.

Kruchym argumentem jest odwołanie się do wymogu przewidzianego w art. 45 ust. 2 zd. drugie Konstytucji RP, by wyrok był ogłoszony publicznie. Wyrok niezależnie od tego, czy został wydany na posiedzeniu, czy na rozprawie, zawsze podlega ogłoszeniu. Ma tu bowiem w pełni zastosowanie art. 418 k.p.k. Kodeks postępowania karnego przewiduje wydawanie wyroków na posiedzeniu, np. skazanie oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy, a więc na posiedzeniu, następuje wyrokiem (art. 343 § 4 k.p.k.) i do tej pory nie kwestionowano konstytucyjności tego przepisu. Ponadto wymóg określony w art. 45 Konstytucji – na co zwrócił uwagę Sąd Najwyższy<sup>18</sup> – dotyczy „jedynie postę-

---

16 L. K. Paprzycki, Nowelizacja kodeksu..., *op. cit.*, s. 3; S. Zabłocki, Nowela..., *op. cit.*, s. 287–288.

17 W. Grzeszczyk, Postępowanie kasacyjne..., *op. cit.*, s. 58.

18 Uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 9 października 2000 r., I KZP 37/2000, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 78.

powania przed sądem pierwszej i drugiej instancji, nie zaś postępowań sądowych o charakterze nadzwyczajnym, takich jak postępowanie kasacyjne czy postępowanie w przedmiocie wznowienia postępowania karnego zakończonego prawomocnym orzeczeniem”. Słuszne jest stwierdzenie Sądu Najwyższego, że „nie narusza Konstytucji RP rozpoznanie kasacji w trybie art. 535 § 2 k.p.k., ale także w trybie określonym w art. 535 § 3 k.p.k., zgodnie z którym Sąd Najwyższy może uwzględnić na posiedzeniu w całości kasację wniesioną na korzyść oskarżonego w razie jej oczywistej zasadności. Nie stoi temu, rzecz jasna, na przeszkodzie okoliczność, że o uchyleniu wyroku zaskarżonego kasacją Sąd Najwyższy zawsze orzeka wyrokiem”<sup>19</sup>.

W art. 535 § 1 k.p.k. – jak już wspomniano – zostały określone ogólne reguły rozpoznawania kasacji, w § 2 i 3 tego artykułu zaś przewidziano od niej wyjątki. Nie świadczy to o tym, że z trybu przewidzianego w art. 535 § 3 k.p.k. wyłączone są kasacje od wyroków i od postanowień wniesione przez inne podmioty niż wymienione w art. 521 k.p.k. Z oczywistego faktu, iż art. 535 § 1 k.p.k. jest *lex specialis* w stosunku do art. 439 § 1 k.p.k., nie sposób wyprowadzić wniosku, że art. 535 § 3 k.p.k. nie obejmuje sytuacji, gdy w grę wchodzi bezwzględne przyczyny odwoławcze. Podstawą uwzględnienia kasacji z powodu bezwzględnych przyczyn odwoławczych na posiedzeniu nie jest art. 439 § 1 w zw. z art. 518 k.p.k., a właśnie art. 535 § 3 k.p.k. jako *lex specialis*, dotyczący tylko kasacji. Ponadto trzeba mieć na uwadze, że ustawa w art. 535 § 3 k.p.k. nie różnicuje kasacji w zależności od tego, jakiego orzeczenia ona dotyczy i zgodnie z zasadą *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* nie należy rozróżniać tego, czego prawo nie rozróżnia.

Przeciwko ograniczeniu stosowania trybu przewidzianego w art. 535 § 3 k.p.k. wyłącznie do kasacji od postanowień wniesionych przez Ministra Sprawiedliwości – Prokuratora Generalnego lub Rzecznika Praw Obywatelskich przemawia też fakt, że wówczas przepis ten miałby zastosowanie tylko w nielicznych wypadkach, bowiem tego rodzaju kasacje są rzadkością. Wprowadzanie tego trybu dla minimalnej liczby spraw musiałoby świadczyć o braku racjonalności u ustawodawcy, a do tego brak jest uzasadnionych podstaw. Trafnie zatem przyjmuje się w doktrynie, że na podstawie art. 535 § 3 k.p.k. może być uwzględniona także kasacja od wyroku<sup>20</sup>.

Kasacja może być rozpoznana w tym trybie tylko wówczas, gdy jest uwzględniona w całości. W wypadku gdyby zasługiwała na częściowe uwzględnienie,

<sup>19</sup> Uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z dnia 9 października 2000 r., I KZP 37/2000, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 78.

<sup>20</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Suplement..., *op. cit.*, s. 140.

konieczne jest jej rozpoznanie na rozprawie lub posiedzeniu, w zależności od tego, jakiego dotyczy rodzaju orzeczenia.

Uwzględnienie kasacji od wyroku, inaczej niż w wypadku jej oddalenia w trybie art. 535 § 2 k.p.k., następuje w formie wyroku. Uwzględnienie bowiem kasacji powoduje wzruszenie prawomocnego wyroku. Sąd Najwyższy uwzględniając kasację uchyla wyrok i przekazuje sprawę właściwemu sądowi do ponownego rozpoznania albo umarza postępowanie, a jeżeli skazanie jest oczywiście niesłuszne – uniewinnia oskarżonego. W wypadku gdy kasacją zostało zaskarżone postanowienie, jej uwzględnienie następuje postanowieniem.

Wyrok lub postanowienie Sądu Najwyższego wymaga uzasadnienia; ustawa, inaczej niż poprzednio, nie zwalnia od jego sporządzenia.

Sąd Najwyższy o uwzględnieniu na posiedzeniu kasacji jako oczywiście zasadnej na korzyść oskarżonego od wyroku orzeka w składzie trzech sędziów (art. 30 § 1 k.p.k.), a gdy chodzi o kasację od wyroku orzekającego karę 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności – w składzie pięciu sędziów (art. 29 § 2 k.p.k.). Jeżeli kasacja dotyczy postanowienia, to właściwy do orzekania jest skład jednoosobowy, chyba że Prezes Sądu Najwyższego zarządzi rozpoznanie sprawy w składzie trzech sędziów (art. 534 § 1 k.p.k.). W wypadku gdy kasacja dotyczy orzeczenia Sądu Najwyższego, podlega rozpoznaniu w składzie siedmiu sędziów (art. 534 § 2 k.p.k.), w sytuacji zaś, gdy zaskarżone orzeczenie Sądu Najwyższego wydane było jednoosobowo – w składzie trzech sędziów.

**Stanisław Łagodziński**

## **Kontrowersje wokół przywłaszczenia (art. 248 k.k.)**

Przestępstwo przywłaszczenia ujmowane tradycyjnie w polskich kodeksach karnych zwrotem normatywnym „kto przywłaszcza sobie cudze mienie ruchome” oraz w jego typie kwalifikowanym zwanym sprzeniewierzeniem „kto przywłaszcza sobie powierzone mu mienie” (art. 262 § 1 i 2 k.k. z 1932 r. oraz art. 204 § 1 i 2 k.k. z 1969 r.), uległo w nowym kodeksie karnym istotnym przeobrażeniu. Dotychczasowy przedmiot przestępstwa przywłaszczenia określany pojęciem mienia ruchomego w typie podstawowym i mienia w typie kwalifikowanym, zastąpiono we wszystkich typach przywłaszczenia pojęciem rzeczy ruchomej. Zakres zaś pojęciowy rzeczy ruchomej uzupełniono treścią art. 115 § 9 k.k., a również uzupełniono przedmiot przestępstwa przywłaszczenia w typie podstawowym pojęciem prawa majątkowego. Tak więc dawne mienie ruchome i mienie jako przedmiot przestępstw przeciwmajątkowych we wszystkich jego typach, występuje aktualnie w trzech postaciach, w trzech częściach składowych, a to:

- cudza rzecz ruchoma,
- prawo majątkowe,
- polski albo obcy pieniądz lub inny środek płatniczy oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce.

Powyższe nie wyczerpuje jeszcze w pełni dawnego pojęcia „mienie”, albowiem możemy tu wskazać dalsze jego części składowe wymienione w przepisach części szczególnej kodeksu karnego, a to:

- cudzy program komputerowy (art. 278 § 2 k.k.),
- energia elektryczna i karta uprawniająca do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego (art. 278 § 5 k.k.).

Czy wszystkie te czynniki składowe mienia mogą być również przedmiotem przestępstwa przywłaszczenia staje się już zagadnieniem wysoce problematycznym. Z treści art. 284 § 1 k.k. wynika bezspornie, że przedmiotem przywłaszczenia w typie podstawowym mogą być: cudza rzecz ruchoma, prawo majątkowe oraz polski albo obcy pieniądz (...), zaś przedmiotem sprzeniewierzenia tylko cudza rzecz ruchoma oraz polski albo obcy pieniądz (...). Przysporzy to praktyce wielu kłopotów interpretacyjnych zarówno natury prawnokarnej, jak też w zakresie społecznej zasadności przyjętych uregulowań prawnych.

Czynnikiem sprawczym powyższego stała się rezygnacja ze sprawdzonego w praktyce pod rządami dwu poprzednich kodyfikacji karnych monistycznego pojęcia „mienie”, na rzecz wyliczonych tu pluralistycznie pojęć cywilnoprawnych w postaci rzeczy, praw majątkowych itp., a więc zastąpienie tego, co było proste i oczywiste tym, co jest wysoce skomplikowane. Tym też trudnościami praktycznym zostaną poświęcone niniejsze rozważania.

Zmiany te, w tym również powody wyłączenia spośród przedmiotu sprzeniewierzenia praw majątkowych, Komisja Kodyfikacyjna uzasadniła, iż kodeks „posługuje się terminologią cywilistyczną na oznaczenie przedmiotu przestępstwa, używając wszędzie tam, gdzie to jest możliwe z racji ścisłości języka oraz semantycznych, nazwy «rzecz», a nie nazwy «mienie», którą posługuje się dla oznaczenia prawa własności (...). Kradzież energii została wyodrębniona, gdyż nie obejmuje jej nazwa cudza rzecz ruchoma (...). Podobnie potraktowano kradzież karty magnetycznej służącej do pobierania gotówki z automatu bankowego”. Co się zaś tyczy praw majątkowych, które nie mogą być przedmiotem sprzeniewierzenia, uzasadniono to tym, że kodeks nie przyjął „kwalifikowanego typu kradzieży, przywłaszczenia, oszustwa – z uwagi na właściwość rzeczowo-osobową podmiotu przestępstwa, a mianowicie fakt zarządzania mieniem albo obowiązek jego ochrony lub nadzoru (art. 200 k.k. z 1969 r.). Kodeks nie obejmuje bowiem pojęciem «funkcjonariusz publiczny» kadry kierowniczej przedsiębiorstw państwowych i spółdzielczych; takie przestępstwa natomiast istnieją, lecz mogą się odnosić także do prywatnej sfery gospodarczej. Wobec czego należało tak określić podmiot przestępstwa, aby objął pełny zakres podmiotów dokonujących kradzieży, przywłaszczenia, oszustwa itp. w związku z zajmowaniem się sprawami majątkowymi lub gospodarczymi innych, co nastąpiło w art. 296, określającym przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. Określenie podmiotu tego przestępstwa jest tak pojemne, że obejmuje także zarządzających mieniem osób fizycznych oraz prawnych. Surowsza odpowiedzialność jest w takim wypadku uzasadniona nadużyciem zaufania, jakim dany podmiot obdarzono”<sup>1</sup>.

Cywilistyczne pojęcie rzeczy jako znamię przestępstw przeciw majątkowych jest wyjątkowo nieprzydatne do określania istoty ustawowych typów przestępstw przeciwko mieniu. Wynika to chociażby z konieczności wprowadzenia przez obowiązujący kodeks karny do jego treści szeregu fikcji prawnych, rozszerzających cywilistyczne pojęcie rzeczy na te przedmioty, które mogą być i rzeczywiście są przedmiotem przestępstw kradzieży bądź przywłaszczenia. Wyrazem zaś tego jest przepis art. 115 § 9 k.k., uznający za rzecz „polski albo

---

<sup>1</sup> Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 206–208.

obcy pieniądź lub inny środek płatniczy oraz dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce”. Powyższe rozstrzygnięcie, życiowo słuszne i konieczne, pozostaje jednak w sprzeczności z – deklarowanym uzasadnieniem kodeksu – posługiwaniem się terminologią cywilistyczną na oznaczenie przedmiotu przestępstwa, albowiem przepis art. 115 § 9 k.k. uznaje za rzecz to, co według treści art. 45 k.c. nie jest rzeczą. Wyrazem takiej samej fikcji prawnej na tle art. 45 k.c. jest również przepis art. 278 § 5 k.k. uznający za rzecz, jednakże tylko w stanie faktycznym kradzieży, energię i kartę uprawniającą do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego. Dlaczego wbrew logice życia energia i karta bankomatowa są tylko przedmiotem przestępstwa kradzieży, a nie mogą być przedmiotem przestępstwa przywłaszczenia, uzasadnienie kodeksu pomija milczeniem. Sprawca nie mający zamiaru uiszczenia należności za zużytą energię elektryczną bądź gazową, działa w takim samym zamiarze przywłaszczenia zarówno wtedy, gdy pobiera ją z pominięciem licznika, jak i wówczas, gdy korzysta świadomie z samoistnej niesprawności urządzenia rejestrującego pobór, które powstało bez jego sprawczego udziału. To rozumowanie będące wyrazem życiowego rozsądku rozbija się jednak o mur dyspozycji art. 278 § 5 k.k. Energia i karta bankomatowa – na zasadzie przepisu szczególnego – mogą być tylko przedmiotem przestępstwa kradzieży. Ściganie zaś sprawcy ich przywłaszczenia spotka się z niewątpliwym zarzutem stosowania analogii niedozwolonej w prawie karnym materialnym.

Zawarta w treści art. 45 k.c. definicja rzeczy określa, iż w rozumieniu tegoż kodeksu rzeczami są tylko przedmioty materialne, a więc materialne części przyrody na tyle z niej wyodrębnione, że mogą występować w obrocie prawnym jako dobra samoistne. W takim ujęciu nie są rzeczami, w rozumieniu kodeksu cywilnego, dobra niematerialne, prawa, energia, zbiór rzeczy, czy też część składowa rzeczy. Również gdy chodzi o klasyfikację rzeczy (nieruchomości i rzeczy ruchome) kodeks, definiując tylko pojęcie nieruchomości, rozstrzyga jednocześnie, iż w rozumieniu tegoż kodeksu będzie jednak rzeczą ruchomą to, co jest połączone z nieruchomością bądź gruntem. I tak według art. 47 § 3 oraz art. 49 k.c. stanowią rzeczy ruchome w rozumieniu kodeksu cywilnego: rzeczy połączone z nieruchomością tylko dla przemijającego użytku oraz urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania wody, pary, gazu, prądu elektrycznego oraz inne urządzenia podobne, jeżeli wchodzi w skład przedsiębiorstwa<sup>2</sup>. M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas piszą zaś wprost, „iż termin rzecz określający przedmiot przestępstwa kradzieży (a także przywłaszczenia –

2 M. Bednarek, *Mienie. Komentarz do art. 44–55 k.c.*, Kraków 1997, s. 45–49.

podkr. moje) rozumiany być musi w prawie karnym nieco szerzej niż w prawie cywilnym<sup>3</sup>, bo przemawiają za tym reguły wykładni funkcjonalnej. Podzielając te słuszne uwagi wydaje się, iż względy funkcjonalne należało brać pod uwagę już na etapie tworzenia prawa. Nie zachodziłaby wówczas potrzeba odwoływania się do życiowego rozsądku praktyka naprawiania przezeń błędów popełnionych na etapie legislacyjnym.

Te rozstrzygnięcia kodeksu cywilnego to imperatyw cywilistyki, mający swój sens tylko na tle cywilnoprawnego życia jednostki ludzkiej. Co z tego wynika dla konstrukcji poszczególnych ustawowych typów przestępstw przeciw majątkowym i odpowiedzialności karnej jednostki ludzkiej? – *nihil fit*, aby nie powtarzać, czym jest rzecz – każdy widzi. Tak więc cywilistyczne pojęcie rzeczy, poza jej cechą materialną i fizycznym wyodrębnieniem z otaczającej nas rzeczywistości, nie posiada żadnej innej użytkowej wartości dla prawa karnego. W ten sposób zastąpienie występującego uprzednio pojęcia mienie ruchome terminem normatywnym rzecz ruchoma spowodowało jedynie konieczność uzupełnienia treści pojęciowej rzeczy szeregiem innych dodatkowych terminów normatywnych, po to, aby łącznie wypełniły dawne pojęcie mienia. Uwzględniając zaś, że da to tylko pole jałowemu sporom doktrynalnym o prawnokarne pojęcie rzeczy i skomplikuje proste dotychczas sprawy, zmiana ta nie jest korzyścią, lecz społeczną szkodą w prawie karnym.

Należy przy tym zauważyć, iż do zmian określających przedmiot przestępstwa nie dostosowano zamiaru działania sprawcy. Cywilistyczne pojęcie rzeczy nie zawiera w sobie elementu majątkowego, właściwej terminowi normatywnemu mienie cechy ekonomicznej, wyrażającej się w wartości użytkowej dla potrzeb człowieka. W pojęciu mienie jego wartość użytkowa wynika z włożonej celowej pracy ludzkiej, albo też tkwi w jego właściwościach fizycznych, wartości materii lub formy, bądź też wynika z wszelkich innych czynników decydujących w ocenach społecznych o wartości danego przedmiotu<sup>4</sup>. Z tych właśnie powodów ustawodawstwa karne, a również i poprzednie polskie kodeksy karne z 1932 i 1969 r., posługujące się pojęciem mienia jako przedmiotem przestępstw kradzieży i przywłaszczenia, z uwagi na zawarty w mieniu jego moment majątkowy, nie podkreślają go ponownie w zamiarze działania sprawcy i mogły poprzestać na jego określeniu jako zamiarze przywłaszczenia cudzego mienia. Ustawodawstwa zaś karne, operujące pojęciem rzeczy jako przedmiotem przestępstwa przywłaszczenia i kradzieży, zmuszone są podkreślić moment majątkowy w zamiarze sprawcy i stąd bywa on określany jako zamiar

---

3 M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, Nowa kodyfikacja karna, zesz. 21, Warszawa 1998, s. 42.

4 W. Makowski, *Kodeks karny z 1932 r. Komentarz*, Warszawa 1932, s. 586.

uzyskania korzyści czy też wzbogacenia się. Stąd jak widzimy, w przestępstwie przywłaszczenia moment majątkowy nie znalazł swego wyrazu ani w przedmiocie przestępstwa, ani też w zamiarze sprawcy, co wydaje się błędem legislacyjnym tak skonstruowanego typu przywłaszczenia. W przypadku zaś oszustwa i wymuszenia rozbójniczego, gdzie przedmiotem czynu jest mienie, a zamiarem korzyść majątkowa, element majątkowy występuje dwukrotnie. A więc raz jako niedosyt, a raz jako nadmiar w ustawowym opisie przestępstw przeciwko mieniu, co zdaje się świadczyć o braku spójności przyjętych rozwiązań legislacyjnych kodeksu.

W obu poprzednich kodyfikacjach karnych ustawy opis przedmiotu sprzeniewierzenia „mienie” pomijał występujące w typie podstawowym przymiotniki uściślające, tj. „cudze” i „ruchome”, w związku z czym na tle k.k. z 1932 r. L. Peiper przyjmował, iż ustawa nie wymaga, aby sprzeniewierzone mienie musiało być cudze i ruchome. Stanowisko to uzasadniał zaś rozwojem nowoczesnych stosunków kredytowych i potrzebą stworzenia takich stosunków prawnych, aby można było zapewnić wierzycielowi zabezpieczenie udzielonego kredytu, a jednocześnie pozostawić dłużnikowi zarządzanie jego majątkiem. W takiej sytuacji przy powierniczym (fiducjarnym) przeniesieniu własności dłużnik posiada nadal swoje mienie, ale już jako mu powierzone, zaś w wypadku jego przywłaszczenia bądź przywłaszczenia uzyskiwanych z niego dochodów przeznaczonych na zaspokojenie wierzycieli (*fructus naturales et civiles*), mógł odpowiadać karnie za sprzeniewierzenie<sup>5</sup>. Aktualna treść przepisu art. 296 k.k. oraz określenie przedmiotu sprzeniewierzenia „powierzona rzecz ruchoma” zdają się burzyć te dość proste i uchwytnie zasady zabezpieczenia interesów wierzycieli.

Najwięcej problemów interpretacyjnych przysporzy praktyce uznanie za przedmiot przestępstwa przywłaszczenia, i to tylko w jego typie podstawowym, cywilistycznego pojęcia „praw majątkowych”, które wespół z własnością stanowią według art. 44 k.c. mienie w rozumieniu prawa cywilnego. Już na wstępie tego zagadnienia należy postawić zarzut, iż rezygnacja z dawnego i dodajmy prostego uregulowania przedmiotu przestępstw przeciwko mieniu na rzecz pojęć cywilnoprawnych „wpycha” praktyka karnistę – aby nie rzecz w obce mu arkana cywilistyki – w zagadnienia cywilnoprawne, nie będące mocną stroną jego profesji. W takich warunkach rozstrzygnięcie przezeń, w jakim stosunku pozostają prawa majątkowe nie będące według art. 45 k.c. rzeczą do treści art. 115 § 9 k.k., i które z tych praw są jednak rzeczą w rozumieniu prawa

<sup>5</sup> L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach, wyd. II, Kraków 1936, s. 558.



karnego, zdaje się przekraczać tajniki sofistyki, a nie tylko możliwości poznawcze praktyka karnisty.

Uznając, iż prawa majątkowe są bezpośrednio warunkowane interesem ekonomicznym uprawnionego podmiotu, według A. Woltera prawem takim jest przyznana i zabezpieczona przez normę prawną oraz wynikająca ze stosunku prawnego sfera możliwości postępowania w określony sposób<sup>6</sup>, zaś ich przedmiotem mogą być zarówno rzeczy, jak i przedmioty nie będące rzeczami. Do praw majątkowych powszechnie zalicza się:

- prawa rzeczowe, tj. prawa o charakterze bezwzględnym, których przedmiotem jest rzecz w technicznym tego słowa znaczeniu,
- wierzytelności, tj. prawa do żądania od dłużnika określonego zachowania się zwanego świadczeniem,
- prawa na dobrach niematerialnych o charakterze majątkowym,
- prawa rodzinne o charakterze majątkowym,
- prawa spadkowe,
- prawa majątkowe o charakterze bezwzględnym, których przedmiotem są dobra materialne nie będące rzeczami,
- prawo do przedsiębiorstwa,
- stany faktyczne, z których wynikają konkretne uprawnienia lub roszczenia mające wartość majątkową, jak posiadanie, co przez niektórych jest kwestionowane<sup>7</sup>.

Jeżeli z tak wyliczonymi prawami majątkowymi zestawimy treść art. 115 § 9 k.k., według którego rzeczą ruchomą obok pieniędzy i środków płatniczych jest także dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce, to okazuje się, iż szereg z wyliczonych tu terminów normatywnych prawa cywilnego i karnego nakłada się na siebie, skutkiem czego rzecz ruchoma jest jednocześnie prawem majątkowym, a prawo majątkowe rzeczą. W najwyższym stopniu może to dotyczyć praw majątkowych usymbolizowanych w znakach legitymacyjnych, praw inkorporowanych w dokumencie w takim ich wzajemnym związku i stopniu, aby w obrocie prawnym „prawo podążało za dokumentem”. Chodzi tu więc o wszelkie uprawnienia ekonomiczne, o ile są w jakiś sposób zmaterializowane, uwidocznione i związane z przedmiotem fizycznym, stanowiącym dowód istnienia takich praw majątkowych

---

6 A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1970, s. 108.

7 A. Wolter, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 116; S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza*, Warszawa 1999, s. 126; B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu*, Warszawa 1999, s. 170; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 157; uchwała składu 7 sędziów SN, sygn. III CZP 1/93, OSNCP 1993, nr 10, poz. 170.

i podstawę do uzyskania pieniędzy, mienia bądź płatnych usług<sup>8</sup>. Uwzględniając to nakładanie się na siebie rzeczy i praw majątkowych oraz zróżnicowany przedmiot ochrony: w przestępstwie przywłaszczenia typu podstawowego rzecz i prawo majątkowe, zaś w sprzeniewierzeniu tylko rzecz, pytanie – co tu jest rzeczą, a co prawem, nabiera hamletowskiego wymiaru. Nie pozostaje więc nam nic innego, jak przywrócenie poprzednich rozwiązań legislacyjnych dotyczących przestępstwa przywłaszczenia oraz jego typu kwalifikowanego czynnością powierzenia mienia.

Na zakończenie pozostaje nam jeszcze do omówienia społeczny aspekt zmian legislacyjnych wprowadzonych do przestępstwa sprzeniewierzenia nowym kodeksem karnym. Ograniczenie przedmiotu przestępstwa w tym typie tylko do powierzonej rzeczy ruchomej, a nie praw majątkowych, uzasadniono tym, iż właściwość osobowo-rzeczowa podmiotu przestępstwa wyrażająca się zajmowaniem sprawami majątkowymi lub gospodarczymi innych osób fizycznych lub prawnych, a także nadużycie obdarzonego zaufania, podlega surowszej odpowiedzialności w ramach art. 296 k.k. Rzeczywiście przepis art. 296 § 2 k.k. przewiduje wyższe zagrożenie karne (do 8 lat pozbawienia wolności) niż za przestępstwo sprzeniewierzenia (do lat 5), jednakże uzasadnienie powyższe jest tylko pozornie prawdziwe. Faktycznie zaś, gdy uwzględnimy całość kształt ustawowych znamion przestępstwa z art. 296 § 2 k.k., a zwłaszcza znamię wyrządzenia znacznej szkody majątkowej, uzasadnienie to nabiera fałszywego wyrazu. Przepis art. 296 § 2 k.k. odwołuje się w przewidzianej jego treścią karalności do wszystkich znamion przestępstwa określonych § 1 – „jeżeli sprawca przestępstwa określonego w § 1 działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej”, a jednym z tych jest właśnie znamię wartościowe wyrządzenia znacznej szkody. Tak więc ekonomiczny próg znacznej wartości rozpoczyna tu dopiero odpowiedzialność karną, a więc spełnia diametralnie inną rolę niż w treści art. 294 k.k. i w tym tkwi podnoszona wyżej fałszywość argumentacji uzasadnienia kodeksu. Jeżeli wysokość korzyści osiągniętej z przywłaszczonego prawa majątkowego równa się wysokości wyrządzonej szkody, a żadna z nich nie jest znacznej wartości, czy sprawca nie popełnia wówczas czynu zabronionego, a popełni go dopiero po osiągnięciu korzyści znacznej wartości? Odpowiedź pozytywna na to pytanie zdaje się pozostawać w zgodności z literą prawa, ale czy również w zgodności z życiowym rozsądkiem i sprawiedliwością społeczną?

W społecznych ocenach stosowania prawa oraz jego rozwiązań legislacyjnych spotykałem się niejednokrotnie podczas swej pracy zawodowej z pełnym

<sup>8</sup> W. Makowski, Kodeks..., *op. cit.*, s. 585; L. Peiper, Komentarz..., *op. cit.*, s. 543.

goryczy stwierdzeniem, iż uznanie czynu za kradzież uzależnione jest od wartości zagarnięcia oraz zajmowanej przez sprawcę pozycji w hierarchii społecznej, przy czym pozostają one do siebie w stosunku odwrotnej proporcjonalności. Z perspektywy ponad 40-letniej pracy zawodowej ocenom tym nie mogę zaprzeczyć i odmówić życiowej słuszności. Właśnie omawiane rozwiązanie legislacyjne i jego uzasadnienie zdają się tylko wzmacniać te krytyczne oceny społeczne. Ostateczny sens krytykowanych rozwiązań legislacyjnych sprowadza się do tego, iż złodziejstwo podmiotu mającego wstęp na „salony gospodarcze bądź salony władzy” nakazuje się nazywać karalną niegospodarnością, a przecież mają one diametralnie różne oceny moralne i społeczne. Jak to się ma do konstytucyjnej zasady równości obywateli oraz zgodności z jej art. 32, można mieć szereg wątpliwości i zastrzeżeń.

Marek Kulik

## Z prawnokarnej problematyki graffiti

Rysunek i napis na ścianie towarzyszą ludzkości od zarania jej dziejów. Mogą one być prawdziwymi dziełami sztuki, jak na przykład rysunki w grocie w Lascaux albo freski Michała Anioła w Kaplicy Sykstyńskiej w Rzymie. Jednak nie każdy, kto maluje lub pisze na ścianach, jest artystą. We wnętrzach egipskich piramid, oprócz inskrypcji sporządzonych przez budowniczych, można zobaczyć również inne, będące pamiątkami po wizytach rabusiów i turystów. I późniejsze czasy dostarczają przykładów tego typu działalności. Przytaczanie ich nie stanowi jednak przedmiotu niniejszej pracy<sup>1</sup>. Przedmiotem tym jest natomiast zjawisko, które pojawiło się stosunkowo niedawno, mianowicie tak zwane graffiti. Jak powszechnie wiadomo, mianem „graffiti” zwykło się określać sporządzone – najczęściej przy użyciu farby w aerozolu – rysunki i napisy na murach. Napisy te i rysunki wykonywane są przez ludzi młodych<sup>2</sup>. Stanowią swego rodzaju formę ekspresji. Mogą mieć charakter specyficznej sztuki, operującej swoistą dla siebie estetyką. Często są to hasła różnego rodzaju, stanowiące demonstrację poglądów autora. Mogą wreszcie nie mieć nic wspólnego z jakkolwiek rozumianą sztuką czy ideologią, a stanowić przejaw zwykłego wandalizmu<sup>3</sup>. Odrębną kategorię

---

<sup>1</sup> Np. w Kaplicy św. Trójcy na Zamku w Lublinie odkryto 203 napisy wykonane ostrym przedmiotem, prawdopodobnie nożem. Pochodzą one z okresu od XVI do XX wieku (najstarsza z odczytanych dat to rok 1519, najmłodsza – 1934, najwięcej napisów wykonanych zostało w wieku XVII) i obejmują przeważnie daty, imiona i nazwiska autorów, niekiedy herb lub jakiś tekst. Por. G. Jakimińska, Napisy na ścianach Kaplicy świętej Trójcy na Zamku Lubelskim, (w:) B. Paprocka, J. Sill (red.), Kaplica Trójcy Świętej na Zamku Lubelskim. Historia, teologia, sztuka, konserwacja, Lublin 1999, s. 82–85. Podpisywanie się na murach kościelnych, jak podaje B. Trelińska, prawdopodobnie stanowiło zwyczaj, zapewne związany z tym, że mury te – niejednokrotnie jedyny trwały obiekt w okolicy – gwarantowały przetrwanie umieszczonych na nim napisów. Por. B. Trelińska, Wstęp, (do:) Corpus Inscriptionum Poloniae, t. I, z. 4: Miechów i Pińczów wraz z regionem, Kielce 1983, s. 18.

Natomiast jako swego rodzaju ciekawostkę podać można, że autor tych słów na własne oczy oglądał wnętrze niewielkiej kaplicy w Górach Świętokrzyskich, w której pod koniec XIX wieku dwóch gimnazjalistów uwieczniło swe nazwiska. Jednym z nich był Stefan Żeromski.

<sup>2</sup> Nie oznacza to, że napisy takie wykonują wyłącznie nieletni. W roku 1999 Wyższy Sąd Krajowy (OLG) w Düsseldorfie rozpoznawał na przykład sprawę oskarżonego, który wykonał graffiti na wagonach kolejowych. W chwili czynu miał niemal 21 lat. U. Behm, Głosa do wyroku OLG w Düsseldorfie z 10 marca 1998 r., 2 Ss 364/97, Neue Zeitschrift für Strafrecht 1999, nr 10, s. 512.

<sup>3</sup> Na temat wandalizmu młodzieży por. B. Hołyst, Przyczyny i przejawy wandalizmu, (w:) B. Hołyst (red.), Wandalizm, Warszawa 1984, s. 12 i *passim*.

graffiti stanowią tak zwane „tagi”, będące rodzajem podpisu, znaku rozpoznawczego autora<sup>4</sup>.

Niezależnie od swej wartości artystycznej<sup>5</sup> czy wymowy ideologicznej graffiti mogą stanowić przedmiot zainteresowania prawa karnego i prawa wykroczeń. Nie dotyczy to sytuacji, kiedy wykonywane są na rzeczy należącej do sprawcy bądź na cudzej, ale za zgodą właściciela<sup>6</sup>. Większość wszakże tego rodzaju napisów i rysunków powstaje spontanicznie na różnych przedmiotach – głównie budynkach i pojazdach – wbrew woli ich właścicieli. Zjawisko to stanowi poważny problem społeczny w Europie Zachodniej i Ameryce Północnej już od wielu lat, w Polsce od niedawna również<sup>7</sup>.

Na gruncie prawa polskiego w grę wchodzi odpowiedzialność przede wszystkim za dwa rodzaje czynu, mianowicie za zniszczenie, uszkodzenie bądź

- 
- 4 Pierwsze graffiti, które pojawiły się w Nowym Jorku na początku lat siedemdziesiątych XX wieku miały właśnie postać „tagów”. Nazwa pochodzi od ich autora, który sygnował swoje prace „Taky 183”, a następnie „Tagy 183”. Obok „tagów” wyróżnia się „sticki” – będące naklejkami z wymalowanym graffiti, „brulures” – bardziej pracochłonne kolorowe rysunki o dosyć dużych rozmiarach, oraz „graffy” – duże, kolorowe i skomplikowane malunki. D. Fontanaud, *La question du tag en droit pénal*, Ed. Techniques. Droit pénal z lipca 1992, s. 1; B. Rogue, (w:) G. Durtrou (red.), *Słownik sztuki XX wieku*, Warszawa 1998, s. 259. Por. także M. Löhring, § 303 i Alt 1 StGB: Sachbeschädigung durch Graffiti an Eisenbahnwagen?, *Juristische Arbeitsblätter* 1998, z. 3, s. 184. Podaje on, że „tagi” są to napisy jednokolorowe, w odróżnieniu od różnobarwnych „pieces”.
  - 5 Kwestia wartości artystycznej tego rodzaju form ekspresji ma charakter ocenny. Trudno *a priori* odmawiać im takowej. Jest ona niekiedy z całą powagą rozważana. Przykładem deklaracja ministra kultury i sztuki Francji z 1991 r., w której określono graffiti mianem nowej formy wyrazu w kulturze. Por. D. Fontanaud, *op. cit.*, s. 1. Faktem niezaprzeczalnym jest, że działalność autorów graffiti została przyjęta przychylnie przez niektórych artystów z nurtu pop-art, szczególnie Andy Warhola. Niektórzy z nich odnieśli duży sukces artystyczny, rozpowszechniając swoje prace nie tylko na murach, ale także w formie wykonanych po sporządzeniu graffiti fotografii, a także – co już nie stanowi od strony formalnej właściwego graffiti – malarstwa sztalugowego. Przykładem Jean Michel Basquiat i Keith Haring. Basquiat, jeden z pierwszych autorów graffiti na ścianach nowojorskiego metra, z czasem całkowicie odszedł od tego rodzaju form na rzecz malarstwa sztalugowego, utrzymanego wszakże w tonie graffiti. Haring, również autor graffiti w metrze w Nowym Jorku, obok innych form uprawia nadal malarstwo ścienne utrzymane w konwencji graffiti, na przykład w szpitalu Neckera w Paryżu (1984 r.), a także – w dalszym ciągu w metrze nowojorskim oraz paryskim, oczywiście obecnie całkowicie legalnie. B. Rogue, *op. cit.*, s. 49, 278.
  - 6 Za wyjątkiem szczególnych wypadków, np. kiedy wykonany napis lub rysunek ma charakter nieprzyzwoity, znieważający przedmiot czci religijnej lub miejsce przeznaczone do publicznego wykonywania obrzędów religijnych, zawiera pomówienie itp. Por. uwagi na ten temat w dalszym ciągu niniejszego opracowania.
  - 7 D. Fontanaud podaje, że w roku 1991 Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta Paryża na usuwanie graffiti przeznaczyło 50 milionów franków. W roku 1985 łączną powierzchnię oczyszczonych z napisów i rysunków obiektów w Paryżu oceniano na 33 000 metrów kwadratowych. W 1991 r. powierzchnia ta wzrosła do prawie 200 000 metrów kwadratowych. D. Fontanaud, *op. cit.*, s. 1. Brak jest niestety stosownych danych statystycznych dotyczących Polski.

uczynienie rzeczy niezdatną do użytku (art. 288 k.k. i art. 124 k.w.) oraz za uczynienie napisu na rzeczy cudzej określone w art. 63a k.w.<sup>8</sup> W pierwszym przypadku mamy do czynienia z czynem zabronionym skierowanym przeciwko mieniu, w drugim z takimże czynem wymierzonym w porządek publiczny. Kryterium rozgraniczenia obu kategorii zachowań jest więc atakowane dobro prawne.

Mimo istnienia tego – jasnego, jak mogłoby się wydawać – kryterium, rozgraniczenie tych czynów zabronionych może nastręczać wątpliwości.

Pewne jest, że z art. 124 k.w. albo art. 288 k.k. w zależności od powstałej szkody kwalifikować należy każde umieszczenie napisu na cudzej rzeczy, które powoduje naruszenie jej substancji. Wynika to z faktu, że przedmiotem określonych w tych przepisach czynów jest mienie. Bez znaczenia, jak się wydaje, pozostaje tu okoliczność, że możliwe jest przywrócenie rzeczy do jej stanu poprzedniego<sup>9</sup>. Fakt, że każde naruszenie substancji rzeczy stanowi jej zniszczenie lub uszkodzenie w rozumieniu art. 288 k.k. i art. 124 k.w. wynika wprost ze słownikowego znaczenia czasowników „niszczyć” i „uszkadzać”. „Niszczenie” rzeczy oznacza w języku polskim zachowanie polegające na jej unicestwieniu, zniweczeniu. Przyjmuje się wszakże, iż sprawca nie musi unicestwić rzeczy, aby można było mówić, że ją zniszczył. Ze zniszczeniem rzeczy będziemy mieli do czynienia także w sytuacji, kiedy jej substancja została naruszona w tak istotny sposób, że straciła swoje dotychczasowe właściwości, tj. przestała być rzeczą w takim rozumieniu, w jakim była nią do momentu zniszczenia<sup>10</sup>. Z kolei

<sup>8</sup> Obok tych przepisów pojawia się również szereg innych, stanowiących *leges speciales* wobec nich. Na przykład, gdy graffiti zawiera treść nieprzyzwoitą, właściwą kwalifikacją prawną będzie co do zasady art. 141 k.w., pomalowanie znaku drogowego stanowić będzie wykroczenie z art. 85 k.w.

<sup>9</sup> I. Andrejew, Kodeks karny. Krótki komentarz, Warszawa 1981, s. 184; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Przepisy przeciwko mieniu, (w:) A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 k.k., Kraków 1999, s. 194; O. Górniok, D. Pleńska, (w:) System prawa karnego, t. IV: O przestępstwach w szczególności, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź, s. 441; B. Michalski, Przepisy przeciwko mieniu. Komentarz do rozdz. XXXV kodeksu karnego, Warszawa 1999, s. 230; L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, prawa o wykroczeniach, Kraków 1936, s. 563.

J. Bafia uważa natomiast, że możliwość przywrócenia rzeczy do stanu poprzedniego wyłącza przestępność czynu tylko w razie uczynienia rzeczy niezdatną do użytku, które może, lecz nie musi towarzyszyć naruszeniu substancji rzeczy. J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1977, s. 298. Podobnie M. Siewierski, Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz, Warszawa 1965, s. 361.

<sup>10</sup> Por. W. Doroszewski (red.), Słownik języka polskiego, Warszawa 1968, t. X, s. 1244; W. Niedźwiedzki, (w:) J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiedzki, Słownik języka polskiego, Warszawa 1919, t. VIII, s. 590; M. Szymczak (red.), Słownik języka polskiego, Warszawa 1996, s. 363.

Tak też pojęcie „zniszczenie rzeczy” jest rozumiane w doktrynie. Por. M. Dąbrowska-

„uszkodzenie” rzeczy należy rozumieć w języku polskim jako zachowanie polegające na zepsuciu, naruszeniu substancji rzeczy, nie powodującym wszakże jej unicestwienia ani nie pozbawiającym jej dotychczasowych właściwości<sup>11</sup>. Podkreślić należy, że naruszenie substancji rzeczy przez samo uczynienie na niej napisu lub rysunku jest trudne do wyobrażenia. Nie znaczy to, że takie zachowanie nie może pośrednio spowodować naruszenia, o którym mowa. Może ono bowiem nastąpić wskutek usunięcia z rzeczy napisu bądź rysunku. W takim przypadku należy – według słusznego poglądu Sądu Najwyższego – kwalifikować zachowanie autora napisu lub rysunku z przepisu art. 124 k.w. bądź art. 288 k.k.<sup>12</sup>.

---

Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 194; W. Gutekunst, (w:) W. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, Warszawa 1965, s. 574; W. Świda, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1973, s. 648.

11 W. Doroszewski (red.), *op. cit.*, t. IX, s. 722; W. Niedźwiedzki, *op. cit.*, t. VII, s. 388; M. Szymczak (red.), *op. cit.*, s. 583. W każdym razie istota uszkodzenia rzeczy zakłada naruszenie jej substancji. W doktrynie prawa karnego por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 194; W. Świda, *Komentarz, op. cit.*, s. 648. Odmienne L. Peiper (*op. cit.*, s. 563), który uważa, że z uszkodzeniem rzeczy mamy do czynienia wtedy, gdy następuje zmniejszenie wartości danego przedmiotu, nawet bez uszczuplenia jego substancji.

12 Por. uchwała SN z dnia 13 marca 1984 r., VI KZP 48/83, OSNKW 1984, nr 7–8, poz. 71. „Umieszczenie napisu lub rysunku w miejscu do tego nie wyznaczonym może stanowić «uszkodzenie mienia» w rozumieniu art. 212 k.k. (z 1969 r. – uwaga M. K.) (albo w zależności od wysokości szkody – wykroczenie przewidziane w art. 124 k.w.) tylko wówczas, gdy w wyniku tego działania nastąpiło pomniejszenie wartości materialnej lub użytkowej budynku, obiektu lub innej rzeczy w takim stopniu, że do usunięcia tego uszkodzenia konieczne jest naruszenie ich substancji. W innym wypadku takie działanie może stanowić wykroczenie określone w art. 63a k.w.”

Interesujących przykładów tego rodzaju naruszenia substancji rzeczy dostarcza orzecznictwo niemieckie. Zwraca uwagę zwłaszcza wyrok ObLG w Oldenburgu z 23 sierpnia 1982 r. (Ss 173/82, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, nr 1–2, s. 57). Przystępstwo uszkodzenia rzeczy jest w Niemczech uregulowane w § 303 kodeksu karnego w sposób podobny, jak w Polsce. Na podstawie § 303 StGB skazano tam sprawcę, który umieścił na budynku seminarium duchownego i kancelarii biskupstwa szereg napisów. Napisy na budynku seminarium zostały następnie usunięte, po czym zostały wyraźne jasne plamy. Plamy te potraktowano jako naruszenie substancji rzeczy. Naruszenie substancji rzeczy przyjęto także odnośnie napisów na kancelarii biskupstwa, skąd zostały one usunięte w ramach gruntownej renowacji całego budynku. Por. także omówienie tego wyroku przez K. Seimanna, *Grundfälle zu den Eigentums – und Vermögensdelikten*, München 1988, s. 5–6.

Innym wartym uwagi przykładem z praktyki niemieckiej była sprawa umieszczenia graffiti na wagonach kolejowych. W tej sprawie bawarski ObLG wyrokiem z dnia 10 października 1996 r. (2 St RR 148/96, *Juristische Arbeitsblätter* 1998, nr 3, s. 184, z glosą M. Löhninga) orzekł, że samo wykonanie napisu na wagonie kolejowym nie stanowi uszkodzenia rzeczy, jeżeli nie udowodniono, że w wyniku jego wykonania lub usunięcia nie nastąpiło uszczuplenie substancji rzeczy. Podobnie ten sam sąd orzekł w wyroku z 17 maja 1999 r. (2 St RR 84/99, *Juristische Arbeitsblätter* 2000, nr 2, s. 101) w sprawie oskarżonego, który wykonał graffiti m.in. na samochodzie i pomniku.

Obok zniszczenia lub uszkodzenia rzeczy polegającego na naruszeniu jej substancji czyn określony w art. 288 k.k. i art. 124 k.w. polegać może także na uczynieniu jej niezdatną do użytku. To ostatnie zachowanie sprowadza się do spowodowania takiego stanu rzeczy, że jest niemożliwe używanie jej zgodnie z przeznaczeniem, choć nie nastąpiło uszczuplenie jej materii<sup>13</sup>. Nie wydaje się natomiast najszcześniejsze spotykane w doktrynie sformułowanie, że rzecz jest niezdatna do użytku wtedy, gdy nie są na niej widoczne zewnętrzne oznaki zmian, a mimo to rzecz nie nadaje się do użytku<sup>14</sup>. Jest ono o tyle trafne, że trudno wyobrazić sobie uszczerbek w materii rzeczy, który nie przejawia się w formie zewnętrznie widocznej zmiany. Natomiast możliwa jest sytuacja odwrotna. Może bowiem być tak, że na rzeczy wystąpią zewnętrzne zmiany, jej substancja pozostanie nieuszkodzona, a rzecz nie nadaje się do użytku. Przykładem może tu być właśnie omawiane w niniejszej pracy wykonanie napisu lub rysunku na cudzej rzeczy<sup>15</sup>.

Oczywiste jest, że uszczuplenie substancji rzeczy wiązać się może z jednoczesnym uczynieniem tej rzeczy niezdatną do użytku. W doktrynie spotykane jest twierdzenie, że w takim wypadku dla przypisania sprawcy odpowiedzialności na podstawie art. 124 k.w. lub art. 288 k.k. wystarczy samo ustalenie, że rzecz uszkodził lub zniszczył<sup>16</sup>. Stąd przyjąć należy, że uczynienie rzeczy niezdatną do użytku w rozumieniu przepisów art. 288 k.k. i art. 124 k.w. następuje wtedy, gdy sprawca uniemożliwia lub znacząco utrudnia normalne korzystanie z niej, nie naruszając wszakże jej substancji<sup>17</sup>.

Konstatacja powyższa (przy zachowaniu poczynionego założenia, że brak naruszenia substancji rzeczy nie oznacza, że rzecz zewnętrznie musi pozostać bez jakichkolwiek zmian) prowadzi do wniosku, że czyn określony w art. 288 k.k. i art. 124 k.w. może być popełniony poprzez wykonanie graffiti także

<sup>13</sup> J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *op. cit.*, s. 298; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 194–195; O. Górniok, (w:) O. Górniok, S. Hoc, S. M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999, s. 366; O. Górniok, D. Pleńska, *op. cit.*, s. 441; B. Michalski, *op. cit.*, s. 230; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 568 (tenże autor jest zdania, że o uczynieniu rzeczy niezdatną do użytku mówić należy także wtedy, gdy nastąpiło naruszenie jej substancji, ale nie było ono istotne).

<sup>14</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 195; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 458.

<sup>15</sup> Por. bliższe uwagi niżej. Dla jasności wywodów można już w tym miejscu podać przykład wykonania rysunku na tablicy reklamowej, w sytuacji kiedy farbę można usunąć, nie uszkadzając szyldu. W takim przypadku o naruszeniu substancji nie ma mowy, jednakowoż szyld – przez czas, gdy był zamalowany – nie nadawał się do użytku, a zewnętrzne zmiany były na nim widoczne.

<sup>16</sup> L. Peiper, *op. cit.*, s. 563.

<sup>17</sup> Tak Motywy Komisji Kodyfikacyjnej, t. V, z. 4, s. 223.



w postaci uczynienia rzeczy niezdatną do użytku. Nie we wszystkim słuszny wydaje się zatem pogląd SN wyrażony w powoływanym wyżej (por. przyp. 12) wyrok z 13 marca 1984 r., VI KZP 48/83: „Umieszczenie napisu lub rysunku w miejscu do tego nie wyznaczonym może stanowić «uszkodzenie mienia» w rozumieniu art. 212 k.k. (z 1969 r. – uwaga M. K.) (albo w zależności od wysokości szkody – wykroczenie przewidziane w art. 124 k.w.) tylko wówczas, gdy w wyniku tego działania nastąpiło pomniejszenie wartości materialnej lub użytkowej budynku, obiektu lub innej rzeczy w takim stopniu, że do usunięcia tego uszkodzenia konieczne jest naruszenie ich substancji. W innym wypadku takie działanie może stanowić wykroczenie określone w art. 63a k.w.”

Rzecz w tym, że pomniejszenie wartości użytkowej rzeczy, na której umieszczono napis lub rysunek, jest już wystarczającą przesłanką przyjęcia, że został popełniony czyn z art. 124 k.w. lub art. 288 k.k. w postaci uczynienia rzeczy niezdatną do użytku. Dla bytu tych czynów nie jest konieczne, aby nastąpiło naruszenie substancji rzeczy.

Zagadnieniem wartym odrębnych uwag jest, czy uczynienie napisu na przykład na budynku może spowodować zmniejszenie jego wartości użytkowej. Wydaje się, że w zasadzie nie. Bez wątpliwości może jednak zmniejszyć jego wartość rynkową. Niewątpliwie łatwiej jest sprzedać dom wyglądający schludnie, niż zeszpecony rysunkami lub napisami. Wiąże się to wszak dla kupującego z koniecznością poniesienia nakładów w celu usunięcia owych zeszpeceń<sup>18</sup>.

Natomiast w przypadku uczynienia napisu wewnątrz mieszkania można uznać, że powodują one obniżenie jego wartości użytkowej, na przykład w kontekście ewentualnego wynajęcia tego mieszkania. Obniżenie wartości użytkowej budynku, w którym znajduje się sklep, z reguły spowoduje wykonanie graffiti na witrynie, w której wystawiane są sprzedawane w tym sklepie towary. Uczynienie napisu na tablicy informacyjnej przytwierdzonej do budynku może spowodować – mimo braku naruszenia jej substancji – jej całkowitą bezużyteczność. Jeżeli tablica ta zawierała ogłoszenie lub informację istotną z punktu widzenia prowadzonej w budynku działalności (np. stanowiła szyld muzeum), poprzez jej zamalowanie zmniejszona została również wartość użytkowa budynku. Regułą jednak jest, że uczynienie napisu lub rysunku na rzeczy cudzej, na przykład samochodzie, budynku czy ogrodzeniu, nie obniża jego wartości użytkowej.

---

18 Warto w tym miejscu odnotować wypowiedź K. Buchały: „Szkodą w mieniu jest zniszczenie mienia lub uczynienie go niezdatnym do użytku, do jakiego jest przeznaczone, co obejmuje także pogorszenie walorów estetycznych, powodując, że mienie traci swą wartość handlową lub też ją zmienia (w sensie obniża)”. K. Buchała, *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji drogowej*, Warszawa 1973, s. 97.

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że nie stanowią czynu zabronionego z art. 124 k.w. i 288 k.k. zachowania, które wprawdzie polegają na uczynieniu rzeczy niezdatną do użytku, ale do przywrócenia jej do stanu poprzedniego nie jest potrzebny nakład środków ani pracy<sup>19</sup>. W przypadku uczynienia rzeczy niezdatną do użytku poprzez wykonanie na niej graffiti regułą jest, że przywrócenie jej do stanu poprzedniego wymaga takowych nakładów. Wszakże konieczne jest, aby poprzez wykonanie na rzeczy napisu lub rysunku uległa zmniejszeniu jej użyteczność, to znaczy, aby normalne korzystanie z rzeczy zostało uniemożliwione. Odnosnie graffiti nie będzie zatem czynem zabronionym z art. 124 k.w. ani art. 288 k.k. namalowanie napisów na murze, jeżeli – nawet z dużym nakładem środków i pracy – napis taki można usunąć bez naruszenia samego muru. Wszak – jak się wydaje – wykonany napis w zasadzie nie zmniejsza wartości użytkowej muru. Taki czyn będzie w zasadzie podpadał pod dyspozycję art. 63a k.w. Natomiast namalowanie takich samych napisów na szybie witryny sklepowej będzie kwalifikowane z art. 124 k.w. lub nawet art. 288 k.k. o ile uniemożliwia przechodniom oglądanie wystawy.

Reasumując dotychczasowe rozważania, wykonanie na cudzej rzeczy graffiti stanowi czyn zabroniony z art. 288 k.k. lub art. 124 k.w. w następujących przypadkach:

- zawsze, gdy substancja rzeczy zostaje naruszona albo w wyniku samego wykonania napisu lub rysunku, albo później, w wyniku jego usunięcia;
- gdy sporządzenie napisu lub rysunku uniemożliwia korzystanie z rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem, przy czym warunkiem przypisania odpowiedzialności za taki czyn jest to, iżby usunięcie napisu wymagało od właściciela lub posiadacza rzeczy nakładu pracy lub kosztów.

W obu wypadkach warunkiem przypisania sprawcy odpowiedzialności jest wystąpienie szkody majątkowej. Wynika to z istoty tych czynów, jako skierowanych przeciwko mieniu<sup>20</sup>.

Przypomnieć też należy, że w przypadku, gdy miało miejsce naruszenie substancji rzeczy, nie jest istotne, czy przywrócenie jej do stanu poprzedniego wiąże się z nakładem pracy lub kosztów.

Kontynuując podsumowanie tego, co zostało dotychczas powiedziane, należy nadto jeszcze raz podkreślić, że naruszenie materii rzeczy poprzez samo wykonanie graffiti jest praktycznie niemożliwe. Natomiast częste są przypadki,

19 I. Andrejew, *op. cit.*, s. 184; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 195; J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 459; B. Michalski, *op. cit.*, s. 230. Odmienne J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *op. cit.*, s. 298.

20 Bliższe uwagi na ten temat niżej.

gdy naruszenie takie ma miejsce przy usuwaniu napisu lub rysunku<sup>21</sup>. Nierzadko też bywa, że naruszenie materii rzeczy nie następuje w ogóle. Wówczas, by zdecydować o odpowiedzialności sprawcy za przestępstwo z art. 288 k.k. lub wykroczenie z art. 124 k.w., należy rozważyć, czy uczynienie napisu spowodowało obniżenie wartości użytkowej rzeczy. Istotne znaczenie, w myśl ustalonej opinii doktryny, ma tu okoliczność, czy możliwe jest przywrócenie normalnego stanu użyteczności rzeczy. Jeżeli przywrócić go nie można, czyn należy kwalifikować co do zasady na podstawie art. 124 k.w. lub art. 288 k.k., chyba że w grę wchodzi odpowiedzialność na podstawie przepisu szczególnego. Podobnie w przypadku, gdy przywrócenie, o którym mowa, jest wykonalne, ale wiąże się z nakładem pracy i kosztów<sup>22</sup>. Natomiast kiedy rzecz została uczyniona niezdatną do użytku, ale przywrócenie jej normalnej użyteczności nie wymaga żadnych nakładów, sprawca odpowiedzialności nie ponosi.

To ostatnie zdanie godne jest bliższej analizy. Doktryna dość zgodnie przyjmuje, że w przypadku uczynienia rzeczy niezdatną do użytku brak konieczności nakładów wyłącza byt przestępstwa z art. 288 k.k. lub wykroczenia z art. 124 k.w.<sup>23</sup>.

Z poglądem tym można, jak się wydaje, polemizować. Przepisy art. 124 k.w. i art. 288 k.k. chronią mienie właściciela (lub posiadacza) rzeczy, i to nie tylko prawo własności (lub stan posiadania) samej rzeczy uczynionej niezdatną do użytku, ale także wszelkie pożytki, które uzyskałby on z rzeczy, gdyby mógł jej używać zgodnie z przeznaczeniem. Dlatego już samo pozbawienie uprawnionego możliwości używania rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem, nawet jeżeli przywrócenie normalnej jej użyteczności nie wymaga żadnych nakładów, może uzasadniać przypisanie sprawcy odpowiedzialności co najmniej za wykroczenie z art. 124 k.w.<sup>24</sup>. Będzie tak, rzecz oczywista, w przypadku, kiedy zachowanie sprawcy spowodowało szkodę majątkową. W danym przypadku może ona

---

21 Warto w tym miejscu zauważyć, że ściśle biorąc naruszenia substancji rzeczy w takim przypadku dokonuje nie osoba wykonująca napis lub rysunek, ale usuwający go właściciel lub posiadacz rzeczy. Oczywiście odpowiedzialną za takie naruszenie pozostaje osoba, która go wykonała. Inny pogląd wydaje się nieracjonalny. Za czas popełnienia czynu w takim przypadku uznać należy oczywiście czas wykonania napisu lub rysunku, natomiast czas usunięcia go, a zatem spowodowania naruszenia substancji rzeczy, jest w takim wypadku czasem wystąpienia skutku przestępnego.

22 Oczywiście jest, że w przypadku, gdy potrzebny jest nakład kosztów, potrzebny będzie również nakład pracy.

23 Patrz literatura powołana w przypisie 19.

24 Podkreślić należy, że przypadki takie mają charakter wyjątkowy. Poniżej podaję możliwy przykład takiej sytuacji, ze świadomością wszakże, iż generalną zasadą jest, że przywrócenie normalnej użyteczności rzeczy wymaga zawsze nakładu pracy, niekiedy także nakładu kosztów.

wystąpić tylko w postaci *lucrum cessans*, a zatem będzie ona polegała na tym, że przez uczynienie rzeczy niezdatną do użytku sprawca pozbawił właściciela lub posiadacza rzeczy spodziewanych zysków<sup>25</sup>.

Dotykamy tutaj kwestii skomplikowanej i spornej w doktrynie i orzecznictwie, mianowicie: czy szkodę w prawie karnym należy rozumieć jako *damnum emergens* wyłącznie, czy może także *lucrum cessans*. Jest to zagadnienie wciąż nie rozstrzygnięte w sposób przekonujący, a bliższe omawianie go wykracza poza zakres niniejszej pracy<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Por. np. W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1995, s. 76–78.

<sup>26</sup> B. Michalski jest zdania, że w przypadku zniszczenia rzeczy szkodę majątkową należy rozumieć szeroko, to jest obejmując tym pojęciem zarówno rzeczywisty uszczerbek w majątku, jak i utracone korzyści (B. Michalski, *op. cit.*, s. 20–31 oraz 231). Za takim rozumieniem szkody majątkowej wydaje się opowiadać SN w uchwale z 19 października 1972 r., VI KZP 41/72, OSNKW 1973, nr 1, gdzie stwierdza się, że w przypadku uczynienia rzeczy niezdatną do użytku wartość wyrządzonej szkody może być wyższa od wartości mienia. Podkreślić wszakże należy, że wypowiedź SN nie wskazuje wprost, że szkodę majątkową w prawie karnym należy rozumieć jako sumę *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Na zwiększenie szkody majątkowej, rozumianej wyłącznie jako *lucrum cessans*, ponad wartość samej rzeczy zniszczonej, uszkodzonej lub uczynionej niezdatną do użytku mogą bowiem wpłynąć koszty jej naprawy. Tym niemniej lektura uzasadnienia do wyżej powołanej uchwały wskazuje, że SN pojęciem szkody objął w niej także *lucrum cessans*. W przypadku bowiem, którego ona dotyczyła, sprawca poprzez kradzież wiertła uczynił niezdatną do użytku maszynę i spowodował tym przestój w pracy tej maszyny. Co za tym idzie – wywołał szkodę majątkową w postaci *lucrum cessans*. Por. także głosę R. Szarka do tej uchwały w OSP 1974, nr 1. Prowadzi to do wniosku, że wszędzie tam, gdzie w wyniku zachowania sprawcy występuje niemożność normalnego korzystania z rzeczy, czy to samodzielnie, czy w połączeniu z jej uszkodzeniem lub zniszczeniem, należy rozumieć szkodę majątkową jako sumę *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Wskazuje na to wprost uchwała SN z 21 czerwca 1995 r., I KZP 22/95, OSNKW 1995, nr 9–10, poz. 58, gdzie na tle ustawy o ochronie obrotu gospodarczego SN stwierdził, że przez szkodę majątkową stanowiącą znamię czynu zabronionego określonego w art. 1 § 1 tej ustawy rozumieć należy zarówno stratę rzeczywistą, jak i utracone korzyści. Pogląd ten nie jest jednak bezsporny. Obok głosów wypowiadających się za takim rozumieniem szkody majątkowej w prawie karnym (np. M. Bojarski, [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 1998; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 271; O. Górniok, [w:] O. Górniok, S. Hoc, S. M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999, s. 383; teże, *Przestępstwa gospodarcze. Rozdział XXXVI i XXXVII kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 19; J. Wojciechowski, *Ustawa o obrocie gospodarczym z komentarzem*, Warszawa 1994, s. 12; H. Pracki, *Obrót gospodarczy pod ochroną. Zagadnienia prawnokarne*, Warszawa 1995, s. 32; W. Kubala, *Pojęcie szkody w prawie karnym*, PiP 1975, nr 5 [autor ten wszakże w przypadku wszystkich przestępstw przeciwko mieniu jest skłonny szkodę majątkową utożsamiać z *damnum emergens*, natomiast jako sumę tegoż *damnum emergens* z *lucrum cessans* rozumie ją tylko w odniesieniu do przestępstw gospodarczych; por. *ibidem*, s. 80]; A. Wąsek, [w:] M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. II, Gdańsk 1999, s. 387) istnieją także poglądy odmienne (G. Rejman, [w:] E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 1433–1434; L. Sługocki, *Glosa do cytowanej uchwały z 21 czerwca 1995 r.*, PiP 1996, nr 7, s. 106 in.; A. Rałajczak, *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*,

Dlatego poprzestaną na stwierdzeniu, że opowiadam się za poglądem, że w przypadku czynu określonego w art. 124 k.w. i art. 288 k.k. szkodę majątkową należy rozumieć jako sumę *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Pogląd taki wydaje się uzasadniony, jeśli zważyć, że pojęcie szkody majątkowej łączyć należy z pojęciem majątku w ogóle. Majątek zaś, mówiąc w maksymalnym skrócie, określić można jako ogół praw, których wartość wyrazić można w pieniądzu<sup>27</sup>. Utrata spodziewanych korzyści stanowi udaremnienie zwiększenia się istniejącego majątku<sup>28</sup>. Zważywszy, że przepisy art. 124 k.w. i art. 288 k.k. chronią mienie w rozumieniu cywilnoprawnym, brak jest podstaw, by na gruncie tych przepisów szkodę majątkową rozumieć inaczej, niż w prawie cywilnym. Samo jednak skonstatowanie powyższego nie prowadzi jeszcze do wniosku, że szkodę majątkową w odniesieniu do omawianych czynów należy rozumieć jako sumę *damnum emergens* i *lucrum cessans*. Wszak szeroko rozpowszechniony, i jak się wydaje uzasadniony, jest pogląd, że w przypadku np. kradzieży jako szkodę majątkową należy rozumieć tylko rzeczywisty uszczerbek w majątku<sup>29</sup>, a przecież przepis art. 278 k.k. również chroni mienie. Wniosek taki uprawniony jest dopiero przy uwzględnieniu drugiej jego przesłanki, mianowicie istoty zniszczenia rzeczy. W przypadku takiego zachowania sprawcy równie istotne jest rzeczywiste zmniejszenie wartości samej rzeczy jest to, że właściciel lub posiadacz nie może jej używać zgodnie z przeznaczeniem (wskazuje na to znamię „czyni rzecz niezdatną do użytku”). Niemożliwe byłoby właściwe udzielenie ochrony przed czynieniem rzeczy niezdatną do użytku bez rozumienia szkody majątkowej jako sumy *damnum emergens* i *lucrum cessans*.

Przyjęcie jednego z dwóch możliwych sposobów rozumienia szkody majątkowej w prawie karnym ma znaczenie dla rozstrzygnięcia, czy uczynienie rzeczy niezdatną do użytku bez naruszenia jej substancji, do którego usunięcia nie są konieczne żadne nakłady jest, czy też nie jest czynem zabronionym opisanym w jednym z tych przepisów. Przyjęcie, że szkodą majątkową w przypadku zniszczenia rzeczy jest wyłącznie *damnum emergens* skłania do wniosku, iż w omawianym przypadku nie mamy do czynienia z czynem zabronionym,

---

Warszawa 1975, s. 21; uchwała połączonych Izb Karnej i Wojskowej SN z 26 czerwca 1989, VI KZP 28/87, OSNKW 1989, nr 5–6, poz. 34).

27 Por. J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 621.

28 Por. uzasadnienie do powołanej uchwały SN z 21 czerwca 1995 r.

29 Por. wyrok SN z 21 listopada 1973 r., II KR 238/73, OSNKW 1974, nr 4, poz. 67; uchwała SN z 28 sierpnia 1974 r., VI KZP 19/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 218 – oba dotyczące zagarnięcia mienia społecznego. Por. także wyrok SA w Krakowie z 17 września 1992 r., II AKr 201/91, Krakowskie Zeszyty Sądowe 1992, nr 10, poz. 12, dotyczący zaboru mienia. Por. także B. Michalski, *op. cit.*, s. 30–31.

ponieważ dobro chronione w postaci mienia nie zostaje naruszone – nie występuje szkoda. Natomiast przyjęcie, że szkodą majątkową w przypadku czynów zabronionych z art. 288 k.k. i art. 124 k.w. jest suma *damnum emergens* i *lucrum cessans* nakazuje traktować omawiany przypadek jako czyn zabroniony kwalifikowany na podstawie jednego z tych dwóch przepisów, w zależności od wysokości tejże szkody.

W tym miejscu przyznać się należy do pewnego uproszczenia, jak się wydaje, uzasadnionego ze względu na konieczność precyzyjnego formułowania myśli. Doktryna mówi o poniesieniu przez pokrzywdzonego nakładu kosztów i pracy jako warunku przypisania sprawcy uczynienia rzeczy niezdatną do użytku odpowiedzialności. Otóż o ile nakład kosztów zawsze ma charakter *damnum emergens*, o tyle nakład pracy nie posiada go nigdy. Dlatego nakład pracy nie połączony z nakładem kosztów, a poniesiony celem przywrócenia normalnej użyteczności rzeczy nie spowoduje nigdy szkody majątkowej w postaci *damnum emergens*. Stąd użycie przez mnie czasownika „skłania”. W tym kontekście przyjęcie, że rozumienie szkody majątkowej odnośnie omawianego typu czynu zabronionego jako wyłącznie *damnum emergens*, nie przesądza jeszcze o traktowaniu uczynienia rzeczy niezdatną do użytku, gdy nie są wymagane nakłady dla przywrócenia jej normalnej użyteczności, jako bezkarnego. Natomiast przyjęcie, że szkodę majątkową w omawianym przypadku stanowi suma *damnum emergens* i *lucrum cessans* moim zdaniem już samo przez się decyduje o traktowaniu czynu, o którym mowa, jako wypełniającego znamiona przestępstwa z art. 288 k.k. lub wykroczenia z art. 124 k.w.

Możliwe są przypadki, kiedy właściciel lub posiadacz rzeczy nie poniesie nakładów na przywrócenie użyteczności rzeczy, a szkoda majątkowa rozumiana jako suma *damnum emergens* i *lucrum cessans* wystąpi. Można tu podać następujący przykład. Właściciel sklepu spożywczego wyjechał na urlop, pozostawiając go pod nadzorem pracowników. Pewnej nocy ktoś zamalował okna i drzwi wapnem. Nierzetelni pracownicy nie zadbali o to, aby je umyć. Stali klienci sklepu w czasie, kiedy farba pozostawała na szybach, nie dokonywali w tym sklepie zakupów sądząc, że odbywa się tam remont. W tym sensie budynek sklepu pozostał wskutek zamalowania jego okien i drzwi niezdatny do używania zgodnie z przeznaczeniem, a właściciel poniósł szkodę. Po tygodniu spadł deszcz i zmył wapienną farbę. Gdyby przyjąć, że do przypisania odpowiedzialności sprawcy zamalowania szyb za dokonane uczynienie rzeczy niezdatną do użytku konieczne jest poniesienie przez właściciela sklepu nakład kosztów lub pracy, przypisanie takie nie

byłoby możliwe. Nie wydaje się to słuszne z punktu widzenia kryminalnopolitycznego<sup>30</sup>.

Warto chyba w tym miejscu zwrócić uwagę na inny aspekt czynów określonych w art. 124 k.w. i art. 288 k.k. Naruszenie praw pokrzywdzonego właściciela lub posiadacza rzeczy polega w ich wypadku nie tylko na spowodowaniu uszczerbku w majątku, ale także na pozbawieniu go możliwości dysponowania rzeczą. Jest to istotny element czynów z art. 288 k.k. i art. 124 k.w. Dobrem chronionym w ich przypadku jest nie tylko integralność majątku właściciela lub posiadacza rzeczy, ale jego możliwość korzystania z tego majątku. Na ten aspekt czynu z art. 263 k.k. z 1932 r. zwrócił uwagę M. Siewierski, podając przykład uczynienia rzeczy niezdatną do użytku poprzez czasowe usunięcie jej spod władztwa posiadacza, np. wyrzucenie z okna pędzącego pociągu<sup>31</sup>. Jednak istotą omawianych czynów nie jest naruszenie możliwości dysponowania rzeczą. Przesądza o tym okoliczność, że obecnie obowiązujące przepisy operują znamieniem szkody majątkowej<sup>32</sup>. Gdyby zatem rzecz została następnie odzyskana w stanie nieuszkodzonym, zaś uprawniony nie poniósłby z tytułu jej utraty żadnego majątkowego uszczerbku (także w postaci poniesionych dla jej odzyskania nakładów, czy utraconych zysków)<sup>33</sup>, można by rozważać, czy jest możliwość przypisania odpowiedzialności za czyn z art. 263 k.k. z 1932 r., przepis ten bowiem nie zawierał znamienia szkody majątkowej. Natomiast *de lege lata* dla przypisania odpowiedzialności za czyn z art. 288 k.k. lub art. 124 k.w. konieczne jest, aby szkoda majątkowa zaistniała. Z uwagi na to przyjęć należy, że ochrona możliwości dysponowania rzeczą na podstawie tych przepisów ma charakter drugoplanowy.

Reasumując pokrótce poczynione wyżej uwagi, należy podkreślić, że wydaje się nieślusne uzależnianie odpowiedzialności za dokonane przestępstwo z art. 288 k.k. lub wykroczenie z art. 124 k.w. popełnione w postaci uczynienia

---

30 Oczywiście istnieje w tym przypadku możliwość przypisania odpowiedzialności za usiłowanie. W praktyce, jak się wydaje, przypisanie takie napotkałoby na poważne trudności dowodowe.

31 M. Siewierski, *op. cit.*, s. 361. Por. także R. Wallau, Sachbeschädigung als Zueignung?, *Juristische Arbeitsblätter* 2000, nr 3, s. 248 i n.

32 Przepis art. 288 k.k., podobnie jak przepis art. 212 k.k. z 1969 r. nie zawiera co prawda wprost wyrażonego znamienia szkody majątkowej. Jednak przepisy te należy interpretować łącznie z art. 124 k.w. Ten ostatni przepis penalizuje zniszczenie, uszkodzenie bądź uczynienie niezdatnym do użytku mienia, gdy wysokość wyrządzonej szkody nie przekracza 250 złotych. *A contrario* – przyjęć należy, że przepis art. 288 k.k. (wcześniej art. 212 k.k. z 1969 r.) zawiera znamień szkody w wysokości przekraczającej 250 złotych.

33 Sytuacja taka jest do pomyślenia. Wyrzuconą rzecz, np. walizkę, mógł ktoś znaleźć i wysłać pocztą pod adres figurujący w znalezionych wewnątrz dokumentach. Założyć należy, że w walizce nie znajdowały się np. rzeczy potrzebne do wykonania jakiejś pracy, co spowodowało, że posiadacz walizki nie dotrzymał terminu jej wykonania i utracił spodziewane zyski.

rzeczy niezdatną do użytku od konieczności poniesienia przez pokrzywdzonego nakładów w celu przywrócenia normalnej użyteczności rzeczy. Wyłączną podstawą do przypisania sprawcy odpowiedzialności za wykroczenie z art. 124 k.w. winna być okoliczność, że właściciel lub posiadacz rzeczy w wyniku zachowania sprawcy nie mógł jej używać zgodnie z przeznaczeniem, choćby tylko przez krótki czas, w wyniku czego poniósł szkodę majątkową. Ewentualne nakłady poniesione w celu przywrócenia użyteczności rzeczy należy pojmować jako wyrządzoną przez sprawcę szkodę, nie zaś jako samodzielną przesłankę warunkującą możliwość przypisania mu odpowiedzialności za dokonane przestępstwo z art. 288 k.k. bądź wykroczenie z art. 124 k.w.<sup>34</sup>.

Natomiast interesujące spojrzenie na omawiany tutaj czyn zabroniony pojawiło się w nowszej literaturze przedmiotu w Niemczech. Podkreślić należy, że § 303 niemieckiego kodeksu karnego (odpowiednik polskiego art. 288 k.k.) mówi tylko o „zniszczeniu” lub „uszkodzeniu rzeczy”, nie używa natomiast pojęć „uczynienie niezdatną do użytku”. Ta postać popełnienia czynu z § 303 StGB została wyinterpretowana z treści wyżej wymienionego przepisu przez judykaturę i naukę prawa karnego. Karanie na podstawie wspomnianego przepisu zachowań polegających na uczynieniu rzeczy niezdatną do użytku bez naruszenia jej substancji wymagało skomplikowanego uzasadnienia z argumentacją ukierunkowaną na przedmiot ochrony<sup>35</sup>.

Właśnie z przedmiotem ochrony czynu określonego w § 303 StGB związane są nowsze koncepcje dotyczące karania na jego podstawie autorów graffiti. Przyjmuje się mianowicie, że przedmiotem ochrony czynu stypizowanego w § 303 kodeksu karnego jest stan rzeczy, w którego utrzymaniu jej właściciel lub posiadacz ma interes. Dlatego nie jest istotne, czy mógł on, czy nie mógł używać w dalszym ciągu rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem. Karalna będzie

<sup>34</sup> Aczkolwiek przeciwny pogląd jest dominujący w polskiej nauce prawa karnego. Podobne zdanie występuje także i w nauce niemieckiej, gdzie wszakże wychodzi się z założenia, że istota uszkodzenia rzeczy zasadza się na zmniejszeniu jej wartości użytkowej. Skoro tak, to łatwość przywrócenia normalnej użyteczności rzeczy uczynionej niezdatną do użytku, czy to z powodu jej uszkodzenia z naruszeniem substancji (*Substanzverletzung*), czy bez takiego naruszenia, powinna oznaczać, że czyn sprawcy nie jest relewantny prawnokarnie. Por. np. H. Otto, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, Berlin–New York 1991, s. 183; K. Seemann, *op. cit.*, s. 6. Jest to także pogląd powszechnie reprezentowany w orzecznictwie.

<sup>35</sup> Pierwszy przypadek ukarania na podstawie przepisu § 303 StGB za czyn polegający na uczynieniu rzeczy niezdatną do użytku bez naruszenia jej substancji miał miejsce w 1920 r. Wyrok w tej sprawie dotyczył robotnika, który z zemsty za zwolnienie z pracy wymontował z maszyny parowej pewne części, unieruchamiając ją na długi czas. Sąd Najwyższy Rzeszy Niemieckiej przyjął, że w tym przypadku nastąpiło „uszkodzenie rzeczy przez zmniejszenie jej użyteczności” (RGSt 1920, 182) – M. Löhning, *op. cit.*, s. 184. Podobny przykład (zablokowanie maszyny przy użyciu obcego ciała) podaje F. Haft, *Strafrecht, Besonderer Teil*, München 1982, s. 248.



każdorzazowa zmiana stanu rzeczy, na którego utrzymaniu uprawnionemu zależy<sup>36</sup>.

Podkreślić należy, że przyjęcie takiego spojrzenia na przedmiot czynów określonych w art. 288 k.k. i art. 124 k.w. niepomiarze rozszerzyłoby zastosowanie art. 124 k.w. do przypadków uczynienia na rzeczy cudzej napisu lub rysunku<sup>37</sup>. Każde graffiti wykonywane bez zgody właściciela rzeczy jest wszak zmianą stanu rzeczy, w którego utrzymaniu jest on zainteresowany. Jednakże do chwili obecnej orzecznictwo niemieckie nie przyjęło tych pojawiających się w doktrynie sugestii odnośnie przedmiotu ochrony, co wyraźnie widać w zapadłych tam ostatnio wyrokach<sup>38</sup>. Zmianę stanu rzeczy, w którego utrzymaniu właściciel jest zainteresowany, traktuje się jako *Sachbeschädigung* jedynie w przypadku, gdy przedmiotem, na którym wykonano napis, jest dzieło sztuki. Wynika to wszakże ze swoistego charakteru tej rzeczy. Wszak użyteczność dzieła sztuki polega na tym, aby można je było podziwiać. Zatem pomalowanie np. rzeźby najczęściej powoduje niemożność „używania” jej zgodnie z przeznaczeniem, to jest podziwiania jej piękna<sup>39</sup>. Przy wszelkich innych przypadkach dąży się do ustalenia, czy nastąpiło naruszenie substancji rzeczy lub czy w wyniku zachowania sprawcy nie została zmniejszona jej użyteczność. Praktyka zatem koncepcji tej nie zaakceptowała. Na gruncie polskim zastosowanie jej byłoby prawdopodobnie postrzegane jako sprzeczne z zasadą racjonalnego ustawodawcy, bowiem mogłoby doprowadzić do praktycznej derogacji przepisu art. 63a k.w.<sup>40</sup> Wydaje się nadto, że takie rozumienie czynu określonego

---

36 M. Löhning, *op. cit.*, s. 184–185; K. Seelmann, *op. cit.*, s. 3–6; J. P. Wilhelm, Der praktische Fall – Strafrecht: das überklebte Wahlplakat, JuS 1996, nr 5, s. 425. Por. także Z. Maiwald, Is unbefugte Plakatieren keine Sachbeschädigung?, Juristenzeitung 1980, nr 8, s. 256 i n. oraz R. Wallau, *op. cit.*, s. 252.

37 Abstrahuję w tym miejscu od okoliczności, że polskie unormowania wymagają, aby sprawca zachowaniem swoim wyrządził szkodę majątkową. Znamię to samo w sobie przesądza o niemożliwości stosowania wyżej przedstawionego spojrzenia na przestępstwo z art. 288 k.k. i wykroczenie z art. 124 k.w.

38 Wyrok OLG w Düsseldorfie z 10 marca 1998 r., 2 Ss 364/97, Neue Juristische Wochenschrift 1999, s. 1119, oraz w Neue Zeitschrift für Strafrecht 1999, nr 10, s. 510 z glosą U. Behma; wyrok KG w Berlinie z 7 sierpnia 1998 r., I Ss 173/98, Neue Juristische Wochenschrift 1999, s. 1200. Por. notkę do tych dwóch wyroków pt. Strafbarkeit des Graffiti–Sprühens, sygnowaną „jv.” w: Kriminalistik 1999, nr 6, s. 401. Patrz także wyroki ObLG w Monachium powołane w przyp. 12. Podobna tendencja istnieje w orzecznictwie francuskim. Por. D. Fontanaud, *op. cit.*, s. 3. Por. także J. P. Wilhelm, *op. cit.*, s. 245 i *passim*.

39 Z. Maiwald, *op. cit.*, s. 256; J. P. Wilhelm, *op. cit.*, s. 425.

40 Odrębne komplikacje mogłoby tu spowodować wprowadzenie przepisu art. 51 k.w. w brzmieniu z obecnie dyskutowanego projektu ustawy – Kodeks wykroczeń z 17 lutego 2000 r., gdzie przewiduje się odpowiednika obecnego art. 124 k.w., natomiast jest odpowiednik art. 63a k.w., który jednak posiada dodatkowe znamię w postaci szkody majątkowej. Bliższe uwagi na ten temat niżej.

w § 303 niemieckiego kodeksu karnego oraz w art. 288 polskiego k.k. i art. 124 k.w., aczkolwiek bardzo nowoczesne i akcentujące powiązanie normy karnoprawnej chroniącej mienie z cywilistycznym ujęciem mienia (w prawie cywilnym możliwość dysponowania mieniem posiada poważne znaczenie), ciągle jest nazbyt awangardowe. Wreszcie tak na gruncie niemieckim, jak na polskim rozumienie takie pozostaje w sprzeczności z podstawową zasadą wykładni przepisu, która mówi, że prymat należy przyznawać zawsze metodzie językowej, zaś inne metody wykładni, acz potrzebne, mogą tę ostatnią tylko uzupełniać, nigdy zaś nie powinny prowadzić do wyników odmiennych<sup>41</sup>. Zarówno jeden przepis, jak drugi, mówi o uszkodzeniu rzeczy i trudno jest na jego gruncie uzasadniać karalność zachowań, które nie powodują w swej istocie owego uszkodzenia rzeczy. Wydaje się zatem, że proponowane w niemieckiej doktrynie szerokie rozumienie pojęcia uszkodzenia rzeczy (każda zmiana stanu rzeczy, w którego utrzymaniu jest zainteresowany właściciel) stoi z przywołaną powyżej zasadą prymatu wykładni językowej w sprzeczności<sup>42</sup>. Wreszcie – polskie przepisy operują kryterium szkody. Jest ona niewątpliwie znamieniem czynów zabronionych stypizowanych w art. 288 k.k. i art. 124 k.w. Kontrowersje wokół pojęcia szkody majątkowej w prawie karnym dotyczą sposobu jej obliczania, natomiast poza sferą wątpliwości powinno pozostawać, że dla samego bytu czynu zabronionego z art. 124 k.w. bądź art. 288 k.k. potrzebne jest zaistnienie szkody majątkowej, tak bądź inaczej obliczanej. Dlatego, jak wcześniej wspomniano, ochrona możliwości dysponowania rzeczą przez przepisy art. 288 k.k. i art. 124 k.w. ma charakter drugoplanowy. W Niemczech natomiast część doktryny przyznaje jej właśnie rolę pierwszorzędą. Jest to na gruncie niemieckiego prawa interpretacja możliwa, ale odrzucana przez większość doktryny i orzecznictwo. Warto wszakże o niej wspomnieć. Projektowana (o czym niżej) likwidacja tzw. czynów przepoławionych w pol-

41 Por. postanowienie SN z 30 września 1998 r., I KZP 10/98, Prokuratura i Prawo 1998, nr 11–12, poz. 25: „Nie jest dopuszczalne rozszerzenie zakresu penalizacji przy użyciu innych metod wykładni, gdy wykładnia językowa na to nie pozwala. Por. także postanowienie SN z 24 stycznia 1991 r., V KZP 32/90, OSP 1991, nr 7–8, poz. 199 z glosą krytyczną R. A. Stefańskiego. Nie znaczy to, że korygowanie wyników wykładni językowej przy zastosowaniu innych metod wykładni jest niedopuszczalne. Za taką korektą przemawiać w konkretnym przypadku mogą względy racjonalności. Por. R. A. Stefański, *Prawnokarna ocena stanu nietrzeźwości w ruchu drogowym*, Prokuratura i Prawo 1999, nr 3, s. 34.

42 Na gruncie polskim co prawda takie właśnie rozumienie przepisów art. 124 k.w. i art. 288 k.k. byłoby nawet łatwiej uzasadnić, niż na gruncie niemieckim. Niemiecki kodeks karny bowiem mówi o zniszczeniu lub uszkodzeniu rzeczy, polski zaś również o uczynieniu rzeczy niezdatną do użytku. Z tym, że na gruncie polskim mimo wszystko pozostałoby jeszcze istniejące w przepisie art. 124 k.w., a pośrednio także w przepisie art. 288 k.k. znamię szkody majątkowej, które uniemożliwia przyjęcie wyżej opisanego rozumienia tych przepisów.

skim porządku prawnym spowoduje, że znamię szkody majątkowej nie będzie wprost wynikało z przepisów prawa. Co za tym idzie, interpretacja, o której mowa, stanie się możliwa również i na gruncie polskich uregulowań.

*De lege lata* pozostaje skonstatować, że w przypadku uczynienia napisu lub rysunku na rzeczy cudzej, odpowiedzialność za wykroczenie z art. 124 k.w. lub przestępstwo z art. 288 k.k. ma i będzie miała charakter zupełnie wyjątkowy, ograniczony do sytuacji, gdy spowoduje uszczuplenie substancji rzeczy<sup>43</sup>, bądź zmniejszenie jej użyteczności. Można poddać w wątpliwość, czy w tym ostatnim przypadku jest słuszne uzależnianie odpowiedzialności sprawcy od poniesienia przez uprawnionego do rzeczy nakładu kosztów lub pracy w celu przywrócenia rzeczy do stanu poprzedniego. Właściwsze wydaje się zrezygnować z tego warunku, a odpowiedzialność sprawcy za dokonanie tego czynu uzależnić od samego faktu zmniejszenia normalnej użyteczności rzeczy i wystąpienia szkody majątkowej.

Raz jeszcze należy podkreślić, że wypadki, kiedy uczynienie napisu lub rysunku na cudzej rzeczy powodować będą odpowiedzialność z art. 124 k.w. lub art. 288 k.k. należą do wyjątkowych. Regułą natomiast jest odpowiedzialność za czyn z art. 63a k.w., to jest za wykroczenie polegające na umieszczeniu w miejscu publicznym ogłoszenia, plakatu, afisza, apelu, ulotki, napisu lub rysunku, albo wystawieniu tychże na widok publiczny w innym miejscu bez zgody zarządzającego tym miejscem<sup>44</sup>. Dodać warto, że ograniczenie „w miejscu publicznym” nie jest przeszkodą w penalizacji większości graffiti, ponieważ są one niemal zawsze wykonywane w miejscach dostępnych dla nieograniczonej liczby osób. Natomiast brak jest w polskim systemie prawa przepisu, który obejmowałby karalnością umieszczenie napisu lub rysunku w miejscu niepublicznym, jeśli takie umieszczenie nie podpada pod przepis art. 124 k.w. lub art. 288 k.k. Nie ma zatem możliwości ścigania sprawcy, który bez zgody właściciela wykonał jakieś napisy we wnętrzu prywatnego mieszkania. Gdyby sprawca przez wykonanie napisu nie spowodował naruszenia ściany (na przykład gdyby farbę dało się zmyć), nie byłoby żadnej podstawy do pociągnięcia go do odpowiedzialności. Trudno bowiem byłoby w postępowaniu karnym przeprowadzić dowód, że z powodu wykonania napisu użyteczność mieszkania

---

43 Także w sytuacji, gdy uszczuplenie spowoduje osoba usuwająca napis. Taka wykładnia celowościowa jest tu uzasadniona. Por. wyżej przyp. 21.

44 Za miejsce publiczne uważa się każde miejsce dostępne dla nieograniczonej liczby osób. Por. wyrok SN z 9 listopada 1971 r., V KRN 219/81, OSNPG 1972, nr 2, poz.25; wyrok SN z 26 marca 1973 r., Rw 279/73, OSNKW 1973, nr 7–8, poz. 101 oraz Państwo i Prawo 1974, nr 2, s. 165 i n. z glosą W. Kubali. Por. także wyrok SN z 9 listopada 1971 r., V KRN 219/71, OSNPG 1972, nr 2, poz. 25.

zmniejszyła się<sup>45</sup>. Na gruncie poprzednio obowiązującego prawa o wykroczeniach podstawa taka istniała. Art. 60, odpowiednik obecnego art. 63a miał bowiem brzmienie: „Kto samowolnie umieszcza na cudzej rzeczy ogłoszenie, napis lub rysunek, albo kto samowolnie z cudzej rzeczy je usuwa”. Być może uzasadniony byłby postulat powrotu do poprzedniego uregulowania. Przeciw niemu przemawia wszakże wzgląd na fakt, że przepis art. 63a zamieszczony jest w rozdziale dotyczącym wykroczeń przeciwko porządkowi publicznemu i nie jest słuszne obejmowanie ochroną na podstawie tego przepisu również miejsc, które nie są publicznie dostępne.

Warto w tym miejscu odnieść się do rządowego projektu kodeksu wykroczeń z dnia 17 lutego 2000 r., który przewiduje w rozdziale dotyczącym ochrony porządku publicznego odpowiednik obecnego art. 63a k.w. w postaci art. 51 k.w. Przepis ten, co dziwi, uzależnia odpowiedzialność za uczynienie napisu lub rysunku na cudzej rzeczy od poniesienia przez właściciela lub posiadacza rzeczy szkody. Warunek ten jest niezrozumiały z uwagi na dobro chronione, którym w danym wypadku powinien być porządek publiczny, nie zaś mienie.

Obok art. 63a k.w., art. 124 k.w. bądź art. 288 k.k. podstawą odpowiedzialności za wykonanie napisu lub rysunku na cudzej rzeczy może być szereg innych przepisów. W przypadku, jeżeli zachowanie sprawcy polega na wykonaniu graffiti na godle, sztandarze, chorągwi, banderze, fladze lub innym znaku państwowym lub należącym do państwa obcego, oceniać je należy na gruncie art. 137 k.k. Wykonanie graffiti na pomniku lub w innym podobnym miejscu stanowi występki z art. 261 k.k. Gdy sprawca zamalowuje ogłoszenie instytucji państwowej, samorządowej lub społecznej, odpowiadać będzie na podstawie art. 67 § 1 k.w. (usunięcie lub uszkodzenie ogłoszenia), przy czym całkowite jego zamalowanie traktowane jest jak usunięcie, natomiast dopisanie lub dorysowanie czegokolwiek – uznaje się za jego uszkodzenie<sup>46</sup>. Podobne zachowanie wobec ogłoszenia wystawionego przez instytucję artystyczną przewiduje § 2 tegoż artykułu. Namalowanie lub narysowanie czegokolwiek na znaku lub ogłoszeniu ostrzegającym o grożącym niebezpieczeństwie traktowane jest jako wykroczenie uszkodzenia znaku z art. 74 k.w.<sup>47</sup>. Zniszczenie, uszkodzenie, uczynienie niewidocznym znaku, sygnału bądź urządzenia ostrzegawczego lub zabezpieczającego stosowanego w komunikacji stanowi wykroczenie z art. 85

45 Choć, jak wyżej wskazano, jest to pojęciowo możliwe (obniżenie wartości użytkowej mieszkania w kontekście jego wynajęcia). Można także uzasadniać obniżenie wartości użytkowej mieszkania dla osób w nim zamieszkujących poprzez zmniejszenie jego estetyki, a co za tym idzie – komfortu.

46 I. Śmietanka, (w:) J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, Kodeks wykroczeń. Komentarz, Warszawa 1974, s. 214.

47 W. Radecki, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *op. cit.*, s. 268.

k.w. W przypadku wykonania graffiti na znakach granicznych w grę wchodzi występ z art. 277 k.k. w postaci uczynienia znaków granicznych niewidocznymi.

Kwalifikacja prawna graffiti może także zależeć od treści, które zawiera. Jeśli są one nieprzyzwoite, sprawca odpowiada za czyn z art. 141 k.w. Możliwe są także i o wiele poważniejsze kwalifikacje prawne. Graffiti mogą bowiem zawierać w swej treści np. nawoływanie do wszczęcia wojny napastniczej (art. 117 § 3 k.k.), zniewagi wobec Narodu Polskiego lub Rzeczypospolitej Polskiej (art. 133 k.k.), przedmiotu czci religijnej (art. 196 k.k.), czy prywatnej osoby (art. 216 § 1 k.k.), pomówienia (art. 212 § 1 k.k.), groźby (art. 190 k.k.) lub nawoływania do popełnienia przestępstwa (art. 255 k.k.). W każdym przypadku rozważyć wypadnie kwestię zbiegu przepisów ustawy, jeżeli wykonanie napisu lub rysunku skutkowało także zniszczeniem, uszkodzeniem bądź uczynieniem niezdatną do użytku rzeczy.

Na gruncie kodeksu wykroczeń w grę wchodzi następujące przepisy: art. 63a, art. 67 § 1 i 2, art. 74, art. 85, art. 124 i art. 141. W przypadku zbiegu dwóch lub więcej z tych przepisów zastosowanie znajduje przepis art. 9 § 1 k.w. Stanowi on: „Jeżeli czyn wyczerpuje znamiona wykroczeń określonych w dwóch lub więcej przepisach ustawy, stosuje się przepis przewidujący najsurowszą karę, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu środków karnych na podstawie innych naruszonych przepisów”. Mamy tu zatem do czynienia z eliminacyjnym zbiegiem przepisów ustawy. Zbieg taki jest stosunkowo łatwo rozstrzygnąć. Należy jednak mieć na uwadze, że przepis art. 9 § 1 k.w. ma zastosowanie tylko w przypadku realnego zbiegu przepisów. Nie znajduje go w stosunku do przepisów art. 63a k.w. i art. 141 k.w. Umieszczenie w miejscu publicznym, do tego nie przeznaczonym, napisu bądź rysunku mającego charakter nieprzyzwoity powinno być kwalifikowane na podstawie przepisu art. 141 k.w., zaś przepis art. 9 § 1 k.w. nie będzie tu miał zastosowania. Przepis art. 141 k.w. ma charakter *lex specialis* w stosunku do art. 63a k.w.<sup>48</sup>. Podobnie, to jest jako pozorny zbieg przepisów ustawy, należy traktować zbieg przepisów art. 63a k.w. z art. 67 k.w., art. 63a k.w. z art. 74 k.w., 63a k.w. z art. 85 k.w. We wszystkich trzech przypadkach art. 63a k.w. zostanie wyeliminowany na zasadzie specjalności. W przypadku zaś kiedy czyn sprawcy polega na umieszczeniu w miejscu publicznym, do tego nie przeznaczonym, rysunku lub napisu, który jednocześnie narusza substancję rzeczy bądź skutkuje niemożliwością używania jej zgodnie z przeznaczeniem, nie ma – jak się wydaje – przeszkód do stosowania przepisu art. 9 § 1 k.w. do zaistniałego w takiej sytuacji zbiegu

---

48 M. Bojarski, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *op. cit.*, s. 236.

przepisów art. 63a k.w. i art. 124 k.w. Pogląd przeciwny wydaje się wynikać z powoływanej kilkakrotnie uchwały Sądu Najwyższego z 13 marca 1984 r., VI KZP 48/83. Powiada ona bowiem (przypomnijmy ją raz jeszcze): „Umieszczenie napisu lub rysunku w miejscu do tego nie wyznaczonym może stanowić «uszkodzenie mienia» w rozumieniu art. 212 k.k. (albo w zależności od wysokości szkody – wykroczenie przewidziane w art. 124 k.w.) tylko wówczas, gdy w wyniku tego działania nastąpiło pomniejszenie wartości materialnej lub użytkowej budynku, obiektu lub innej rzeczy w takim stopniu, że do usunięcia tego uszkodzenia konieczne jest naruszenie ich substancji. **W innym wypadku** (podkr. M. K.) takie działanie może stanowić wykroczenie określone w art. 63a k.w.”. Takie ujęcie wskazywałoby, że SN wyklucza możliwość wyczerpania przez jeden czyn znamion wykroczeń z art. 63a k.w. i art. 124 k.w. Jednak pogląd taki nie został przez SN wypowiedziany wprost, a sugestia, o której mowa, wynika raczej tylko ze sposobu ujęcia tezy. Wydaje się, że *de lege lata* nie ma podstaw, by twierdzić, że między przepisami art. 63a k.w. i art. 124 k.w. zachodzi zbieg pozorny wyłączający zastosowanie do czynu spełniającego dyspozycje norm określonych w tych przepisach artykułu 9 § 1 k.w.

Ujęcie znamion art. 74 k.w., art. 85 k.w. wskazuje natomiast, że mają one w odniesieniu do art. 124 k.w. charakter przepisów specjalnych i nie ma podstaw do zastosowania w przypadku ich zbiegu, jako pozornego, art. 9 § 1 k.w.<sup>49</sup>. Inaczej będzie natomiast w przypadku zbiegu art. 67 i 124 k.w., gdzie przeszkód w zastosowaniu art. 9 § 1 k.w. nie ma.

Niedopuszczalny jest na gruncie obecnego stanu prawnego zbieg kumulatywny przestępstwa z wykroczeniem. Odpowiedzialność za przestępstwo i wykroczenie jest w takim przypadku niezależna. Warto pamiętać, że w takiej sytuacji zastosowanie znajdzie unormowanie art. 10 k.w.: „§ 1. Jeżeli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, a wymierzono kary lub środki karne za wykroczenie oraz za przestępstwo, kara i środek karny wymierzone za wykroczenie nie podlegają wykonaniu; w razie ich uprzedniego wykonania zalicza się je na poczet kar i środków karnych wymierzonych za przestępstwo”. W przypadku prawnokarnej odpowiedzialności za wykonanie graffiti warto zwrócić uwagę, że o ile w doktrynie traktuje się przepisy art. 74 i 85 k.w. jako specjalne w stosunku do art. 124 k.w., o tyle nie uważa je za specjalne w stosunku do art. 288 k.k. W sytuacji, kiedy szkoda wyrządzona przez sprawcę wykroczenia z art. 74 lub 85 k.w. przekracza 250 zł, w doktrynie nie widzi się przeszkód do przypisania niezależnej odpowiedzialności za jedno z tych wykro-

49 Por. odnośnie art. 85 k.w. W. Radecki, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *op. cit.*, s. 309; J. Bafia, (w:) J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *op. cit.*, s. 253; odnośnie art. 74 k.w.: I. Śmietanka, (w:) J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *op. cit.*, s. 229–230.

czeń oraz za przestępstwo z art. 288 k.k., przy zastosowaniu reguł określonych w art. 10 k.w.<sup>50</sup>. Z kolei warto przejść do wchodzących tu w grę możliwych zbiegów przepisów kodeksu karnego.

Wydaje się możliwy zbieg kumulatywny przepisów art. 288 i 137 k.k. Ponad wszelką wątpliwość ma on miejsce wtedy, kiedy czynem swoim sprawca spowodował zniszczenie innej – obok określonych w tym ostatnim przepisie rzeczy. Natomiast jeżeli zachowaniem swym sprawca zniszczył tylko flagę, godło, bądź inny z wyszczególnionych w art. 137 k.k. przedmiotów, w doktrynie spotykana jest opinia, że właściwą kwalifikacją prawną jest art. 137 k.k., natomiast zbieg tego przepisu z przepisem art. 288 k.k. ocenić należy jako pozorny<sup>51</sup>. Stanowisko takie nie wydaje się słuszne. Przedmioty określone w art. 137 k.k. jako przedmioty wykonawcze stypizowanego w nim czynu są rzeczami w rozumieniu prawa karnego. Co prawda, są to rzeczy szczególnej kategorii, zatem przedmiot czynności wykonawczej czynu z art. 137 k.k. zakreślony został przez ustawodawcę wężej, niż przedmiot czynności wykonawczej czynu z art. 288 k.k. i art. 124 k.w. Jednak nie przesądza to jeszcze o tym, że art. 137 k.k. stanowi *lex specialis* wobec art. 288 k.k. Zbieg kumulatywny zachodzi wszak wtedy, gdy sprawca zachowaniem swoim narusza kilka przepisów ustawy karnej, przy czym żaden z nich, wzięty z osobna, nie wyczerpuje całej zawartości kryminalnej czynu sprawcy. Przepis art. 137 k.k. ukierunkowany jest na ochronę interesów Rzeczypospolitej Polskiej, stosunków jej z innymi państwami (§ 2), wreszcie uczuć poszczególnych osób, obywateli RP lub tych innych państw<sup>52</sup>. Nie jest to zatem przepis chroniący samą rzecz. Jeśli czyn sprawcy wypełnia znamiona określone w art. 137 k.k. i jednocześnie w art. 288 k.k. naruszone zostają nie tylko interesy Rzeczypospolitej Polskiej, ale także mienie. Dlatego powołanie w kwalifikacji prawnej wyłącznie art. 137 k.k. nie wyczerpie całości zawartości kryminalnej tego czynu. W związku z tym należy stosować do takiego czynu kwalifikację kumulatywną na podstawie art. 137 i 288 k.k., zaś w przypadku, kiedy powstała szkoda nie przekracza 250 zł, powstały zbieg należy rozstrzygać na podstawie przepisu art. 10 k.w.<sup>53</sup>.

Natomiast kumulatywna kwalifikacja czynu niewątpliwie jest dopuszczalna w przypadku, gdy wykonanie graffiti wypełnia jednocześnie znamiona czynów określonych w art. 117 § 3 k.k. (nawoływanie do wojny napastniczej), art. 133

---

50 Por. W. Radecki, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *op. cit.*, s. 268 i 309; I. Śmietanka, (w:) J. Bafia, D. Egierska, I. Śmietanka, *op. cit.*, s. 229–230.

51 M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 205.

52 P. Kardas, *Przestępstwa przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej*, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 1999, s. 160.

53 Tak P. Kardas, *op. cit.*, s. 160–161; M. Olszewski, (w:) *System...*, s. 827.

k.k. (zniewaga wobec Narodu Polskiego lub Rzeczypospolitej Polskiej), art. 196 k.k. (zniewaga przedmiotu czci religijnej), art. 216 § 1 k.k. (zniewaga), art. 190 k.k. (groźba) czy art. 255 k.k. (nawoływanie do popełnienia przestępstwa). Tutaj podstawą odpowiedzialności karnej jest zabroniona przez prawo treść napisu bądź rysunku, natomiast nie samo jego wykonanie. Dlatego, jeżeli wykonanie napisu lub rysunku skutkowało zniszczeniem, uszkodzeniem lub uczynieniem niezdatną do użytku rzeczy, na której sprawca je umieścił, dla pełnego oddania kryminalnej zawartości czynu konieczne jest powołanie w kwalifikacji kumulatywnej przepisu art. 288 k.k. W przypadku zaś, gdy wyrządzona szkoda nie przekroczyła 250 zł, w grę wchodzi odrębna odpowiedzialność za jedno z wymienionych wyżej przestępstw oraz za wykroczenie z art. 124 k.w., do której zastosowanie znajdzie przepis art. 10 k.w. Gdy wykonanie graffiti nie spowoduje skutku w postaci zniszczenia, uszkodzenia lub uczynienia niezdatną do użytku rzeczy, sprawca obok odpowiedzialności za jedno z wymienionych przestępstw poniesie odpowiedzialność za wykroczenie z art. 63a k.w., art. 74 k.w., art. 85 k.w. Odnośnie przepisu art. 141 k.w. (nieprzyzwoity napis) wolno chyba wyrazić pogląd, że nie znajdzie on zastosowania w przypadku, kiedy nieprzyzwoite wyrazy użyte przez sprawcę będą służyły zniewadze, nawoływaniu do wojny napastniczej itd. W takim wypadku przepisy art. 117 § 3 k.k., art. 133 k.k., art. 196 k.k., art. 216 § 1 k.k. będą miały zastosowanie z wyłączeniem art. 141 k.w., natomiast art. 10 k.w. znajdzie zastosowanie do zbiegu art. 141 k.w. z art. 190 k.k. i z art. 255 k.k.

Dodać należy, że podany tu katalog przestępstw i wykroczeń, których znamiona wyczerpywać może wykonanie graffiti, jest tylko przykładowy i nie pretenduje do kompletności.

W podsumowaniu niniejszych rozważań podkreślić należy, że w prawie polskim wykonanie graffiti z reguły rodzi odpowiedzialność za wykroczenie stypizowane w art. 63a k.w. Podstawą jej jest sporządzenie napisu lub rysunku w miejscu publicznym do tego nie przeznaczonym, bez zgody osoby uprawnionej. Przepis art. 63a k.w. będzie jednak wyeliminowany z kwalifikacji prawnej zachowania sprawcy, gdy zachowanie jego wyczerpuje dyspozycję art. 141 k.w. (napis lub rysunek zawiera treści nieprzyzwoite), art. 67 k.w. (autor graffiti uszkodził ogłoszenie instytucji państwowej, samorządowej lub społecznej, względnie artystycznej, rozrywkowej lub sportowej), art. 74 k.w. (poprzez wykonanie graffiti uległy uszkodzeniu lub stały się nieczytelne napisy ostrzegające o niebezpieczeństwie), art. 85 k.w. (uszkodzone zostało urządzenie ostrzegające o niebezpieczeństwie).

Przepisy art. 124 k.w. i art. 288 k.k. będą podstawą odpowiedzialności autora graffiti tylko wtedy, gdy wykonanie napisu lub rysunku skutkować będzie znisz-



czeniu lub uczynieniem niezdatną do użytku rzeczy<sup>54</sup>. Stosunkowo łatwo jest określić, kiedy mamy do czynienia ze zniszczeniem lub uszkodzeniem rzeczy. Oba te zachowania polegają na wywołaniu skutku w postaci uszczerplenia substancji rzeczy, przy czym jako zniszczenie określić należy uszczerplenie polegające na unicestwieniu rzeczy. Trudniej jest określić, na czym polega uczynienie rzeczy niezdatną do użytku. Wydaje się, że chodzi tu o spowodowanie takiej zmiany właściwości rzeczy, że nie można jej używać zgodnie z przeznaczeniem, natomiast zmiana taka nie polega na uszczerpleniu jej substancji. We wszystkich postaciach czynności sprawczej czyn z art. 124 k.w. i art. 288 k.k., popełniony w formie dokonania, łączyć się musi z wywołaniem szkody majątkowej, jak się wydaje, rozumianej jako suma *damnum emergens* i *lucrum cessans*. W przypadku uczynienia rzeczy niezdatną do użytku niewłaściwe jest, jak się wydaje, uzależnianie odpowiedzialności sprawcy za czyn z art. 124 k.w. lub art. 288 k.k. popełniony w formie dokonania od konieczności poniesienia przez pokrzywdzonego nakładów w celu przywrócenia normalnej użyteczności rzeczy. Do jej przypisania wystarczy, jeżeli pokrzywdzony został przez zachowanie sprawcy pozbawiony możliwości używania rzeczy zgodnie z jej przeznaczeniem i poniósł z tego tytułu szkodę majątkową.

Ponieważ przepisy art. 63a k.w. z jednej strony, zaś art. 124 k.w. i art. 288 k.k. z drugiej chronią różne dobra prawne (w pierwszym przypadku jest to porządek publiczny, w drugim mienie), nie eliminują się nawzajem, lecz powstały w ich przypadku zbieg rozstrzygać należy na gruncie odpowiednich przepisów regulujących takie przypadki (art. 9 § 1 k.w., art. 10 k.w.), o czym wyżej była mowa.

Dotychczasowe uwagi wykazały, że w przypadku wykonania graffiti czyn sprawcy podpadać może pod szereg przepisów tak kodeksu karnego, jak kodeksu wykroczeń. Wolno chyba wyrazić przypuszczenie, że kwalifikacja na podstawie art. 124 k.w. lub art. 288 k.k. będzie należała do rzadkości. Częściej spotykana będzie kwalifikacja na podstawie innych przepisów, wyżej podanych. Tym niemniej w konkretnym przypadku należy unikać nieprzemyślanego kwalifikowania czynu na podstawie przepisów chroniących porządek publiczny czy instytucje państwowe, samorządowe i społeczne (do czego w konkretnym przypadku łatwo może skłonić np. treść napisu bądź prosta konstatacja, że zachowanie sprawcy „ewidentnie” podpada pod przepis np. art. 63a k.w.), zanim nie wykluczy się, iż czyn wypełnia znamiona czynu skierowanego przeciwko mieniu. W przeciwnym razie kwalifikacja prawna zachowania sprawcy nie

---

<sup>54</sup> Należy raz jeszcze podkreślić, że dotyczy to przypisania odpowiedzialności za czyn popełniony w formie dokonania. Czyn taki popełniony w formie usiłowania nie będzie się łączył z wystąpieniem skutku.

będzie oddawała jego kryminalnej zawartości. W praktyce może nastęrczać trudności dostrzeżenie w zachowaniu autora graffiti znamion wykroczenia z art. 124 k.w. lub przestępstwa z art. 288 k.k. Dlatego oceniając z punktu widzenia prawa karnego i prawa wykroczeń wykonanie napisu lub rysunku na rzeczy cudzej należy zwrócić na ewentualną możliwość zastosowania jednego z tych dwóch przepisów szczególną uwagę.

*De lege ferenda* natomiast trzeba podkreślić niefortunność unormowania art. 51 projektu kodeksu wykroczeń z 17 lutego 2000 r. Przepis ten w projektowanym kształcie spowoduje praktycznie wyłączenie spod obszaru jakiegokolwiek karania sporej części autorów rysunków i napisów na murach. Posiada on brzmienie: „Kto umieszcza w miejscu publicznym, do tego nie przeznaczonym, ogłoszenie, plakat, afisz, apel, ulotkę, napis lub rysunek, jeżeli została tym wyrządzona szkoda majątkowa, podlega naganie albo grzywnie do 3000 złotych”. Jak wspomniano wyżej, ujęcie tego przepisu (wprowadzenie znamienia szkody majątkowej) wskazuje, że czyn ten skierowany jest przeciwko mieniu. Z kolei znamię miejsca („miejsce publiczne, do tego nie przeznaczone”) sugeruje, że czyn ten ma charakter wykroczenia przeciwko porządkowi publicznemu. Jak się wydaje, prawidłowe byłoby ujęcie go jako wykroczenia wyłącznie przeciwko porządkowi publicznemu. Taka zresztą jest intencja projektodawcy, bowiem omawiany przepis jest umieszczony w rozdziale VI zatytułowanym: „Wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu”. W obecnym kształcie przepis art. 51 projektu kodeksu wykroczeń z 17 marca 2000 r. jest hybrydą. Jego przedmiotem ochrony jest zarówno porządek publiczny, jak mienie. Generalnie jest to oczywiście dopuszczalne, ale w tym wypadku nie jest prawidłowe. Przepis art. 51 projektu w obecnym kształcie nie pozwala na wymierzanie kar za wykonywanie – nawet w miejscu publicznym – napisów lub rysunków, które nie skutkują szkodą<sup>55</sup>. Tymczasem w praktyce regułą jest, że wykonanie takich rysunków lub napisów nie powoduje szkody. Zatem unormowanie art. 51 projektu skutkuje depenalizacją znakomitej większości zachowań do tej pory zabronionych przez art. 63a k.w. z 1971 r. Wykreślenie z tego przepisu znamienia szkody nadałoby czynowi w nim opisanemu charakter „czystego” wykroczenia przeciwko porządkowi publicznemu, zapobiegając niepożądanemu z punktu widzenia polityki kryminalnej zawężeniu odpowiedzialności karnoadministracyjnej na zachowania w nim określone. Dlatego należy się opowiedzieć za wykreśleniem znamienia szkody z przepisu art. 51 projektu kodeksu wykroczeń.

<sup>55</sup> Należy się domyślać, że chodzi o szkodę majątkową. Na temat różnych znaczeń pojęcia „szkoda” w prawie karnym por. W. Kubała, *op. cit.*, s. 76.

Warto także zwrócić uwagę na to, że projekt kodeksu wykroczeń nie zawiera odpowiednika art. 141 obecnie obowiązującego k.w. z 1970 r., dotyczącego wykonania napisu lub rysunku o treści nieprzyzwoitej. Wydaje się, że nie jest słuszne zrezygnowanie przez autorów projektu z wprowadzenia doń tego typu wykroczenia. Przepis art. 141 k.w. stanowił *lex specialis* wobec art. 63a k.w. Przepisy te chroniły różne dobra prawne. Rezygnację z zamieszczenia w projekcie kodeksu wykroczeń odpowiednika art. 141 k.w. z 1970 r. należy odbierać jako tym bardziej niesłuszną w kontekście regulacji art. 51 projektu.



*Glosy*



Joanna Cieszkowska

## Glosa do uchwały SN z dnia 17 marca 2000 r., sygn. I KZP 58/99<sup>1</sup>

Z użytych w przepisie art. 242 § 3 k.k. słów „nie powróci do zakładu karnego najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu”, jak też z *ratio legis* tego przepisu wynika, że określone w nim przestępstwo ma charakter przestępstwa trwałego.

Omawiana uchwała Sądu Najwyższego rozstrzyga, moim zdaniem słusznie, że występki stypizowane w art. 242 § 3 k.k. jest przestępstwem trwałym. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy, za takim określeniem jego charakteru przemawiają interpretacja użytych w przepisie art. 242 § 3 terminów, jak i samo *ratio legis* wprowadzenia tego unormowania do k.k.<sup>2</sup> Ustawodawca odstąpił, co prawda, w tym przypadku od przyjętego powszechnie w kodeksie karnym sposobu ujmowania znamienia czasownikowego czynu zabronionego w trzeciej osobie liczby pojedynczej czasu teraźniejszego i określił zamię czynności czasownikowej w trzeciej osobie liczby pojedynczej czasu przyszłego. Odszedł w ten sposób, do czego oczywiście miał prawo, od tradycyjnego języka polskiego ustawodawstwa karnego. Ten sposób zredagowania, odstający od zwyczajowej formy, nie powinien jednak powodować trudności w ustaleniu znaczenia znamienia czynności czasownikowej czynu zabronionego. Organy stosujące prawo zobowiązane są bowiem w procesie wykładni, jeżeli zajdzie taka potrzeba, opierać się na pozajęzykowych dyrektywach interpretacyjnych oraz, tak jak w przypadku art. 242 § 3 k.k., na celu wprowadzenia regulacji. W świetle dyrektyw funkcjonalnych i *ratio legis* unormowania art. 242 § 3 k.k. zamię „nie powróci” oznaczało więc będzie „nie powrócił i nadal (wciąż) nie powraca”. W tym przypadku będzie chodziło o taką sytuację, w której stan bezprawny utrzymuje się przez cały okres niepowrotu do zakładu karnego. Moment, w którym upłynie termin powrotu z przerwy będzie stanowił czas dokonania występkę z art. 242 § 3 k.k. Nie będzie on jednak, jak trafnie wskazał Sąd

1 Uchwała została opublikowana w OSNKW 2000, nr 3–4, poz. 23. Taki sam pogląd na tle art. 242 § 2 k.k. wyraził SN w uchwale składu siedmiu sędziów SN z dnia 7 września 2000 r., I KZP 22/2000, OSNKW 2000, nr 9–10, poz. 79.

2 Punktem wyjścia w procesie wykładni przepisów prawa są dyrektywy językowe. Nie zawsze jednak pozwalają one na ustalenie właściwego znaczenia interpretowanych przepisów, to znaczy takiego, które byłoby merytorycznie słuszne – racjonalne. R. A. Stefański, Prawno-karna ocena stanu nietrzeźwości w ruchu drogowym, Prokuratura i Prawo 1999, nr 3, s. 34.

Najwyższy, stanowił jednocześnie jego momentu końcowego<sup>3</sup>. Z chwilą upływu terminu określonego w ustawie nie przestanie istnieć obowiązek powrotu sprawcy do zakładu karnego. Dlatego też przestępstwo zostanie zakończone dopiero z chwilą stawienia się sprawcy w zakładzie karnym. Odmienne ustalenie znaczenia znamienia czynności czasownikowej występku z art. 242 § 3 k.k. stanowiłoby podstawę dla kwestionowania twierdzenia o racjonalności ustawodawcy. Gdyby bowiem przyjąć, że zgodnie z dyrektywami językowymi i tradycją polskiego ustawodawstwa karnego rozumie on znamię „nie powróci” tak, jak znamiona „zabija” z art. 148 § 1–4 k.k., „zabiera” z art. 278 § 1 k.k., to należałoby uznać, że czasem popełnienia występku z art. 242 § 3 k.k. jest moment, w którym upłynął termin powrotu do zakładu karnego i chwila ta byłaby zarówno czasem dokonania przestępstwa, jak czasem jego zakończenia. Należy wyraźnie opowiedzieć się przeciwko takiemu rozumieniu terminu „nie powróci” i przyjąć takie znaczenie tego pojęcia, jakie przyjął Sąd Najwyższy w głosowanej uchwale. Zajęcie takiego stanowiska ma istotne znaczenie praktyczne. Chociaż bowiem kwestia zakwalifikowania jakiegoś występku jako przestępstwa trwałego należy do podziału przestępstw, a więc zagadnień doktrynalnych, to ma ona daleko idące skutki praktyczne. Sąd Najwyższy wskazał w uzasadnieniu głosowanej uchwały tylko na niektóre z nich, mianowicie te, które związane są z określeniem czasu popełnienia przestępstwa, współdziałaniem przestępnym oraz możliwością podjęcia działań w obronie koniecznej.

Istota występku z art. 242 § 3 k.k. – jak słusznie zaznaczył Sąd Najwyższy – polega na uchylaniu się skazanego od obowiązku stawienia się w zakładzie karnym w celu odbycia reszty kary pozbawienia wolności i przebywania bez usprawiedliwionej przyczyny na wolności. Przestępstwo to zostaje więc dokonane wówczas, gdy sprawca nie powróci w wymaganym terminie – 3 dni po upływie wyznaczonej daty – bez usprawiedliwienia do zakładu karnego<sup>4</sup>. Jego zakończenie przypadało zaś będzie na moment często późniejszy (nawet bardzo). Stan bezprawny może bowiem utrzymywać się nawet kilka lat i zakończyć w chwili, gdy sprawca stawi się w zakładzie karnym, aby odbyć resztę kary. Zgodzić się należy z poglądem wyrażonym przez Sąd Najwyższy, że nie będzie przy tym miał żadnego znaczenia dla zakończenia przestępstwa fakt, czy owo stawienie się będzie miało charakter dobrowolny, czy przymusowy<sup>5</sup>. W przy-

<sup>3</sup> Patrz: A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 84.

<sup>4</sup> W. Dadał, Przestępstwo tzw. „niepowrotu” do zakładu karnego lub aresztu śledczego (art. 242 § 2 k.k.), *Przegląd Więziennictwa Polskiego* 1999, nr 24–25, s. 22–23.

<sup>5</sup> Należy się zgodzić z poglądem W. Dadała, że nie ma to znaczenia z punktu widzenia zrealizowania znamion przestępstwa, natomiast ma znaczenie przy wymiarze kary. W. Dadał, *op. cit.*, s. 16.

padku dobrowolnego powrotu do zakładu karnego nie będą też miały znaczenia motyw i pobudki, które kierowały działaniem sprawcy. Do przymusowego stawiennictwa dojdzie wówczas, gdy nastąpi ingerencja organów ścigania. Ujęcie takiego sprawcy według mnie należy oceniać w kategoriach „ujęcia na gorącym uczynku” w rozumieniu art. 243 § 1 k.p.k.<sup>6</sup>. Instytucja ta ma zastosowanie do przypadków zatrzymania sprawcy w momencie usiłowania lub dokonania przez niego czynu zabronionego. W odniesieniu do sprawcy występku stypizowanego w art. 242 § 3 k.k. widoczna jest stale aktualizowana i obecna wola nie powracania do zakładu karnego. Dlatego też zatrzymanie takiego sprawcy powinno być klasyfikowane jako „ujęcie na gorącym uczynku”<sup>7</sup>.

Ponieważ moment dokonania przestępstwa przez sprawcę uchylającego się od odbycia reszty kary nie pokrywa się w tym wypadku z momentem zakończenia czynu, bieg terminów przedawnienia będzie liczony w sposób odmienny, aniżeli w przypadku większości stypizowanych w k.k. przestępstw. Terminy te nie będą więc bieżyć od momentu dokonania przestępstwa, lecz od momentu jego zakończenia, to jest od chwili uchylenia stanu bezprawnego. Przyjęcie odmiennej koncepcji mogłoby w rezultacie doprowadzić do takiej oto sytuacji, że termin przedawnienia minąłby, zanim został uchylony stan przeciwny. Takie rozwiązanie byłoby irracjonalne i niezgodne z ocenami prawnymi i społecznym poczuciem sprawiedliwości.

Kolejną konsekwencją uznania występku z art. 242 § 3 k.k. za przestępstwo trwałe jest to, że do sprawcy, który bez usprawiedliwienia nie powrócił do zakładu karnego, nie będą miały zastosowanie ustawy amnestyjne i abolicyjne wydane przed momentem uchylenia stanu bezprawnego. Nie znajdzie do niego również zastosowania art. 4 § 1 k.k. dotyczący zmiany ustawy karnej w czasie. Jeżeli bowiem sprawca występku z art. 242 § 3 k.k. wywołał stan bezprawny pod rządami jednej ustawy, a stan ten zostanie uchylony pod rządami innej ustawy, to zastosowanie wobec niego znajdzie ta nowa ustawa i w jej świetle oceniany będzie jego czyn. Taka właśnie sytuacja miała miejsce w przypadku, który stał się podstawą dla sformułowania pytania prawnego przez Sąd Okręgowy.

Przyjęcie, że występki z art. 242 § 3 k.k. ma charakter trwały, posiada znaczenie dla oceny kwestii współdziałania przestępczego do tego przestę-

---

6 M. Mozgawa, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo pozbawienia wolności* (art. 165 k.k.), Lublin 1994, s. 138–140.

7 J. Grajewski, (w:) J. Grajewski, E. Skrętowicz, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Gdańsk 1996, s. 164; R. A. Stefański, (w:) Z. Gostyński (red.), *Komentarz. Kodeks postępowania karnego*, Warszawa, s. 619–620; J. Tyłman, (w:) T. Grzegorzczak, J. Tyłman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 1999, s. 503.



pstwa. Jak długo będzie trwał stan przeciwny, tak długo będzie możliwe pomocnictwo do czynu z art. 242 § 3 k.k.<sup>8</sup>. Wydaje się też pojęciowo możliwe współsprawstwo przy tego rodzaju przestępstwie. Oczywiście wspólnie i w porozumieniu będą w tej sytuacji działali sprawcy – na mocy orzeczenia sądowego pozbawienie wolności – którzy wbrew obowiązkowi nie powrócili w odpowiednim terminie do zakładu karnego<sup>9</sup>. Należy dopuścić ich działanie we współsprawstwie zarówno w razie wejścia w porozumienie i ustalenia wspólnego niepowrotu przed opuszczeniem zakładu karnego, jak i już w czasie wykonywania przestępstwa. W tym ostatnim przypadku mielibyśmy do czynienia ze współsprawstwem sukcesywnym<sup>10</sup>. Ujęcie strony podmiotowej występku z art. 242 § 3 k.k. uniemożliwia natomiast jego popełnienie w postaci zjawiskowej przez ekstraneusa<sup>11</sup>. Oczywiście jest, że sprawcy tego występku w razie ujęcia go nie będzie przysługiwało prawo do obrony koniecznej. Nie służy ono bowiem przed działaniem prawnym, a jedynie przed bezpośrednim bezprawnym zamachem na dobro chronione prawem<sup>12</sup>.

Sąd Najwyższy w glosowanej uchwale słusznie też uznał, że sprawca, który dokonał czynu zabronionego pod rządem dawnego k.k. z 1969 r. nie może powoływać się na nieświadomość bezprawności swego działania, a więc nie może korzystać z instytucji określonej w art. 30 k.k. z 1997 r. Przepis ten dotyczy tylko tych przypadków, gdy sprawca nie wie, że jego czyn jest sprzeczny z obowiązującym porządkiem prawnym – jakkolwiek dziedziną prawa<sup>13</sup>. W tym wypadku tak nie jest. Przed wejściem w życie k.k. z 1997 r. czyn z art. 242 § 3 k.k. był bezprawny w świetle unormowań prawa karnego wykonawczego<sup>14</sup>.

8 A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. I, Gdańsk 1999, s. 275. Słusznie wskazuje więc W. Dadał, że w tym wypadku wyłączona będzie odpowiedzialność za poplecznictwo (art. 239 k.k.). Odpowiedzialność z tego przepisu możliwa jest tylko w sytuacji udzielenia pomocy sprawcy przestępstwa po jego zakończeniu. Skoro zaś przestępstwo nie zostało jeszcze zakończone, możliwe jest jedynie pomocnictwo do niego. W. Dadał, *op. cit.*, s. 22–23.

9 W. Dadał, *op. cit.*, s. 18; S. Leleń, O interpretacji niektórych znamion przestępstwa „niepowrotu” do zakładu karnego (art. 242 § 2 k.k.), *Przegląd Więziennictwa Polskiego* 1999, nr 24–25, s. 30.

10 A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 73.

11 L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2000, s. 89.

12 A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 12.

13 A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Komentarz do k.k. Część ogólna*, Kraków 1998; A. Wąsek, *op. cit.*, s. 373.

14 Patrz art. 68 k.k.w. z 1969 r.

Wojciech Cieślak

## Glosa do wyroku SA w Lublinie z dnia 16 czerwca 1999 r., sygn. II AKa 89/99<sup>1</sup>

**Wprowadzenie w art. 282 k.k., jako sposobu wymuszenia rozbójniczego, również „przemocy” wskazuje, że w sytuacji, gdy była to przemoc pośrednia, a więc nie skierowana przeciwko osobie, także natychmiastowe rozporządzenie mieniem (przez jego wydanie) będzie stanowiło przestępstwo z art. 282 k.k.**

Analiza powyższej tezy wymaga naszkicowania stanu faktycznego, na gruncie którego orzeczenie to zostało wydane. Otóż, Sąd Apelacyjny rozpoznawał apelację od wyroku Sądu Wojewódzkiego w Lublinie z dnia 21 grudnia 1998 r., zgodnie z którym sprawcy A. S., R. T., R. Ch., A. P. i T. S. zostali uznani za winnych czterech rozbójów, dokonanych w lipcu i sierpniu 1997 r. na terenie ówczesnego województwa bielskopodlaskiego. Sposób działania sprawców w każdym wypadku był podobny: blokowali oni drogę publiczną, zmuszając do zatrzymania się osoby podróżujące samochodami osobowymi, a następnie, grożąc pokrzywdzonym zniszczeniem pojazdu, zabierali w celu przywłaszczenia pieniądze. Czyny te zostały zakwalifikowane przez sąd pierwszej instancji jako roboje. Apelacje zarówno prokuratora, jak i obrońcy jednego z oskarżonych dotyczyły wymiaru kary.

Sąd Apelacyjny uznając, „że z mocy art. 434 § 2 k.p.k. i 440 k.p.k. zgodnie z zasadą prawdy materialnej i trafnego orzekania sąd odwoławczy ma prawo i obowiązek zbadania sprawy pod względem merytorycznym i prawnym – nie tylko w granicach środka odwoławczego, ale również z urzędu – niezależnie od tych granic, ilekroć ustawa to przewiduje – w celu stwierdzenia, czy nie zachodzi potrzeba orzeczenia na korzyść oskarżonego, chociaż środek odwoławczy wniesiono na jego niekorzyść i to w oparciu o każdą z podstaw wymienionych w art. 438 k.p.k.”, uchylił zaskarżony wyrok stwierdzając, iż orzeczenie to jest rażąco nieprawidłowe w niezaskarżonej części. Jak wynika z wywodów zawartych w glosowanym orzeczeniu, podstawą tej decyzji była odmienna w stosunku do przyjętej przez Sąd Okręgowy kwalifikacja prawna czynów zarzucanych sprawcom. Otóż, Sąd Apelacyjny uznał, iż działania oskarżonych wypełniły znamiona nie przestępstwa roboju (art. 280 § 1 k.k.), lecz wymuszenia rozbójniczego (art. 282 k.k.). Jak można wnosić z treści publikowanej tezy oraz

---

<sup>1</sup> Apelacja Lubelska 1999, nr 4, s. 29.

z uzasadnienia wyroku podstawową przesłanką dla wysnucia takiego wniosku była konfrontacja poczynionych przez Sąd Okręgowy ustaleń faktycznych (z których wynikało, że oskarżeni zastosowali wobec swych ofiar tzw. przemoc pośrednią [„poprzez rzecz”] w postaci zablokowania pasa ruchu i zmuszenia do zatrzymania oraz groźbę takiej przemocy, tj. zapowiedź uszkodzenia pojazdów w wypadku niepodporządkowania się poleceniu wydania posiadanych pieniędzy) z ustawowymi znamionami typów czynów zabronionych określonych w art. 280 § 1 k.k. i art. 282 k.k. Sąd Apelacyjny sformułował przy tym dwie trafne, a z punktu widzenia praktyki niezwykle istotne uwagi, które mogą być pomocne przy rozwiązywaniu sytuacji kolizyjnych, gdy w grę wchodzi wątpliwość, czy określone działanie sprawców należy traktować jako rozbój, czy wymuszenie rozbójnicze.

Należy wskazać, iż kodeks karny z 1997 r. wprowadził istotne zmiany w opisie typów czynów zabronionych określających tzw. przestępstwa rozbójnicze, a w tym rozbój i wymuszenie rozbójnicze<sup>2</sup>. Z istotniejszych odnotujmy takie, jak usunięcie w charakterystyce rozboju dyskusyjnego w brzmieniu art. 210 § 1 d.k.k. pojęcia „gwałtu na osobie”<sup>3</sup>, które zostało zastąpione w art. 280 § 1 k.k. zwrotem „przemoc wobec osoby”; dodanie w art. 282 k.k., określającym wymuszenie rozbójnicze, „przemocy” (bez dalszego rozwinięcia) jako alternatywnego znamienia instrumentalnego, czy dodanie znamienia skutku w postaci „doprowadzenia do (...) zaprzestania działalności gospodarczej”. Te w zasadzie racjonalne zmiany nie doprowadziły jednak, jak się wydaje, do jasnego rozgraniczenia pomiędzy rozbojem a wymuszeniem rozbójniczym, a nawet nieco zaciemniły obraz, w myśl zasady, że im więcej elementów wspólnych, tym więcej okazji do sporów. Rzecz jasna, taka sytuacja jest dla

2 Pojęcie „przestępstwa rozbójnicze” nie występuje w kodeksie karnym ani w innych aktach prawnych; jest ono wytworem języka prawniczego i używa się go na oznaczenie tej grupy przestępstw przeciwko mieniu, które z uwagi na użycie takich środków przymusu jak przemoc, czy groźba stanowią także zamach na takie dobra prawnie chronione, jak wolność, życie i zdrowie. Do grupy tej zalicza się: rozbój (art. 280 § 1 k.k.), kradzież rozbójniczą (art. 281 k.k.), wymuszenie rozbójnicze (art. 282 k.k.) oraz rozbójniczy zabór pojazdu mechanicznego w celu krótkotrwałego użycia (art. 289 § 3 k.k.); zob. O. Górniok, D. Pleńska, System prawa karnego, t. IV: O przestępstwach w szczególności, cz. II, Ossolineum, 1989, s. 424; S. Łagodziński, Przestępstwa rozbójnicze – wybrane zagadnienia, Prokuratura i Prawo 1999, nr 11–12, s. 72; W. Cieślak, Przestępstwa rozbójnicze i ich wzajemne relacje na tle kodeksu karnego z 1997 r., Gdańskie Studia Prawnicze, t. VII, 2000, s. 133 i nast.

3 Tego znamienia (bezpośrednio albo w kontekście rozgraniczenia pomiędzy rozbojem a kradzieżą szczególnie zuchwałą) dotyczyło wiele publikowanych orzeczeń Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych z lat 1972–1998 oraz wiele glos, np.: K. Daszkiewicz, OSP 2000, nr 3, poz. 46; J. Satko, Prokuratura i Prawo 1996, nr 2–3, s. 98; W. Cieślaka, Prokuratura i Prawo 1995, nr 10, s. 75; S. Łagodzińskiego, Prokuratura i Prawo 1996, nr 12, s. 75. Zagadnienie to było poruszane także w wielu innych publikacjach.

praktyki impulsem dla poszukiwania pewnych „elementów diagnostycznych”, które mogłyby być pomocne przy rozstrzygnięciu wątpliwości związanych z doborem właściwej kwalifikacji prawnej czynu i rezultatem takich właśnie poszukiwań jest wypowiedź zawarta w tezie glosowanego orzeczenia.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w nowym stanie prawnym pomocne przy rozstrzygnięciu kolizji pomiędzy kwalifikacją z art. 280 § 1 k.k. i art. 282 k.k. może być określenie, jaki charakter miała przemoc zastosowana przez sprawcę jako narzędzie realizacji przestępczych zamierzeń: jeżeli jest to tzw. przemoc pośrednia, tj. zgodnie z wywodami zamieszczonymi w dalszej części wyroku przemoc poprzez rzecz (w tym wypadku zablokowanie pasa ruchu i zmuszenie w ten sposób do zatrzymania), mamy do czynienia z wymuszeniem rozbójniczym, jeżeli zaś sprawcy zastosowali „przemoc wobec osoby”, to znaczy taką, jak stwierdza Sąd Apelacyjny z powołaniem się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 10 grudnia 1998 r., I KZP 22/98, OSNKW 1999, nr 1–2, poz. 2 oraz pogląd L. Gardockiego, która „może polegać tylko na bezpośrednim fizycznym oddziaływaniu na człowieka, która uniemożliwia opór lub go przełamuje albo wpływa na kształtowanie się jego woli przez zastosowanie fizycznej dolegliwości”, to mamy wówczas do czynienia z rozbojem. Na wstępie należy podkreślić, iż powołane przez Sąd Apelacyjny orzeczenie Sądu Najwyższego zostało wydane na tle odmiennego stanu faktycznego niż ten, którego dotyczyły uwagi zawarte w uzasadnieniu wspomnianej uchwały, w której chodziło o pojęcie „przemocy wobec osoby” jako znamienia przestępstwa zmuszania do określonego zachowania się w jego nowej, wystawionej w art. 191 § 1 k.k. z 1997 r. postaci. Zasadnicza wykładnia Sądu Najwyższego dotycząca art. 191 § 1 k.k. jednoznacznie wyłącza stosowanie tego przepisu w wypadkach zmuszania drogą przemocy pośredniej przez rzecz, które to zachowanie nie jest obecnie penalizowane (chyba że wypełnia znamiona innego typu czynu zabronionego, np. zniszczenia mienia). Sąd Najwyższy zaznacza także, że nowy kodeks karny wyraźnie odróżnia „przemoc” od „przemocy wobec osoby” stwierdzając: „Gdyby więc «przemoc» i «przemoc wobec osoby» były pojęciami o tym samym zakresie przedmiotowym, to posłużenie się tymi pojęciami – jako tożsamymi – w tej samej ustawie byłoby niezrozumiałe i niedopuszczalne z punktu widzenia techniki legislacyjnej”. Dodajmy, iż te same względy, na które wskazuje Sąd Najwyższy, jednoznacznie przemawiają za tym, że ten sam zwrot nie powinien mieć różnej treści w różnych przepisach tego samego aktu prawnego. Tak więc należy zgodzić się ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, którego zdaniem uwagi zawarte w uchwale SN dotyczące „przemocy” i „przemocy wobec osoby” w kontekście art. 191 § 1 k.k., można odnieść odpowiednio do kwestii dotyczących rozgraniczenia pomiędzy zakresami zachowań kwalifikowanych z art. 280

§ 1 k.k. i z art. 282 k.k. Można także, moim zdaniem, zaakceptować myśl zawartą w pierwszej części przytoczonej na wstępie tezy, tj. iż w takiej sytuacji, gdy sprawca powodowany chęcią osiągnięcia korzyści majątkowej zastosował przemoc pośrednią poprzez rzecz, aby zmusić pokrzywdzonego do wydania mienia, właściwą kwalifikacją jego czynu będzie art. 282 k.k. (wymuszenie rozbójnicze), a nie art. 280 § 1 k.k. (rozbój). Warto, jak sądzę, przytoczyć tutaj pogląd wyrażony przez A. Zolla w głosie do uchwały SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I KZP 22/98<sup>4</sup>: „Kodeks karny z 1997 r. używa wyrażenia «przemoc wobec osoby» w art. 191 § 1, art. 280 i 281. Szczególnie kontekst, w jakim występuje to znamię w art. 280 § 1 i 2 k.k. wskazuje, że «przemoc wobec osoby» musi być rozumiana wąsko, jako przemoc polegająca na bezpośrednim fizycznym oddziaływaniu na ciało człowieka. Przemoc tak rozumiana może przybrać postać *vis absoluta* wtedy, gdy zastosowanie siły fizycznej wobec jego ciała pozbawi pokrzywdzonego możliwości swobodnego ruchu, jak i *vis compulsiva* wtedy, gdy zastosowanie siły fizycznej oddziałującej bezpośrednio na ciało człowieka zmusza go do podjęcia decyzji o określonej treści, oczekiwanej przez stosującego przemoc. Nie ma żadnych podstaw, aby przyjąć, że znamię «przemoc wobec osoby» w art. 191 § 1 k.k. użyte zostało w innym znaczeniu niż w art. 280 § 1 k.k.»

Nie sposób jednak nie zauważyć głosów tych autorów, których wypowiedzi zdają się wskazywać, iż do sformułowania powszechnie akceptowanych reguł pozwalających na rozgraniczenie „przemocy” od „przemocy wobec osoby” jest jeszcze daleko i którzy w związku z tym podnoszą wątpliwości, czy określenie formy zastosowanej przemocy może być niezawodnym wskaźnikiem, który umożliwi rozstrzygnięcie, czy mamy do czynienia ze zmuszaniem do określonego zachowania się (art. 191 k.k.), albo, odpowiednio, z rozbójem (art. 280 k.k.) czy wymuszeniem rozbójniczym (art. 282 k.k.). Odnotujmy tu wypowiedzi D. Wysockiego (glosa do uchwały SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I KZP 22/98)<sup>5</sup>, który wskazując na złożoność oddziaływania przemocy jako środka przymusu, zaznacza, iż częstokroć działania nakierowane bezpośrednio na rzecz, automatycznie i bezpośrednio przenoszą się na osobę i przysparzają jej dolegliwości, czy M. Filara (glosa do uchwały SN z dnia 10 grudnia 1998 r., I KZP 22/98)<sup>6</sup>, który stwierdza: „Jeśli nawet ustawodawca miał rzeczywiście intencję rozróżniania [w art. 191 k.k.] czynów polegających na zmuszaniu za pośrednictwem «przemocy wobec osoby» od czynów polegających na zmuszaniu za pośred-

4 OSP 1999, nr 5, poz. 93.

5 OSP 1999, nr 4, poz. 68.

6 PiP 1999, nr 8, s. 113.

nictwem «przemocy» w ogóle (co miałyby oznaczać wyeliminowanie z pierwszej kategorii czynów polegających na stosowaniu przemocy za pośrednictwem rzeczy), intencja ta mu się nie powiodła. Przemoc, co starano się wykazać, jest zawsze «przemocą wobec osoby», niezależnie od tego, czy się to pisze, czy nie w treści normy. A jeśli tak, to dla bytu przestępstwa nie ma znaczenia przez co się oddziałuje na wolę zmuszanego”. Choć wydaje się, iż przyczyną większości spośród podnoszonych zastrzeżeń są rozbieżności natury terminologicznej oraz brak jednolitego określenia zakresu pojęć (w szczególności rzecz wydaje się dotyczyć pomieszania „przemocy” z „przymusem” i z kolei wyróżniania „przymusu fizycznego” i „psychicznego” oraz „przymusu absolutnego” i „kompulsywnego”), to jednak już teraz wydaje się pewne, że problematyka rozgraniczenia „przemocy” i „przemocy wobec osoby” będzie powracać jeszcze wielokrotnie. Tym bardziej, iż rzecz dotyczy zagadnień mających z punktu widzenia praktyki znaczenie istotne, zaś na gruncie konkretnej sprawy, gdy na sporne kryteria rozróżniania form przemocy nakładają się jeszcze problemy natury dowodowej, określenie rodzaju przemocy, jaką zastosował sprawca, będzie bardzo trudne. Ba, niekiedy będzie to wprost niemożliwe, jak np. gdy sprawca żądając od kobiety wydania zegarka, zacznie szarpać cenne futro, które ofiara ma na sobie. Obrona będzie z pewnością twierdzić, iż to tylko przemoc skierowana na rzecz, bo przecież bezpośrednio przeciwko rzeczy nakierowane jest działanie sprawcy i ma on na celu zmuszenie pokrzywdzonej obawiającej się zniszczenia futra do wydania mniej cennego zegarka. Prokurator zaś chyba nie zapomni powołać się na wywód Sądu Apelacyjnego w Krakowie zawarty w uzasadnieniu wyroku z 12 sierpnia 1999 r., II AKa 59/99<sup>7</sup>: „Przemoc wobec osoby to także działanie poprzez rzecz, jeśli użycie przemocy narusza nietykalność ciała człowieka, powodując dolegliwość fizyczną. Wyszarpkiwanie rzeczy z rąk ofiary, zrywanie ich (np. kolczyków, zegarka, odzieży) jest formą przymusu wobec osoby, gdy ofiara może przeciwstawić się zaborowi. Chodzi tu bowiem o zabór wbrew woli posiadacza rzeczy, a nie mimo jego woli, jak w przypadkach nagłego wyrwania rzeczy, przy wykorzystaniu zaskoczenia ofiary. Inną kwestią jest tzw. przemoc pośrednia, eliminowana w art. 191 § 1 k.k., owe przypadki zastawiania drogi, zmiany zamków we wspólnym mieszkaniu, wyłączenia elektryczności, które zostały zdepenalizowane. Pominięcie w kodeksie karnym występku kradzieży szczególnie zuchwałej (art. 208 d.k.k.) sprawia, że niektóre zachowania tego typu wyczerpują obecnie znamiona rozboju (art. 280 § 1 k.k.)”.

---

<sup>7</sup> KZS 1999, nr 8–9, poz. 45.

Takich wypadków, w których, pomimo czynionych przez sąd czy prokuratora starań, powstają wątpliwości co do rodzaju użytej przez sprawcę przemocy, będzie naturalnie znacznie więcej. I w tych właśnie sytuacjach szczególnie przydatne okażą się inne kryteria, zgodnie z którymi rozstrzygamy kolizję: rozbój, czy wymuszenie rozbójnicze. Na jedno z owych kryteriów wskazuje wprost ostatni fragment powołanej tezy Sądu Apelacyjnego: w rozboju mamy do czynienia z aktywnym sprawcą (zabór w celu przywłaszczenia, wyrażony w typie czynu zabronionego z art. 280 § 1 k.k. syntetycznie słowem „kradnie”); bezpośrednim skutkiem działania sprawcy wymuszenia jest natomiast aktywne zachowanie pokrzywdzonego, jakim jest (alternatywa pierwsza) rozporządzenie mieniem, przy czym, jak słusznie stwierdza Sąd Apelacyjny, takim rozporządzeniem może być także niezwłoczne wydanie mienia. Ta ostatnia uwaga jest, moim zdaniem, szczególnie warta zaakcentowania, zrywa bowiem z mylną, a przez lata automatycznie powtarzaną tezą, która przewijała się w orzecznictwie i piśmiennictwie. Przypomnijmy, że pod rządem k.k. z 1969 r. szczególne wątpliwości i dyskusje wywoływał nierzadki przecież w praktyce przypadek polegający na tym, że sprawcy, w obliczu trudności ze znalezieniem spodziewanych pieniędzy lub kosztowności, wymuszali na pokrzywdzonym, za pomocą przemocy lub groźby, wydanie im poszukiwanych wartości. Rysowała się wtedy wątpliwość: rozbój to, czy może jednak wymuszenie rozbójnicze, skoro w podanym tu przypadku nie było, ściśle biorąc, zaboru, lecz było niewątpliwie wymuszenie i było rozporządzenie mieniem, chociaż rażąco wadliwe, bo wymuszone (*coactus voluit, tamen voluit*)? Sąd Najwyższy rozstrzygnął ten problem na rzecz przyjęcia rozboju, akcentując istotny dla tego typu czynu (art. 210 § 1 d.k.k.) element „natychmiastowości”; jeżeli pokrzywdzeni wydali mienie bezpośrednio po zastosowaniu przez sprawców środków przymusu, miał miejsce rozbój, jeżeli zaś pomiędzy działaniem sprawców i wymuszonym wydaniem upłynął jakiś czas (choć nie bardzo wiadomo było, jaki), to należało przyjąć wymuszenie. Sąd odnosił jednak to znamię do („natychmiastowego”) przyjęcia przez sprawcę wymuszanego mienia<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Tak więc w wyroku z 1 października 1971 r., III KR 135/71 (nie publ.) Sąd Najwyższy przyjął, że „przy zbrodni z art. 210 k.k. mienie przechodzi natychmiast w posiadanie sprawcy (...), natomiast przy występku z art. 211 k.k. (...) pokrzywdzony rozporządza tym mieniem na przyszłość i ma jeszcze możliwość jego uratowania i niewydania sprawy”. Podobnie na podstawie jeszcze k.k. z 1932 r., postanowienie SN z 2 marca 1970 r., U. V KRN 25/70, OSNKW 1970, poz. 84; wyrok SN z 14 października 1970 r., I KR 126/70 (nie publ.); wyrok SN z 2 marca 1971 r., V KRN 25/71 – z powołaniem się na „ustaloną judykaturę SN” (nie publ.); wyrok SN z 30 marca 1972 r., II KR 350/71, OSNPG 1972, poz. 130; wyrok SN z 31 stycznia 1972 r., IV KR 403/73 (nie publ.); wyrok SN z 30 listopada 1978 r., U II KR 248/78, OSNKW 1979, poz. 52 oraz M. Cieślak, Z. Do da, Przegląd orzecznictwa, Paestra 1989, nr 2, s. 34; wyrok SN z 3 września 1981 r., U II KR 232/81, OSNKW 1982, poz. 23; wyrok SN z 24 czerwca 1986 r.,

Była to wykładnia dowolna, gdyż rzucało się w oczy, że przepis art. 210 d.k.k., za pomocą zwrotu: „grozi jego natychmiastowym użyciem” łączył przecież „natychmiastowość” nie z wydaniem rzeczy, lecz z użyciem gwałtu<sup>9</sup>, tak jak to czyni obecny przepis art. 280 § 1 k.k., gdzie mówi się o groźbie natychmiastowego użycia przemocy. Zresztą, samo pojęcie natychmiastowości było różnie interpretowane, przy czym rozbieżności te datują się jeszcze z czasów, gdy obowiązywał k.k. z 1932 r. I tak wedle J. Makarewicza, groźba natychmiastowego gwałtu na osobie oznacza zapowiedź takiego gwałtu, który ma nastąpić natychmiast po wypowiedzeniu groźby<sup>10</sup>. Zdaniem zaś K. Daszkiewicz, natychmiastowość gwałtu na gruncie k.k. z 1932 r. „oznacza, że pokrzywdzony dla zapobieżenia niebezpieczeństwu winien podjąć natychmiastowe środki”<sup>11</sup>. Pomimo prób uściślenia „natychmiastowość” pozostawała – tak jak każda nieokreślona miara ilościowa – przedmiotem oceny w konkretnym przypadku. W wielu opracowaniach podejmowano próbę rozwiązania problemu rozgraniczenia między rozbojem a wymuszeniem rozbójniczym w tych sytuacjach, w których ofiara oddawała mienie napastnikowi poprzez przeciwstawienie pojęć „wydania” (mienia) i „rozporządzenia” (mieniem), przy czym pierwsze z nich wchodziłoby (alternatywnie z zachowaniem się polegającym na własnoręcznym zaborze mienia) w zakres przestępstwa rozboju, drugie zaś byłoby znamieniem wymuszenia rozbójniczego. Podnoszono, że wydanie mienia oznacza natychmiastowe przeniesienie posiadania, wobec czego nie może być równoważne z rozporządzeniem mieniem w rozumieniu art. 211 d.k.k. (tak samo w art. 282 k.k.), które ma polegać na podjęciu przez pokrzywdzonego zobowiązania do przeniesienia określonego prawa oraz, co jednak nie zawsze jest dla bytu tego przestępstwa konieczne, na przeniesieniu posiadania rzeczy w przyszłości, choćby nawet nieodległej<sup>12</sup>. Dla potwierdzenia tej tezy podawano

---

IV KR 161/86, OSNPG 1987, poz. 45; wyrok SN z 28 kwietnia 1989 r., V KRN 74/89, OSNPG 1989, poz. 113; wyrok SA w Krakowie z 14 marca 1991 r., II Ak 18/91, KZS 1991, nr 3, poz. 16; wyrok SA w Białymstoku z 4 lipca 1991 r., II Ak 41/91, OSA 1992, nr 2, poz. 12; wyrok SA w Poznaniu z 4 lutego 1993 r., II Ak 36/93, OSA 1993, nr 6, poz. 31; wyrok SA w Rzeszowie z 23 lutego 1995 r., II Ak 16/95, Prokuratura i Prawo 1995, nr 7–8, poz. 24; wyrok SN z 13 października 1995 r., II KRN 118/95, Prokuratura i Prawo 1996, nr 4, poz. 9 oraz Z. Cwiąkałski, A. Zoll, Przegląd orzecznictwa, Przegląd Sądowy 1993, nr 5, s. 76.

<sup>9</sup> Tak trafnie wyrok SN z 13 października 1995 r., II KRN 118/95, Prokuratura i Prawo 1996, nr 4, poz. 9.

<sup>10</sup> J. Makarewicz, Komentarz do kodeksu karnego, Lwów 1938, s. 593.

<sup>11</sup> K. Daszkiewicz, Głosa do wyroku SN z 23 kwietnia 1967 r., V KRN 23/67, OSPIKA 1967, poz. 215.

<sup>12</sup> M. Siewierski, Kodeks karny i prawo o wykroczeniach, wyd. 9, Warszawa 1965, s. 354 i 355; W. Świda, (w:) I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 645; J. Bafia, (w:) J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1987, s. 296; W. Świda, Prawo karne, Warszawa 1989,



zazwyczaj argument, iż o władnięcie mieniem przez sprawcę, choć następuje zazwyczaj krótko po dokonaniu rozporządzenia przez pokrzywdzonego, nie jest warunkiem koniecznym dla bytu przestępstwa wymuszenia rozbójniczego. Jeżeli skutek w postaci zmuszenia do rozporządzenia mieniem nastąpił, a o władnięcie mieniem przez sprawcę miało miejsce, to i tak wymuszenie to traktuje się jako dokonane<sup>13</sup>. W tym przeciwstawieniu wydania mienia rozporządzeniu mieniem przywoływano także argument niższego ustawowego zagrożenia wymuszenia rozbójniczego w porównaniu z rozbojem.

To zaś niższe zagrożenie karą miało być uzasadnione niższym stopniem społecznego niebezpieczeństwa wymuszenia rozbójniczego, głównie z tego względu, że pokrzywdzony, rozporządzając mieniem na przyszłość – a nie jak w wypadku rozboju, wydając je sprawcy natychmiast po użyciu groźby – ma szansę podjęcia bardziej skutecznego przeciwdziałania, chociażby przez zawiadomienie organów ścigania<sup>14</sup>. Nie byłoby powodu, aby przypominać tak szeroko poglądy formułowane na tle poprzedniego stanu prawnego, gdyby nie to, że same zmiany, jakie przyniósł nowy kodeks karny w zakresie opisu rozboju i wymuszenia rozbójniczego, nie stanowią dostatecznego impulsu do ich rewizji, a nawet (siła tradycji w orzecznictwie jest wielka) można domniemywać, iż będą one powtarzane, czego najlepszym dowodem jest wyrok Sądu Najwyższego z 16 grudnia 1999 r., IV KKN 478/99<sup>15</sup>, gdzie czytamy: „Zachowanie oskarżonego polegające na obrabowaniu pokrzywdzonego przy użyciu noża kuchennego w żadnym razie nie może być postrzegane jako przestępstwo wymuszenia rozbójniczego (art. 282 k.k.). Przestępstwo to bowiem ma miejsce wówczas, gdy sprawca – za pomocą środków wskazanych w tym przepisie – zmusza pokrzywdzonego do rozporządzenia mieniem dopiero na przyszłość i wyraźnie różni się od rozboju (art. 280 § 1 i 2 k.k.), do istoty którego należy stosowanie przemocy bądź groźby natychmiastowego jej użycia na osobie po to, by niezwłocznie zawładnąć cudzą rzeczą, niezależnie od tego, czy sprawca rzecz tę sam zabiera, czy też zmusza pokrzywdzonego do jej wydania”.

s. 573–574; postanowienie SN, OSNKW 1970, poz. 84; wyrok SN, OSPiKA 1967, poz. 212 z głosem K. Daszkiewicz, OSPiKA 1968, poz. 215; wyrok SN, OSPiKA, poz. 204 z głosem B. Wójtowicz.

13 W. Gutekunst, (w:) O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, Prawo karne. Część szczególna, Warszawa–Wrocław 1971, s. 278; W. Świda, Prawo karne, Warszawa 1989, s. 572 i n.

14 M. Siewierski, *op. cit.*, s. 354; Z. Kubec, Różnica między art. 261 k.k. a art. 259 i 251, Nowe Prawo 1956, nr 11–12; I. Andrejew, Polskie prawo karne w zarysie, wyd. IX, Warszawa 1989, s. 438; W. Świda, Prawo karne, wyd. II zmienione, Warszawa 1989, s. 574.

15 Prokuratura i Prawo 2000, nr 5, poz. 3.

Argumenty te skłaniają do pewnych uwag. Trafny skądinąd pogląd, iż wymuszenie rozbójnicze uznaje się w zasadzie za dokonane z chwilą wyrażenia woli o rozporządzeniu mieniem, pomimo że sprawca nie objął jeszcze we władanie rzeczy będącej przedmiotem wymuszenia, oznacza jedynie podkreślenie, że do uznania, iż miało miejsce wymuszenie rozbójnicze, nie jest z reguły konieczne wydanie rzeczy. Z tego jednak nie wynika wcale, aby nie można było uznać wymuszonego groźbą wydania rzeczy za rozporządzenie tą rzeczą, a tym samym za znamię wymuszenia rozbójniczego. Co więcej, w wypadku niektórych rodzajów rozporządzeń mieniem, warunkiem koniecznym dla uznania, że taka dyspozycja nastąpiła, jest właśnie wydanie rzeczy (np. użyczenie – art. 710 k.c., czy darowizna – art. 890 § 1 zd. drugie k.c.). W świetle prawa cywilnego, wydanie rzeczy ruchomej jest niewątpliwie przeniesieniem jej posiadania, a tym samym rozporządzeniem tą rzeczą (art. 348 k.c.)<sup>16</sup>. Z kolei dla uzasadnienia wyższego stopnia społecznego niebezpieczeństwa rozboju w porównaniu z wymuszeniem rozbójniczym ważniejsze chyba było na gruncie d.k.k. „instrumentarium” rozboju, zawierające między innymi tak szczególnie groźne i brutalne środki, jak użycie gwałtu na osobie<sup>17</sup>, doprowadzenie do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Właśnie w wypadkach, gdy sprawca posłużył się przemocą dochodziło często do rozstroju zdrowia pokrzywdzonego i wtedy istotnie wypadki dokonania rozboju przy użyciu tej formy działania przestępnego należało uznać za czyny cechujące się wyższym stopniem społecznego niebezpieczeństwa niż przestępstwo wymuszenia rozbójniczego, przy dokonaniu którego nie było jeszcze bezpośredniego zamachu na życie lub

---

16 Jednakże odwoływanie się do pojęć cywilistycznych w odniesieniu do wydania rzeczy w sytuacji rozboju i wymuszenia rozbójniczego wymaga pewnej ostrożności. Jeśli bowiem „przez czynność prawną rozumie się takie działanie podmiotu stosunków prawnych, które prowadzi do wywołania skutków prawnych...” (S. Grzybowski, [w:] System prawa cywilnego, t. I: Część ogólna, Ossolineum 1985, s. 1931), a jest rzeczą oczywistą, że przestępne wymuszenie oddania rzeczy nie łączy się po stronie pokrzywdzonego z żadnym zamiarem wywołania w ten sposób skutków prawnych, to pozostaje wątpliwość, czy mamy tu do czynienia jedynie z czynnością prawną wadliwą w sensie art. 87 k.c., czy może – ze względu na brak swobody decyzji woli – nieważną w rozumieniu art. 82 k.c. Związująca wykładnia tego ostatniego przepisu w sytuacji groźby przestępnej (tak B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, [w:] System prawa cywilnego, *op. cit.*, s. 655–656) budzi wątpliwości, zwłaszcza ze względu na uznanie za nieważne czynności pozornych (art. 83 k.c.), a więc dotkniętych słabszą wadą niż przestępne wymuszenie. Sądzić należy jednak, iż można kłopot ten zostawić cywilistom, dla określenia cywilnoprawnych skutków czynności wymuszonych. Por. W. Cieślak, Rozporządzenie mieniem jako znamię wymuszenia rozbójniczego, *Palestra* 1995, nr 11–12, s. 49.

17 Właśnie ta metoda działania przestępnego jest najczęściej używana przez sprawców rozboju; posługuje się nią, jak wynika z prowadzonych w tym zakresie badań, około 65–80% sprawców. Zob. O. Chybiński, Rozbój w teorii i praktyce, Ossolineum 1975, s. 16–18 oraz powołane tam wyniki badań J. Bieleckiego, J. Szyszko oraz H. Taborowicza. Por. także Z. Bieńaczek, Rozbój w aspekcie kryminologicznym i kryminalistycznym, Ossolineum 1977, s. 146.

zdrowie, lecz jedynie groźba takiego zamachu. Obecnie, po wprowadzeniu przemocy jako jednego ze znamion instrumentalnych wymuszenia, teza o generalnie rzekomo wyższym stopniu społecznej szkodliwości rozboju w porównaniu z wymuszeniem trudna jest do obrony, szczególnie biorąc pod uwagę wprowadzenie typu „wypadków mniejszej wagi”, gdzie drobniejsze rozboje i wymuszenia traktowane są pod względem ustawowego zagrożenia tak samo.

Można jednak przedstawić dwa inne, bardziej ważne argumenty przemawiające, jak się wydaje, za odrzuceniem przedstawionego powyżej powszechnego poglądu, który nakazuje traktować sytuację niezwłocznego wydania przez pokrzywdzonego mienia, pod wpływem groźby natychmiastowego zastosowania przemocy na osobie, jako rozbój, nie zaś jako wymuszenie rozbójnicze. Pierwszy z nich odwołuje się do wykładni gramatycznej przepisów art. 280 § 1 i art. 282 k.k. Otóż, znamię czynnościowe w typie czynu określającego przestępstwo rozboju to zwrot „kradnie”, równoważny znamieniu z art. 278 § 1 k.k. „zabiera w celu przywłaszczenia”. Czy bez pogwałcenia zasad języka polskiego można go odnosić również do sytuacji, w której pokrzywdzony, wprawdzie pod wpływem groźby, ale jednak sam wydaje rzecz sprawcy. Nawet gdyby przyjąć, że w wyniku innych metod interpretacyjnych, w szczególności wykładni celowościowej czy historycznej, zakres tego znamienia należałoby rozszerzyć na te wypadki, kiedy pokrzywdzony sam wydał sprawcy żądane mienie, to i tak pozostanie kwestia, czy zabieg taki nie będzie sprzeczny z zasadą pewności prawnej, której wyrazem jest gwarancyjna funkcja typu czynu zabronionego. W moim przekonaniu, sprzeczność taka wystąpi, ponieważ realizacja wymienionej tu funkcji gwarancyjnej typu czynu zabronionego możliwa jest jedynie w wypadku ścisłej wykładni jego znamion. Dodajmy do tego, że zakwalifikowanie zmuszenia pokrzywdzonego do niezwłocznego wydania rzeczy, jako przestępstwa rozboju, nie zaś jako wymuszenia rozbójniczego, sprzeczne może być w okolicznościach konkretnej sprawy z zasadą *in dubio pro reo* (art. 5 § 2 k.p.k.)<sup>18</sup>.

Z kolei, wykładnia logiczna i systemowa znamienia „rozporządzenia mieniem” prowadzi do wniosku, iż brak jest przeszkód do przyjęcia, że znamię to może zostać wypełnione także przez działanie pokrzywdzonego, polegające na wydaniu rzeczy, które jest niewątpliwie wyrażeniem jego woli, aczkolwiek wadliwym, bo wymuszonym pod wpływem groźby. Natomiast czasokres pomiędzy wyrażeniem przez pokrzywdzonego oświadczenia woli co do przeniesienia, czy obciążenia swego prawa na rzecz sprawcy, a wydaniem mu rzeczy i, co się

<sup>18</sup> Chodzi o to, że typ rozboju zagrożony jest surowszą karą (w typie podstawowym: od 2 do 12 lat pozbawienia wolności, zaś w typie kwalifikowanym – art. 280 § 2 – od 3 lat do 15 lat) aniżeli wymuszenie rozbójnicze (od roku do 10 lat).

z tym wiąże, owładnięciem rzeczą przez sprawcę, jest w gruncie rzeczy obojęt-  
ny. Nie do przyjęcia jest więc pogląd, iż rozporządzenie mieniem w rozumieniu  
art. 282 k.k. oznacza wyłącznie rozporządzenie na przyszłość.

**Wiesław Czerwiński**

## **Glosa do uchwały NSA z dnia 15 maja 2000 r., sygn. OPS 21/00**

**Skarga do Naczelnego Sądu Administracyjnego na decyzję administracyjną w sprawie wszczętej przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 4, poz. 8), tj. przed dniem 1 września 1980 r. i zakończonej wydaniem decyzji po wejściu w życie ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz. U. Nr 74, poz. 368 ze zm.), to jest po dniu 1 października 1995 r. – jest dopuszczalna.**

Pozornie może się wydawać, że nie może być sprawy administracyjnej wszczętej przed dniem 1 września 1980 r. i dotychczas nie zakończonej. Obowiązują wszak terminy załatwienia spraw – jednomiesięczne i dwumiesięczne.

Sprawa, na tle której zapadła glosowana uchwała, dotyczy tzw. gruntów warszawskich. Ostateczne uregulowania dotyczące tych gruntów jeszcze nie zapadły i zapewne ta problematyka jeszcze nie raz będzie stawiała na wokandy sądowej. Z roszczeniami do gruntów warszawskich występuje drugie pokolenie, a czasami i trzecie.

Również w tej sprawie następca prawny byłego właściciela gruntu warszawskiego złożył w styczniu 1958 r. wniosek o przyznanie prawa własności czasowej do nieruchomości położonej w Warszawie. Ponowił go w 1968 r. w kilku kolejnych pismach. Zarząd Gminy Warszawa Targówek decyzją z 1998 r. odmówił prawa użytkowania wieczystego. Decyzja ta została utrzymana w mocy przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze.

Naczelny Sąd Administracyjny rozpoznając skargę na tę decyzję powziął wątpliwość prawną związaną z dopuszczalnością zaskarżenia do NSA decyzji wydawanych w postępowaniach wszczętych przed dniem 1 września 1980 r., a więc przed dniem powołania do życia Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Naczelny sąd Administracyjny, jak wiadomo, rozpoczął działalność z dniem 1 września 1980 r. Decyzje kończące postępowanie administracyjne w sprawach wszczętych przed dniem 1 września 1980 r. nie podlegały zaskarżeniu do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Ograniczenie to wynikało z treści art. 14 ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r., który wyraźnie stanowił, że przepisy kodeksu postępowania administracyjnego o zaskarżaniu do sądu decyzji administracyj-

nych z powodu ich niezgodności z prawem stosuje się do decyzji wydawanych w sprawach, w których postępowanie zostało wszczęte po wejściu w życie tej ustawy, tj. po dniu 1 września 1980 r. Chodziło o to, aby nowo powstały sąd nie został „zalany” starymi sprawami.

Istotne rozszerzenie właściwości NSA dokonane ustawą z dnia 24 maja 1990 r. o zmianie ustawy kodeksu postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 34, poz. 201) nie zniósło tego ograniczenia.

Ustawa z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym (Dz. U. Nr 74, poz. 368 ze zm.) nie rozwiązała nasuwających się w tym zakresie wątpliwości. Na ogół nowo wprowadzone przepisy zawierają ogólną klauzulę derogacyjną. Najczęściej używa się sformułowania: traci moc ustawa z dnia... Tymczasem art. 67 ustawy z dnia 11 maja 1995 r. o NSA zawiera dość nietypowe sformułowanie: „W zakresie uregulowanym niniejszą ustawą traci moc ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. oraz...”. Takie sformułowanie dało asumpt do poglądów niektórych składów orzekających, że brak jest podstaw do eliminacji art. 14 ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. i tym samym skargi wniesione w sprawach, w których wszczęto postępowanie przed dniem 1 września 1980 r., będą podlegać odrzuceniu.

Dla zrozumienia istoty problemu przyjrzyjmy się pokrótce, jak wygląda ewolucja kompetencji Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Ewolucja uprawnień Naczelnego Sądu Administracyjnego przebiegała w dwojaki sposób: w drodze zmian ustawodawczych, a także w drodze zmiany poglądów reprezentowanych w orzecznictwie sądowym.

Sądownictwo administracyjne w Polsce (nie licząc okresu przedwojennego), jak to już wyżej wskazano, zostało wprowadzone ustawą z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 4, poz. 8). Aż do wejścia w życie ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym z 1995 r. wszystkie kwestie związane z zaskarżaniem decyzji i innych aktów prawnych były regulowane w kodeksie postępowania administracyjnego. Początkowo kompetencje NSA były zawarte w klauzuli enumeracyjnej zamieszczonej w art. 196 § 2 k.p.a. Zapowiedziano możliwość rozszerzenia kompetencji NSA w drodze ustaw szczególnych bądź w drodze rozporządzenia Rady Ministrów. Określono 20 kategorii spraw rozstrzyganych w drodze decyzji administracyjnej, które mogły być zaskarżone do sądu administracyjnego. Właściwość NSA nie obejmowała postanowień. Przesłanką wniesienia skargi było wszczęcie postępowania administracyjnego po dniu 1 września 1980 r., tj. po dacie wejścia w życie znowelizowanego k.p.a.

Zasadnicze zmiany nastąpiły z dniem 27 maja 1990 r. i związane były z uchwaleniem ustaw o samorządzie terytorialnym, o terenowych organach rządowej administracji ogólnej, a przede wszystkim z ustawą z 24 maja 1990 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 34, poz. 201). Tą ostatnią ustawą zmieniono treść m.in. art. 196 § 1 k.p.a. wprowadzając generalną zasadę, że decyzja organu administracji państwowej może być zaskarżona do sądu administracyjnego z powodu jej niezgodności z prawem, z wyjątkiem decyzji wyraźnie wyłączonych przepisem art. 194 § 4 k.p.a., (7 wyjątków), o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej. Wśród dalszych zmian należy wskazać, że kontroli sądowej zostały poddane określone postanowienia na zasadzie klauzuli enumeracyjnej, wydawane w postępowaniu administracyjnym oraz egzekucyjnym lub zabezpieczającym w administracji, wprowadzono możliwość zaskarżenia uchwały organów gminnego samorządu terytorialnego, stworzono gminom i ich związkom możliwość zaskarżenia rozstrzygnięć organów nadzoru, a organom nadzoru przyznano kompetencje do zaskarżenia, po upływie okresu, w którym mogły orzec we własnym zakresie o nieważności uchwały organu samorządu terytorialnego, uchwały samorządowej do sądu administracyjnego, powierzono sądowi rozstrzyganie sporów kompetencyjnych pomiędzy organami samorządu terytorialnego a terenowymi organami administracji rządowej.

Art. 2 tej ustawy stanowił, że „w sprawach, w których do dnia wejścia w życie niniejszej ustawy decyzje lub postanowienia nie mogły być zaskarżone do sądu administracyjnego, przepisy działu VI kodeksu postępowania administracyjnego stosuje się, jeżeli postępowanie w tych sprawach zostało wszczęte po wejściu w życie niniejszej ustawy”, czyli po dniu 27 maja 1990 r.

Mówiąc o zmianie poglądów reprezentowanych w orzecznictwie sądowym mam na myśli ewolucję poglądów dotyczących możliwości zaskarżania decyzji administracyjnych wydawanych w tzw. nadzwyczajnych trybach postępowania. Głównie chodziło o decyzje wydane w trybie art. 145 lub 156 k.p.a. w postępowaniach nadzwyczajnych wszczętych po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. Powstał problem, czy decyzje te mogą być zaskarżone do Naczelnego Sądu Administracyjnego, pomimo że postępowanie zwyczajne było wszczęte przed wejściem w życie tej ustawy.

Początkowo Naczelny Sąd Administracyjny stanął na stanowisku, że istotne znaczenie dla dopuszczalności skargi ma ocena tożsamości stosunku administracyjnoprawnego, będącego przedmiotem skargi.

W postanowieniu z 5 czerwca 1981 r., sygn. II SA 157/81 sąd stwierdził, że „za datę wszczęcia postępowania w sprawie rozpoznawanej w trybie nadzoru (art. 157 k.p.a.) lub w trybie wznowienia postępowania (art. 145 k.p.a.) przyjmuje

się datę wszczęcia postępowania w zwykłym trybie (tryb instancyjny), przy czym przez pojęcie «sprawy» należy rozumieć tożsamość stosunku materialnoprawnego, a nie poszczególne fazy postępowania dotyczące tego samego stosunku materialnoprawnego” (ONSA 1981, nr 1, poz. 52).

Odmienne poglądy w tym zakresie zawierała wydana 10 lat później uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Administracyjna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych z 14 czerwca 1991 r., sygn. III AZP 2/91 (OSP 1992, nr 2, poz. 49). Sąd Najwyższy podjął następującą uchwałę: „Decyzje wydane w sprawach o wznowienie postępowania (art. 145 k.p.a.) lub o stwierdzenie nieważności decyzji (art. 156 k.p.a.), w postępowaniach wszczętych po wejściu w życie ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym oraz o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. Nr 4, poz. 8) mogą być zaskarżone do sądu administracyjnego”.

Tym sposobem zniesiono kryteria czasowe wydawania decyzji – przy wznowieniu i stwierdzeniu nieważności – jako podstawy odrzucenia skargi.

Powracając do rozważań normatywnych należy podnieść, że w art. 68 ustawy o NSA ustawodawca przyjął inną przejściową regulację, zgodnie z którą dotychczasowe przepisy stosowało się do rozpoznawania spraw, w których skargi zostały wniesione do sądu przed dniem wejścia w życie ustawy o NSA.

W przeciwieństwie do niektórych składów orzekających NSA, skład siedmiu sędziów nie miał wątpliwości, że art. 68 ustawy o NSA nie zawiera ograniczenia czasowego rozpatrywania przez Sąd tej kategorii spraw, których wcześniej nie objęto sądową kontrolą, mimo że kognicję Sądu znacznie rozszerzono, wprowadzając do art. 16 ustawy o NSA nowe kategorie spraw nie ujęte w poprzednio obowiązującym art. 196 k.p.a., zarówno w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 września 1980 r., jak i od dnia 27 maja 1990 r.

W głosowanej uchwale NSA wyraził pogląd, że zakres uregulowania, który obejmował art. 14 ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. został uregulowany w ustawie o NSA, a zatem nie można przyjąć, iż przepis art. 14 ustawy z dnia 31 stycznia 1980 r. nie utracił mocy obowiązującej na podstawie art. 67 ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym.

Tym samym należy w pełni podzielić pogląd zawarty w głosowanej uchwale, że od czasu wejścia w życie ustawy o Naczelnym Sądzie Administracyjnym, tj. od dnia 1 października 1995 r., data wszczęcia postępowania administracyjnego nie ma znaczenia dla zakresu kognicji NSA.

Niezależnie od tej wykładni, z naciskiem należy podkreślić inny element, który także znalazł częściowe odzwierciedlenie w uzasadnieniu wskazanej uchwały.



Zasadnicze znaczenie dla omawianej problematyki ma wejście w życie ustawy z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. Nr 78, poz. 483).

Przepisy Konstytucji stanowią także wskazówki interpretacyjne. W razie wątpliwości należy stosować interpretację przepisów zgodną z Konstytucją (wyrok Sądu Najwyższego z 24 czerwca 1993 r., sygn. III ARN 33/93, PiP 1994, nr 9, s. 111).

Art. 77 ust. 2 Konstytucji stanowi, że ustawa nie może nikomu zamykać drogi sądowej dochodzenia naruszonych wolności i praw. Jest to nakaz ustawodawcy konstytucyjnego, wskazujący, że nie można wprowadzać tego rodzaju zakazów. Konieczność poszanowania prawa do sądu wymaga, aby droga sądowa była otwarta dla wszystkich sporów sądowych, niezależnie od daty wszczęcia postępowania. Stanowisko przeciwne byłoby naruszeniem tej normy konstytucyjnej. Wskazuje się, że utrzymywanie tego rodzaju zakazów nie tylko byłoby sprzeczne z Konstytucją, ale i z konstytucyjnym prawem obywatela do sądu (W. Szydło, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Kraków 1998, s. 75.).

Przepis art. 77 ust. 2 Konstytucji RP związany jest z art. 45 ust. 1 Konstytucji. Przepis ten przewiduje, że każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpatrzenia sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń, prawo do sądu jest jedną z podstawowych gwarancji poszanowania praw obywatelskich i jako takie nie może podlegać jakiegokolwiek wykładni ścieśniającej, ponieważ nie odpowiadałoby to celowi ani charakterowi ustroju Rzeczypospolitej Polskiej. Należy także mieć na uwadze, że realizacja prawa materialnego przysługującego jednostce nie byłaby możliwa bez zachowania określonej procedury, w tym kontroli sądowej wydanych decyzji administracyjnej i innych aktów administracyjnych.

W orzeczeniach sądowych i publikacjach naukowych akcentowano głównie prawo do sądu w sprawach cywilnych i karnych, uznając ograniczenia tego prawa za wyjątek. O prawie do sądu w sprawach cywilnych i karnych mówi art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jednakże Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z 1949 r. mówi o prawie odwołania się do sądu w każdej sprawie dotyczącej jednostki.

W myśl uregulowań konstytucyjnych należy przyjąć, że we wszystkich sprawach z zakresu regulacji i realizacji dochodzenia naruszonych wolności lub praw jest możliwa droga sądowa. Ograniczenie prawa do kontroli sądowej, ze względu na datę wszczęcia postępowania administracyjnego, nie wydaje się również zgodne z zasadami państwa prawnego.

Art. 1 Konstytucji stanowi, że „Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej”. Jednym z założeń państwa prawnego jest zasada dostępu obywateli do sądu w celu umożliwienia im obrony ich interesów przed niezawisłym sądem (tezy odnoszące się do treści państwa prawnego – w szczególności orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z 7 stycznia 1992 r., sygn. K. 8/91). Należy zatem tak interpretować przepisy prawne, aby nie naruszało to podstawowych zasad wymienionych w tym przepisie. Mieści się w tym także – jak to już wyżej wskazano – prawo jednostki do rzetelnego i publicznego procesu, w którym będzie rozpatrywana jego sprawa administracyjna. Stanowisko przeciwne może świadczyć o odmowie „wymiaru sprawiedliwości”. Z tych względów podjęta uchwała zasługuje w pełni na aprobatę.



# *Recenzje*



**Błażej Kolasiński**

**Recenzja książki R. Tokarczyka, Prawa  
narodzin, życia i śmierci, wyd. VI poszerzone,  
„Zakamycze”, Kraków 2000**

Książka dotyczy biojursprudencki. Według autora „Biojursprudencki jest jednym z najnowszych nurtów jursprudencki, powstałym pod wpływem wykorzystania odkryć biologicznych, przy pomocy techniki, przez medycynę w celu sztucznej ingerencji w naturalne procesy życia, szczególnie życia człowieka (...). Przedmiotem biojursprudencki jest ochrona życia w zakresie sztucznej ingerencji w jego naturalne procesy”. Autor wyodrębnia, zważywszy na naturalną rytmikę życia człowieka – poprzedzone pojęciami narodziny, życie i śmierć – trzy działy biojursprudencki: biojurgenezę, biojusterapię i biojustranologię. Opisuje je w rozdziale pierwszym książki.

Biojurgeneza obejmuje zagrożenie dla życia człowieka wymagające ochrony prawnej od jego poczęcia do narodzin. W tradycyjnej nauce prawa, opartej na zasadach prawa rzymskiego, ochrona tej fazy życia ludzkiego opierała się na fikcji prawnej tzw. *nasciturusa*. Zgodnie z nią dziecko poczęte ma takie same prawa jak dziecko urodzone. Sztuczna ingerencja w fazę życia ludzkiego od poczęcia do narodzin, wzrastająca w miarę rozwoju techniki, inżynierii genetycznej, eugeniki, medycznego wspomaganie prokreacji, diagnostyki prenatalnej, a także dzięki zapobieganiu poczęciu i narodzin wymaga regulacji prawnych. Wyrazem biojurgenezy w zakresie bioprawa jest instytucja prawa do narodzin. W ramach i za pomocą biojursprudencki rozproszone w różnych miejscach przepisy prawa do ochrony życia poczętego porządkuje w jedną normatywną całość.

Biojusterapia reguluje problematykę ochrony życia człowieka i przyrody od narodzin aż do śmierci. Do zakresu biojusterapii należy problematyka transplantacji komórek, tkanek i organów w celu ratowania lub poprawienia jakości życia ludzkiego i innych gatunków istot żywych. Trudne problemy przed biojusterapią odsłania seksualizm w zakresie homoseksualizmu, biseksualizmu i transseksualizmu. Biojusterapię interesują problemy związane z AIDS. W sferze zainteresowania tej nauki pozostają niektóre normatywne aspekty polityki populacyjnej, a zwłaszcza zagadnienia sterylizacji, kastracji, zarówno ludzi, jak i zwierząt. Wyrazem biojusterapii w zakresie bioprawa jest instytucja prawa do życia ludzi, zwierząt i całej ożywionej przyrody.

Biojustanatologia interesuje się kresem życia człowieka i innych istot ożywionych. Tradycyjna jurisprudencja i oparte na niej prawo znają jedno pojęcie śmierci – śmierci biologicznej. Biojurysprudencja i bioprawo posługują się wieloma definicjami śmierci – biologicznej, klinicznej, mózgowej, socjologicznej. Każdy z tych rodzajów śmierci może wywoływać szereg wątpliwości wymagających jednoznacznych rozwiązań prawnych. Wątpliwości te mogą dotyczyć takich zagadnień, jak: kto, kiedy, gdzie, pod jakimi warunkami i dla jakich celów decyduje o śmierci człowieka. Biojustanatologia ocenia, a bioprawo reguluje problemy aborcji, eutanazji, samobójstwa, stanów wyższej konieczności, obrony koniecznej, kary śmierci, zabijania ludzi podczas wojen, a także zabijania zwierząt. W przyszłości najprawdopodobniej bioprawo będzie się posługiwać wieloma definicjami śmierci, adekwatnymi dla różnych stanów faktycznych. Statyczna definicja śmierci występująca dotychczas w jurisprudencji zastąpiona zostanie dynamiczną definicją śmierci opisywaną przez biojustanatologię i wykorzystywaną w praktyce przez bioprawo. Instytucją kształtowaną przez biojustanatologię dla potrzeb bioprawa jest prawo do śmierci.

Według Stefana Symotiuka, autora wprowadzenia do książki, „biojurysprudencja stoi w samym rdzeniu «paradygmatu prawa» i swoim wyodrębnieniem się jako samodzielnej dziedziny dowodzi ona duchowej mocy prawa, jako sfery kulturowo wrażliwej i otwartej na historię”.

Książka liczy 23 rozdziały i stosownie do tytułu, dzieli opisywaną problematykę na trzy części według zespołów norm dotyczących narodzin, życia i śmierci. Praw narodzin dotyczą głównie rozdziały od siódmego do dwunastego (normy a: seksualizm, genetyka, eugenika, prokreacja, antyprokreacja, transplantacje). Prawa życia opisane zostały w rozdziałach od drugiego do szóstego (religie a życie, filozofia a życie, nauka a życie, normy a życie, kultury a życie). Prawa śmierci rozwinięte zostały w rozdziałach od osiemnastego do dwudziestego trzeciego (religie a śmierć, filozofia a śmierć, nauka a śmierć, obyczaje a śmierć, prawo a śmierć, kultury a śmierć). Pozostałe rozdziały dotyczące w różnym stopniu prawa narodzin, życia i śmierci, nie mogły być jednoznacznie włączone do jednej z tych grup (są to normy a: populacja, ekologia, nauka, technika, medycyna).

Każdy rozdział książki kończy się wykazem wybranej literatury polskiej i obcojęzycznej. Czytelnik, którego zainteresuje określona problematyka, ma wskazówkę, gdzie pogłębić swoją wiedzę.

Książka Romana Tokarczyka cieszy się niezmiennym powodzeniem, o czym świadczy szóste jej wydanie znacznie rozszerzone, pogłębione i zaktualizowane. Do wydania tego załączono wykaz recenzji do poprzednich wydań. Niektóre są warte przytoczenia. Tadeusz Kielanowski (1988) w recenzji wydawniczej

napisał: „Zagadnienia w książce poruszane interesują, a przynajmniej powinny zainteresować wielu ludzi inteligentnych, bo dotyczą losu ludzkiego, omawiają sprawy, o których myśli każdy, które każdego niepokoją...”. Kalina Gawędzka („Jestem” 1989, nr 7–8) rekomendując czytelnikom książkę, napisała: „Warto przeczytać tę książkę nie po to, aby znaleźć gotowe odpowiedzi, lecz aby zrozumieć, jak bardzo trudno je znaleźć”. Wreszcie Grzegorz Leopold Seidler w recenzji wydawniczej z 1995 r. stwierdził, iż „książka ta ma (...) szczególne znaczenie dziś, kiedy człowiek współczesny, pozbawiony punktów odniesienia, wkracza w świat trudnych decyzji i nieprzerwanie szturmujących emocji”.

Polecając tę niezwykle wartościową książkę szerokiej rzeszy czytelników, którzy mają ambicję poszerzania swojej wiedzy, należy odwołać się do jej Autora, który we wstępie napisał: „Książka adresowana jest do wszystkich, którym bliska jest potrzeba autorefleksji i refleksji nad odwiecznymi rozterkami losu człowieka”.





# *Materiały szkoleniowe*



Robert Pelewicz, Grzegorz Zarzycki

## Model postępowania karnego skarbowego (cz. 2)

### 3. Postępowanie przygotowawcze

Postępowanie przygotowawcze w k.k.s. ograniczone zostało do uregulowania obejmującego zaledwie siedem artykułów (art. 150–156 k.k.s.). Nie sposób jednak omówić znaczenia tej fazy postępowania z pominięciem działu poprzedzającego, statuującego możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności za jego zgodą wyrażoną już przed organem dochodzenia.

Szczególnym celem postępowania w sprawach karnych skarbowych zgodnie z art. 114 § 1 k.k.s. jest wyrównanie uszczerbku finansowego Skarbu Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, spowodowanego czynem zabronionym. Uczynienie zadość temu celowi niesie dla sprawcy bardzo szeroki zakres przywilejów już na etapie poprzedzającym skierowanie sprawy do sądu. Przykładowo warto wskazać, że uiszczenie uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenia należności publicznoprawnej jest warunkiem niezbędnym do złożenia wniosku, a następnie udzielenia zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności (art. 17 § 1 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 143 § 1 pkt 1 k.k.s.). Inne dobrodziejstwo wynikające z uiszczenia należności publicznoprawnej uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie czynem zabronionym polega na niekaraniu sprawcy, który jednocześnie z terminowym uiszczeniem tej należności zawiadomił organ ścigania o popełnieniu czynu zabronionego i ujawnił istotne okoliczności tego czynu (art. 16 § 1 i 2 k.k.s.).

Kształtowaniu postępowania w sprawach karnych skarbowych pod kątem wyrównania uszczerbku finansowego spowodowanego czynem zabronionym towarzyszą cele postępowania przygotowawczego wynikające z art. 2 § 1 k.p.k. i art. 297 k.p.k. O ile art. 2 § 1 k.p.k. wskazuje na cele całego procesu karnego, o tyle art. 297 k.p.k. statuuje cele autonomiczne, przewidziane tylko dla przygotowawczego stadium procesu.

Podkreślając integralność postępowania przygotowawczego jako pierwszego stadium postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe podnieść należy, że jest to stadium obligatoryjne. Wyłączenie bowiem stosowania przepisów k.p.k., dotyczących pokrzywdzonego (art. 113 § 2 k.k.s.) rodzi taki skutek, że wszystkie przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe ścigane być muszą z oskarżenia publicznego, a zatem wyłączenie przygotowawczej fazy procesu nie jest możliwe.

Prowadząc rozważania o prawie do sądu trudno oprzeć się wrażeniu, że dotyczy ono wyłącznie sprawców przestępstw skarbowych i wykroczeń skarbowych, czyli osób podejrzanych lub oskarżonych. W rzeczywistości, katalog stron i pojęcie strony procesowej nakazują krąg tych osób poszerzyć. Przez stronę należy bowiem rozumieć każdy podmiot sporu w procesie, występujący w roli określonej przez prawo, który działając we własnym imieniu, ma interes prawny w określonym rozstrzygnięciu o przedmiocie procesu<sup>1</sup>. Zgodnie z art. 120 § 1 i 2 k.k.s., w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe oprócz oskarżonego i oskarżyciela publicznego, specyficznymi stronami są: podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej (tylko w sprawach o przestępstwa skarbowe) oraz interwenient. Ponieważ strony te mogą zaistnieć w procesie już w postępowaniu przygotowawczym, właśnie w tym miejscu postanowiliśmy poświęcić im kilka uwag.

Odpowiedzialność posiłkowa jest szczególną postacią odpowiedzialności majątkowej osób trzecich za „winę” w wyborze swego zastępcy<sup>2</sup>. Podmiotem pociągniętym do odpowiedzialności posiłkowej jest osoba fizyczna (a także osoba prawna lub jednostka organizacyjna nie mająca osobowości prawnej), którą organ prowadzący postępowanie w sprawie o przestępstwo skarbowe wezwał do udziału w tym charakterze (art. 53 § 40 k.k.s.). Strona taka może się pojawić już w postępowaniu przygotowawczym na skutek postanowienia organu prowadzącego to postępowanie (art. 124 § 2 k.k.s.).

Interwenientem jest podmiot, który, nie będąc podejrzany lub oskarżonym w postępowaniu w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe, zgłosił w tym postępowaniu roszczenie do przedmiotów podlegających przepadkowi (art. 53 § 41 k.k.s. i art. 119 § 1 k.k.s.). Celem interwencji jest doprowadzenie do tego, aby przepadek przedmiotów nie został orzeczony, a jest to możliwe, o ile przedmioty objęte interwencją stanowią własność osoby trzeciej, zaś sprawca uzyskał je w drodze przestępstwa lub wykroczenia (art. 31 § 1 i 2 k.k.s.). Interwencję można zgłosić w każdym momencie postępowania przygotowawczego, a najpóźniej w chwili rozpoczęcia przewodu sądowego w pierwszej instancji (art. 126 § 1 k.k.s.).

1 Por. M. Cieślak, *Polska procedura karna*, Warszawa 1984, s. 34–35; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 1998, s. 176–178.

2 T. Grzegorzczak, *Odpowiedzialność posiłkowa w obecnym prawie karnym skarbowym i w przyszłej u.k.s.*, *Palestra* 1997, nr 1–2, s. 24.

## **Czynności organów dochodzenia**

Organy uprawnione do prowadzenia dochodzenia w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe dzielą się na finansowe organy dochodzenia i niefinansowe organy dochodzenia. Do pierwszej grupy należą urzędy skarbowe, inspektorzy kontroli skarbowej, urzędy celne i funkcjonariusze inspekcji celnej, do drugiej zaś Straż Graniczna, Policja, Urząd Ochrony Państwa i Żandarmeria Wojskowa.

Urzędy celne prowadzą dochodzenie w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe przeciwko obowiązkom celnym oraz zasadom obrotu z zagranicą towarami i usługami oraz przeciwko obrotowi dewizowemu. Urzędy skarbowe prowadzą dochodzenie w sprawach o pozostałe przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Funkcjonariusze inspekcji celnej i inspektorzy kontroli skarbowej, w granicach właściwości rzeczowej odpowiednio urzędów celnych i urzędów skarbowych, prowadzą dochodzenie tylko co do spraw ujawnionych w zakresie swojego działania odpowiednio przez funkcjonariusza inspekcji celnej lub urząd kontroli skarbowej (art. 133 k.k.s.).

Straż Graniczna, Policja i Urząd Ochrony Państwa prowadzą dochodzenie w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe ujawnione w zakresie działania tych urzędów lub ich organów (przy czym Straż Graniczna ograniczona jest kręgiem spraw zastrzeżonych dla urzędów celnych), zaś Żandarmeria Wojskowa prowadzi dochodzenie w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe popełnione przez żołnierzy (art. 134 k.k.s.). Na niefinansowych organach dochodzenia ciąży obowiązek niezwłocznego zawiadomienia o prowadzonym dochodzeniu właściwego organu finansowego, o ile nie ograniczą się do przekazania sprawy organom finansowym do dalszego prowadzenia po zabezpieczeniu śladów i dowodów czynu.

Kształtując właściwe relacje pomiędzy postępowaniem zwyczajnym a różnymi trybami szczególnymi, ustawodawca stanął na stanowisku, że ciężar gatunkowy spraw o przestępstwa skarbowe, konieczność uproszczenia procedury oraz obniżenia kosztów postępowania przemawiają za wyjątkowością stosowania trybu zwyczajnego w sprawach o przestępstwa skarbowe. Z kolei w art. 117 § 2 k.k.s. wprost zawarta została zasada rozpoznawania spraw o wykroczenia skarbowe w trybie uproszczonym i nakazowym. W tej kategorii spraw ustawodawca nie przewidział absolutnie żadnych odstępstw na rzecz trybu zwyczajnego.

W razie uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego organ dochodzenia zobligowany jest wydać postanowienie o wszczęciu dochodzenia (art. 303 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Zgodnie z art. 122 § 1 k.k.s. finansowe organy dochodzenia uzyskały znaczną

autonomię procesową, przejmując wiele procesowych kompetencji prokuratorskich. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na ich wyszczególnienie. Dość powiedzieć, że istnieją aż 52 artykuły k.p.k., w których przez wyrażenie „prokurator” należy także rozumieć „finansowy organ dochodzenia”. W fazie wszczęcia dochodzenia o przestępstwo skarbowe w postępowaniu uproszczonym najistotniejszy wydaje się obowiązek niezwłocznego zawiadomienia o wszczęciu dochodzenia finansowego organu nadrzędnego, co następuje poprzez przesłanie odpisu stosownego postanowienia (art. 472 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 2 k.k.s.).

W razie braku uzasadnionego podejrzenia popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego, postanowienie o odmowie wszczęcia dochodzenia winno być wydane niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia (art. 305 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.) lub w terminie do trzydziestu dni, jeżeli prowadzono czynności sprawdzające (art. 307 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). W tych wypadkach organ nadrzędny nad finansowym organem dochodzenia winien zatwierdzić postanowienie. Zatwierdzenie takie nie jest wymagane w sprawach o wykroczenia skarbowe, co wynika wprost z art. 154 k.k.s.

W toku dochodzenia wszystkie pozapolicyjne organy dochodzenia mogą zwracać się do policji o pomoc przy dokonywaniu czynności procesowych (art. 150 § 2 k.k.s.). Mogą również same dokonywać czynności procesowych, o ile nie napotykają na nadmierne trudności przy korzystaniu z tych uprawnień, zwłaszcza w zakresie środków przymusu procesowego. Z tego względu czynności przymusowego doprowadzenia i zatrzymania zastrzeżone zostały do kompetencji policji, gdy dochodzenie prowadzi organ finansowy, lub do kompetencji niefinansowych organów, gdy prowadzą dochodzenie we własnym zakresie (art. 150 § 3 i 4 k.k.s.).

Dalsze odrębności postępowania przygotowawczego dotyczą odformalizowania procedury w sprawach o wykroczenia skarbowe. W tych sprawach nie tylko nie jest konieczne postanowienie o przedstawieniu zarzutów i postanowienie o zamknięciu dochodzenia (art. 473 § 1 k.p.k.), lecz wystarczy samo przesłuchanie podejrzanego oraz w granicach zgromadzonych dowodów podjęcie ewentualnych czynności niezbędnych do wniesienia aktu oskarżenia (art. 152 k.k.s.).

Dochodzenie w sprawie o wykroczenie skarbowe winno być ukończone w ciągu dwóch miesięcy, z możliwością przedłużenia na dalszy czas oznaczony przez organ nadrzędny (art. 153 § 2 k.k.s.). W sprawie o przestępstwo skarbowe termin do ukończenia dochodzenia wynosi trzy miesiące, a po tym terminie prokurator władny jest przejąć sprawę do śledztwa, o ile nie przedłużył docho-

dzenia na dalszy czas oznaczony, nie dłuższy niż kolejne trzy miesiące (art. 153 § 1 k.k.s. w zw. z art. 310 § 3 k.p.k.). Podejrzany ma prawo zaznajomić się z materiałami postępowania przygotowawczego, przy czym jeżeli postępowanie to toczyło się w trybie uproszczonym, zaznajomienie następuje wyłącznie na wniosek podejrzanego (art. 474 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.).

Jeśli postępowanie przygotowawcze nie dostarczyło podstaw do wniesienia aktu oskarżenia, a przy tym sprawca przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego nie był niepoczytalny *tempore criminis*, organ dochodzenia umarza postępowanie. Zamknięcie dochodzenia i zaznajomienie podejrzanego z materiałami postępowania nie jest wówczas konieczne (art. 322 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). W przeciwnym wypadku wniesiony zostaje akt oskarżenia.

Wniesienie przez finansowy organ dochodzenia aktu oskarżenia w sprawie o wykroczenie skarbowe nie wymaga zawiadomienia prokuratora. Obowiązek niezwłocznego zawiadomienia prokuratora ciąży natomiast na finansowym organie dochodzenia wnoszącym akt oskarżenia w sprawie o przestępstwo skarbowe, prowadzonej w trybie uproszczonym (art. 155 § 1 k.k.s.). Zawiadomienie polega na doręczeniu prokuratorowi odpisu aktu oskarżenia. Jeżeli sprawa o przestępstwo skarbowe podlega rozpoznaniu w postępowaniu zwykłym, wówczas kompetencja finansowego organu dochodzenia w zakresie skierowania aktu oskarżenia do sądu jest mocą art. 155 § 2 k.k.s. całkowicie wyłączona. W sprawie takiej akt oskarżenia zatwierdza i wnosi do sądu prokurator, przy czym organ prowadzący dochodzenie nie traci uprawnień oskarżyciela publicznego, a poprzez doręczenie odpisu aktu oskarżenia jest przez prokuratora zawiadomiony, że sprawa trafiła do sądu.

Pomimo scedowania na finansowy organ dochodzenia szeregu kompetencji prokuratora, nie został on przez to zupełnie odsunięty od dochodzenia w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. Wprost przeciwnie: w art. 122 § 3 k.k.s. ustawodawca zastrzegł prokuratorowi możliwość przejęcia każdej sprawy do swego prowadzenia, a nadto prokurator z mocy prawa (art. 122 § 2 k.k.s.) jest organem nadzorującym dochodzenie w sprawie przeciwko podejrzanemu tymczasowo aresztowanemu. Przejęcie przez prokuratora sprawy do swego prowadzenia wyłącza uprawnienia finansowych organów dochodzenia określone w art. 122 § 1 i 2 k.k.s., ale z drugiej strony daje prokuratorowi możliwość powierzenia prowadzenia postępowania właściwemu organowi dochodzenia w trybie art. 311 § 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.

Trzeba jeszcze zasygnalizować, że istnieje 13 czynności łączących się z potrzebą zabezpieczenia gwarancji uczestników postępowania, które nie zostały przekazane finansowym organom dochodzenia i w razie konieczności muszą one występować do prokuratora ze stosownym wnioskiem. Przykłado-

wo, tylko prokurator władny jest decydować o przeszukaniu (art. 220 § 1 i 2 k.p.k.), o zabezpieczeniu majątkowym (art. 293 § 1 k.p.k.), czy też o powołaniu biegłych lekarzy psychiatrów celem wydania opinii o stanie zdrowia psychicznego podejrzanego (art. 202 § 1 k.p.k.).

Specyfika postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe powoduje, że wniesienie aktu oskarżenia lub umorzenie dochodzenia nie wyczerpują możliwości merytorycznego ukończenia sprawy na etapie postępowania przygotowawczego. Już w tej fazie organ dochodzenia może pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności w postępowaniu mandatowym lub wystąpić do sądu o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności przez sprawcę. Mówiąc ściślej, postępowanie mandatowe w ogóle nie jest poprzedzone dochodzeniem, a wystarczają czynności kontrolne lub inne własne ustalenia organu dochodzenia.

Postępowanie mandatowe jako jedyne odstępstwo od zasady sądowego wymiaru sprawiedliwości zasługuje na szczególną uwagę. Powróciło do prawa karnego skarbowego po 80 latach nieobecności, będąc w tym czasie szeroko stosowane w powszechnym prawie wykroczeń. Należy je uznać za uzasadniony wyłom od konstytucyjnej zasady zastrzegającej tylko sądom wykonywanie funkcji orzeczniczej.

Dzięki postępowaniu mandatowemu odciążona zostanie praca sądów, a pełne postępowanie w sprawach o wykroczenia skarbowe nabierze raczej wyjątkowego charakteru. Potrzeby praktyki i *de facto* względ na dobro sprawców najdrobniejszych czynów nie stoją w sprzeczności z brakiem atrybutu niezawisłości przy orzekaniu przez administracyjne organy finansowe. Jak dostrzeżono w uzasadnieniu rządowego projektu k.k.s., istnieją rozmaite organy pozasądowe upoważnione do wymierzania kar majątkowych związanych wyłącznie z ograniczoną dolegliwością ekonomiczną<sup>3</sup>. Mandat karny może bowiem być wymierzony tylko za wykroczenie skarbowe (art. 137 § 1 i 3 k.k.s.) i opiewać wyłącznie na grzywnę nie przekraczającą podwójnej wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia (art. 48 § 2 k.k.s.). Osoba sprawcy i okoliczności popełnienia wykroczenia skarbowego nie mogą wzbudzać wątpliwości, a przede wszystkim ukaranie grzywną w postępowaniu mandatowym nie jest możliwe bez zgody sprawcy na przyjęcie mandatu (art. 137 § 3 k.k.s.). Ten ostatni warunek w zupełności czyni zadość gwarancji praw sprawcy wykroczenia skarbowego.

<sup>3</sup> Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1999, s. 262.

Postępowanie mandatowe, co do zasady, prowadzi finansowy organ dochodzenia, zaś organ niefinansowy wyjątkowo, gdy przepis szczególnie tak stanowi (art. 136 § 1 k.k.s.). Mandat karny może być wydany bezpośrednio po uiszczeniu grzywny lub w postaci kredytowanej. Uprawomocnia się z chwilą uiszczenia grzywny lub z chwilą pokwitowania odbioru mandatu kredytowanego (art. 138 § 1 i 4 k.k.s.). Odmowa przyjęcia mandatu karnego skutkuje wniesieniem przez organ dochodzenia aktu oskarżenia do sądu (art. 139 § 1 k.k.s.). Postępowanie mandatowe wyłączone jest w szczególności wobec sprawców znajdujących się pod wpływem alkoholu lub innego podobnie działającego środka, jak też wobec sprawców, co do poczytalności których zachodzi uzasadniona wątpliwość (art. 137 § 2 k.k.s.).

W myśl art. 137 § 2 pkt 1 k.k.s. postępowania mandatowego nie stosuje się również w razie zaistnienia warunków do zastosowania środka karnego w postaci dobrowolnego poddania się odpowiedzialności. Jest to drugi, oprócz mandatu karnego, sposób pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności za jego zgodą (tytuł II, dział II k.k.s.). Wszczęcie postępowania o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności następuje na wniosek sprawcy przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego złożony w postępowaniu przed finansowym organem dochodzenia zanim wniesiony zostanie akt oskarżenia (art. 142 § 1 k.k.s.).

Wraz z wnioskiem o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności sprawca zobowiązany jest uiścić:

- należność publicznoprawną (jeżeli czyn polegał na jej uszczupieniu lub narażeniu na uszczuplenie, a nie została ona dotąd w całości zapłacona);
- tytułem kary grzywny za przestępstwo skarbowe kwotą przekraczającą 1/3 najniższego miesięcznego wynagrodzenia, a za wykroczenie skarbowe kwotą przekraczającą 1/10 najniższego miesięcznego wynagrodzenia;
- tytułem zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania w sprawie o przestępstwo skarbowe kwotą wynoszącą 1/10 najniższego miesięcznego wynagrodzenia, a w sprawie o wykroczenie skarbowe kwotą wynoszącą 1/12 najniższego miesięcznego wynagrodzenia<sup>4</sup> (art. 143 § 1 k.k.s.).

Nadto, z chwilą zgłoszenia wniosku o udzielenie stosownego zezwolenia sprawca zobowiązany jest wyrazić zgodę na przepadek przedmiotów, jeżeli przepadek taki jest obligatoryjny. W razie niemożności złożenia tych przedmio-

---

4 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 października 1999 r. w sprawie wysokości zryczałtowanych kosztów postępowania związanych ze zgłoszeniem wniosku o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe (Dz. U. Nr 85, poz. 946).



tów sprawca zobowiązany jest uiścić ich równowartość pieniężną (art. 143 § 2 k.k.s.).

Finansowy organ dochodzenia jest uprawniony, w razie uwzględnienia wniosku sprawcy, wnieść do sądu zamiast aktu oskarżenia, wniosek o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności przez tego sprawcę (art. 145 § 1 k.k.s.). Decyzja finansowego organu dochodzenia zależy w tym przypadku od wyniku negocjacji ze sprawcą. Przedmiotem negocjacji jest przede wszystkim wysokość kary grzywny oraz zakres rozstrzygnięcia o fakultatywnym przepadku przedmiotów (art. 146 § 2 k.k.s.). Finansowemu organowi dochodzenia nie wolno wynegocjować tytułem grzywny kwoty przekraczającej połowę górnej granicy ustawowego zagrożenia za dany czyn zabroniony (art. 146 § 2 pkt 1 k.k.s.). Postanowienie odmawiające wniesienia wniosku jest zaskarżalne zażaleniem do organu nadrzędnego nad finansowym organem dochodzenia, który wydał takie postanowienie (art. 147 k.k.s.).

Sprawca może cofnąć swój wniosek o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, ale nie wcześniej niż miesiąc po jego złożeniu oraz nie po otrzymaniu postanowienia o udzieleniu zezwolenia. Cofniętego wniosku sprawca nie może złożyć ponownie (art. 144 § 1 i 2 k.k.s.). Niewątpliwą zachętą dla sprawców czynów zabronionych, by inicjować postępowanie o zezwolenie na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, jest fakt, że postanowienie o zezwoleniu nie podlega wpisowi do rejestru karnego. Kwota uiszczona tytułem grzywny za przestępstwo skarbowe przy zastosowaniu tej instytucji nie stanowi również przesłanki recydywy skarbowej (art. 18 § 2 i 3 k.k.s.).

## **Rola sądu w postępowaniu przygotowawczym**

Jak zostało już wcześniej nadmienione, likwidacja dualizmu dochodzeniowo-orzeczniczego wśród kompetencji organów administracyjnych w oczywisty sposób zwiększyła zakres ingerencji sądu w fazę postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe. W konsekwencji, udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w sprawach karnych skarbowych opuściło obszar działania organów finansowych i stało się wyłączną domeną sądu<sup>5</sup>. W kwestii udzielenia stosownego zezwolenia sąd orzeka niezwłocznie postanowieniem na posiedzeniu. Aby z rozstrzygnięcia sądu wyeliminować jakikolwiek automatyzm i aby wzmocnić konstytucyjne gwarancje sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy (art. 45 § 1 Konstytucji), ustawodawca dopuścił możliwość rozpoznania wniosku o udzielenie

5 Por. art. 148 § 1 k.k.s. i art. 197 § 1 u.k.s. (instytucja dobrowolnego poddania się karze).

zezwoleń na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności w sprawach o przestępstwa skarbowe w składzie ławniczym (art. 148 § 1 i 2 k.k.s.). Sprawca czynu zabronionego zawsze ma prawo wziąć udział w posiedzeniu sądu, zaś sąd lub prezes sądu mogą zarządzeniem wyegzekwować obowiązkową obecność na posiedzeniu finansowego organu dochodzenia lub jego przedstawiciela (art. 148 § 3 i 4 k.k.s.).

Pozytywnymi przesłankami udzielenia przez sąd zezwoleń na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności są:

- nie budząca wątpliwości wina sprawcy;
- nie budzące wątpliwości okoliczności popełnienia przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego;
- uiszczenie przez sprawcę należności publicznoprawnej (jeżeli czyn zabroniony polegał na jej uszczupieniu lub narażeniu na uszczuplenie);
- uiszczenie przez sprawcę tytułem grzywny kwoty nie mniejszej niż najniższa grzywna grożąca za dany czyn zabroniony;
- wyrażenie przez sprawcę zgody na przepadek przedmiotów (ewentualnie uiszczenie równowartości pieniężnej tych przedmiotów) co najmniej w takim zakresie, w jakim przepadek ten jest obligatoryjny;
- uiszczenie przez sprawcę zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania (art. 17 § 1 k.k.s.).

Aby sąd udzielił sprawcy przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego zezwoleń na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności, powyższe przesłanki muszą zaistnieć kumulatywnie. Nawet w razie spełnienia wszystkich tych przesłanek sąd nie jest jednak zobligowany do udzielenia stosownego zezwoleń („sąd może...” – art. 17 § 1 k.k.s.).

Udzielenie zezwoleń na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest niedopuszczalne, jeżeli:

- przestępstwo skarbowe zagrożone jest karą ograniczenia wolności albo karą pozbawienia wolności;
- przestępstwo skarbowe zagrożone jest tylko karą grzywny, ale popełnione zostało w warunkach tzw. nadzwyczajnego obostrzenia kary albo kwota uszczupionej należności publicznoprawnej jest wielka lub wartość przedmiotu czynu zabronionego jest wielka;
- zgłoszono interwencję co do przedmiotów podlegających przypadkowi i nie została ona wycofana przez interwenienta przed wniesieniem aktu oskarżenia do sądu (art. 17 § 2 k.k.s.).

Postanowienie sądu o udzieleniu zezwoleń na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności jest zaskarżalne zażaleniem do sądu drugiej instancji. Skuteczność takiego zażalenia ograniczona została do sytuacji, gdy sąd orzekł

tytułem kary grzywny kwotą wyższą od uiszczonej przez sprawcę lub orzekając przepadek przedmiotów (ewentualnie uiszczenie ich równowartości pieniężnej) wykroczył poza zakres objęty zgodą sprawcy. Mówi o tym art. 149 § 1 k.k.s. stanowiący *lex specialis* względem art. 438 k.p.k., który to przepis określa podstawy uchylenia lub zmiany orzeczenia w toku instancji. Na postanowienie sądu pierwszej instancji oddalające wniosek o udzielenie zezwolenia na dobrowolne poddanie się odpowiedzialności zażalenie nie przysługuje (art. 459 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Oddalając taki wniosek sąd niezwłocznie zwraca sprawę finansowemu organowi dochodzenia (art. 148 § 5 k.k.s.).

Drugim polem aktywności sądu związanym z pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności za jego zgodą jest uchylenie prawomocnych mandatów karnych. Sąd, w którego okręgu mandat został nałożony, jednoosobowo na posiedzeniu orzeka o uchyleniu prawomocnego mandatu karnego, jeżeli grzywnę wymierzono w postępowaniu mandatowym za czyn nie będący wykroczeniem skarbowym. Sąd działa w tym zakresie z urzędu lub na wniosek ukaranego, przy czym termin zawity do złożenia wniosku wynosi 7 dni od daty uprawomocnienia się mandatu (art. 140 § 1 i 2 k.k.s.).

Subsydiarna rola postępowania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe w stosunku do postępowania karnego skutkuje tym, że również w toku postępowania przygotowawczego prowadzonego przez finansowy lub niefinansowy organ dochodzenia, sąd władny będzie orzekać w wielu kwestiach należących do szeroko rozumianego nadzoru nad postępowaniem przygotowawczym. Najważniejsze kompetencje sądu wynikające z odpowiedniego stosowania na gruncie art. 113 § 1 k.k.s. przepisów k.p.k. obejmują:

- stosowanie i przedłużanie tymczasowego aresztowania w toku śledztwa lub dochodzenia (art. 250 k.p.k. i art. 263 k.p.k.);
- rozpoznawanie zażaleń na zatrzymanie osoby (art. 246 k.p.k.);
- rozpoznawanie wniosków prokuratora o skierowanie podejrzanego na badanie psychiatryczne połączone z obserwacją w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym (art. 203 k.p.k.);
- rozpoznawanie wniosków prokuratora w przedmiocie orzeczenia o przepadku przedmiotu poręczenia majątkowego (art. 270 § 1 k.p.k.);
- rozpoznawanie wniosków oskarżyciela publicznego o orzeczenie przepadku przedmiotów tytułem środka zabezpieczającego po prawomocnym umorzeniu dochodzenia lub śledztwa (art. 323 § 3 k.p.k.).

Na odrębne wyszczególnienie zasługuje przeniesienie na grunt spraw o przestępstwa i wykroczenia skarbowe kompetencji sądu unormowanych w dziale VII rozdziale 38 k.p.k., a zatytułowanym „Czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym”. Jest to regulacja procesowa kontroli sądu nad tymi

orzeczeniami, które w sprawach karnych skarbowych kończą merytorycznie postępowanie już na etapie śledztwa lub dochodzenia, ale nie zostały wydane w ramach pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności za jego zgodą. Chodzi tutaj o postanowienia finansowych organów dochodzenia w przedmiocie umorzenia postępowania przygotowawczego lub odmowy jego wszczęcia.

Wyłączenie przepisów k.p.k. dotyczących pokrzywdzonego z pola zainteresowania k.k.s. (art. 113 § 2 k.k.s.) rodzi taki skutek, że zażalenia na postanowienia o odmowie wszczęcia lub o umorzeniu postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe mogą zaistnieć w bardzo wąskim zakresie. W praktyce prawo zaskarżenia takiego postanowienia przysługiwało będzie tylko następującym podmiotom:

- podejrzanemu, który zakwestionuje podstawę umorzenia dochodzenia lub śledztwa (gdyż tylko wtedy można dopatrzeć się w zaskarżonym rozstrzygnięciu naruszenia prawa podejrzanego lub szkody dla jego interesów);
- instytucji państwowej, samorządowej lub społecznej, która złożyła zawiadomienie o przestępstwie i nie zgadza się z orzeczeniem o odmowie wszczęcia śledztwa lub dochodzenia (art. 305 § 4 k.p.k. w zw. z art. 306 § 1 k.p.k.);
- podmiotowi pociągniętemu do odpowiedzialności posiłkowej oraz interwenientowi, którzy jako szczególne strony postępowania karnego skarbowego (podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej tylko w sprawach o przestępstwa skarbowe) również w myśl art. 306 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zyskują prawo inicjowania postępowania zażaleniewego co do postanowień o umorzeniu dochodzenia lub śledztwa.

Zażalenie na postanowienie finansowego organu dochodzenia o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego uprawniony podmiot wnosi do organu nadrzędnego nad tym, który wydał zaskarżone orzeczenie (art. 167 § 1 k.k.s.). Organ nadrzędny nad finansowym organem dochodzenia w razie nieprzychylenia się do zażalenia, kieruje je do sądu (art. 306 § 2 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 2 k.k.s.). Tylko sąd władny jest uprawomocnić orzeczenie o umorzeniu lub odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego wskutek nieuwzględnienia zażalenia.

Z kolei, w razie uchylecia postanowienia finansowego organu dochodzenia sąd zobligowany jest wskazać powody uchylecia, a w miarę potrzeby także okoliczności, które należy wyjaśnić lub czynności, które należy przeprowadzić. Wskazania sądu w tym zakresie są wiążące dla finansowego organu dochodzenia w trakcie dalszego prowadzenia postępowania przygotowawczego (art. 330 § 1 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.). Uwzględnienie zażalenia i uchylecie zaskarżonego postanowienia przez sąd nie stoi natomiast na przeszkodzie, by finansowy organ dochodzenia, po dokonaniu zleconych ustaleń

i wykonaniu zleconych czynności, ponownie umorzył postępowanie lub odmówił jego wszczęcia (art. 330 § 2 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.).

#### 4. Postępowanie rozpoznawcze (sądowe)

Powtórzyć należy, że zasada sądowego orzekania w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe ma wręcz rewolucyjne znaczenie z punktu widzenia prawa do sądu tych uczestników postępowania w sprawach karnych skarbowych, którzy nie reprezentują oskarżyciela publicznego. Wprowadzenie zasady sądowego orzekania stało się niecierpiącą zwłoki koniecznością na gruncie konstytucyjnych zasad państwa prawnego i sądowego wymiaru sprawiedliwości. Nadto czyniło zadość art. 6 Konwencji. W rezultacie, k.k.s. we wszystkich sprawach o przestępstwa skarbowe powierzył orzecznictwo sądom powszechnym (rejonowym) i sądom wojskowym (art. 115–116 k.k.s.).

Ustawodawca przewidział dla spraw o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe zastosowanie czterech trybów orzekania: zwyczajnego, uproszczonego, nakazowego oraz postępowania w stosunku do nieobecnych<sup>6</sup>. Nie są to ramy procedowania całkiem analogiczne z uregulowaniami zawartymi w k.p.k. Postępowanie sądowe w sprawach o przestępstwa i wykroczenia powszechne dzieli się również na zwyczajne i szczególne, ale w ramach tego drugiego obok trybu uproszczonego wyróżniono, jako tryby odrębne, postępowanie nakazowe, postępowanie w sprawach z oskarżenia prywatnego oraz postępowanie w sprawach o wykroczenia (dział X k.p.k.). Dwa ostatnie tryby są bezużyteczne na gruncie k.k.s. Brak zastosowania postępowania z oskarżenia prywatnego wiązać należy z niestosowaniem przepisów k.p.k. dotyczących pokrzywdzonego (art. 113 § 2 k.k.s. w zw. z art. 59 k.p.k.). W art. 113 § 2 k.k.s. wyłączono również wprost zastosowanie przepisów postępowania k.p.k. w sprawach o wykroczenia, co było pośrednim następstwem zintegrowania zasad karania za wykroczenia skarbowe z przepisami kodeksu wykroczeń z 1971 r.<sup>7</sup> oraz umieszczeniem w k.k.s. wysoce kompletnej i samodzielnej regulacji w zakresie rozpoznawania spraw o wykroczenia skarbowe. Oczywiście, głównym powodem pominięcia odrębności proceduralnych dotyczących rozpoznawania spraw o wykroczenia na gruncie k.p.k. pozostaje ujednolicenie przepisów postępowania w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe na gruncie k.k.s.

Odmienne niż postępowanie z oskarżenia prywatnego i postępowanie sądowe o wykroczenia umiejscowić trzeba postępowanie w stosunku do nieobe-

<sup>6</sup> Por. Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego skarbowego, *op. cit.*, s. 254.

<sup>7</sup> Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 12, poz. 114 z późn. zm.).

nych. Jest to tryb rozpoznania sprawy przewidziany w k.k.s., pomimo że zrezygnował z niego k.p.k. Z drugiej strony, ten tryb postępowania istniał już w u.k.s. (część II, dział II, rozdział 12) i utrzymany został w k.k.s. w kształcie bardzo zbliżonym do nadanego mu pierwotnie. Szczególnym argumentem, przemawiającym za utrzymaniem szczególnego trybu postępowania w stosunku do nieobecnych były postulaty praktyki w zakresie zapobieżenia bezkarności sprawców przestępstw i wykroczeń celnych, którzy wyjadą za granicę.

Przystępując do syntetycznego naszkicowania specyfiki poszczególnych trybów postępowania pamiętać należy, że odmiennie niż w procedurach powszechnych, w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe typowym postępowaniem będą tryby szczególne. Proces zwyczajny natomiast pozostanie wyjątkiem, znajdującym zastosowanie tylko przy rozpoznawaniu spraw o przestępstwa skarbowe.

## **Postępowanie zwyczajne**

Wyjątkowość tego postępowania w k.k.s. wynika z następujących przyczyn:

- art. 117 § 2 k.k.s. nie pozwala na stosowanie trybu zwyczajnego w sprawach o wykroczenia skarbowe;
- art. 469 § 1 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s. zastrzega postępowanie uproszczone dla spraw o przestępstwa zagrożone karą nie przekraczającą 3 lata pozbawienia wolności, podczas gdy zgodnie z art. 27 k.k.s. najsurowsza kara pozbawienia wolności za przestępstwo skarbowe, o ile nie zachodzą przesłanki do jej nadzwyczajnego obostrzenia, wynosi właśnie 3 lata.

Tryb zwyczajny znajduje zastosowanie również wtedy, gdy przepisy procesowe wyłączają możliwość rozpoznania sprawy o przestępstwo skarbowe w postępowaniu uproszczonym. Są to następujące sytuacje:

- oskarżony o przestępstwo skarbowe został pozbawiony wolności w tej lub innej sprawie, z wyjątkiem niektórych przestępstw, gdy zatrzymanie lub tymczasowe aresztowanie zastosowano po ujęciu sprawcy na gorącym uczynku lub bezpośrednio potem (art. 470 pkt 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.);
- oskarżony o przestępstwo skarbowe jest głuchy, niemy lub niewidomy, nie włada językiem polskim albo zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności (art. 470 pkt 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s., z zastrzeżeniem art. 5 k.k.s.);
- przestępstwo skarbowe zostało popełnione w warunkach umożliwiających zastosowanie nadzwyczajnego obostrzenia kary na gruncie art. 37 § 1 k.k.s.

albo też kwota uszczuplonej należności publicznoprawnej lub wartość przedmiotu czynu zabronionego jest wielka (art. 117 § 1 k.k.s.).

Po wstępnej kontroli aktu oskarżenia, prezes sądu uprawniony jest wydać zarządzenie o wyznaczeniu rozprawy (art. 350 § 1 k.p.k.) lub skierować sprawę na posiedzenie (art. 349 k.p.k.). Skierowanie sprawy na posiedzenie jest obligatoryjne, jeżeli:

- oskarżyciel publiczny złożył wniosek o orzeczenie środków zabezpieczających (z wyjątkiem określonym w art. 354 pkt 2 k.p.k.);
- zachodzi potrzeba rozważenia kwestii warunkowego umorzenia postępowania;
- oskarżyciel publiczny złożył wraz z aktem oskarżenia wnioski o skazanie oskarżonego bez przeprowadzenia rozprawy (art. 339 § 1 k.p.k., także art. 156 k.k.s.).

Spśród innych rozstrzygnięć, przekraczających uprawnienia prezesa sądu na etapie przygotowania do rozprawy głównej, wymienić należy przede wszystkim możliwość rozważenia na posiedzeniu zasadności zwrotu sprawy prokuratorowi lub finansowemu organowi dochodzenia w celu usunięcia istotnych braków dochodzenia lub śledztwa (art. 339 § 3 pkt 4 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.). Zarówno udział prokuratora, jak też finansowego organu dochodzenia w posiedzeniach sądu jest obowiązkowy, jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Udział innych stron nie jest obowiązkowy, a nie jest nawet wymagane zawiadamianie ich o terminie posiedzenia, o ile ustawa nie nakłada wyraźnie takiego obowiązku (art. 339 § 5 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.).

Rozprawa w postępowaniu zwyczajnym prowadzona jest w składzie jednego sędziego i dwóch ławników, a ze względu na szczególną zawilgość sprawy istnieje możliwość jej rozpoznania w trzyosobowym składzie zawodowym (art. 28 § 1 i 2 k.p.k.). Akt oskarżenia w trybie zwyczajnym wnosi do sądu tylko prokurator (art. 155 § 2 k.k.s.) i jego udział w rozprawie jest obowiązkowy (art. 46 k.p.k.). Finansowy organ dochodzenia może działać w charakterze oskarżyciela publicznego obok prokuratora (art. 157 § 2 k.k.s.). Obowiązkowa jest również obecność na rozprawie głównej oskarżonego (art. 374 § 1 k.p.k.). Wymóg udziału oskarżonego w rozprawie doznaje ograniczeń w sytuacjach, gdy:

- oskarżony po złożeniu wyjaśnień opuścił bez zezwolenia przewodniczącego salę rozpraw (ewentualnie bez usprawiedliwienia i pomimo prawidłowego zawiadomienia nie stawił się na rozprawę przerwana lub odroczone), a sąd uznał za zbędną jego obecność w dalszej części rozprawy (art. 376 § 1 i 2 k.p.k.);
- oskarżony wprawił się ze swej winy w stan niezdolności do udziału w rozprawie i zostało to potwierdzone przez biegłego lekarza (art. 377 § 1 i 2 k.p.k.);

– oskarżony po zawiadomieniu go o terminie rozprawy oświadczył, że nie weźmie w niej udziału lub uniemożliwił doprowadzenie na rozprawę, a sąd uznał jego obecność za zbędną (art. 377 § 3 k.p.k.).

Szczególna regulacja zawarta w art. 158 k.k.s. dotyczy podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. Jeżeli wezwanie na rozprawę zostało mu prawidłowo doręczone, to niestawiennictwo tej strony tylko wówczas uniemożliwia rozpoznanie sprawy i wydanie orzeczenia, jeżeli usprawiedliwiła ona nieobecność i wniosła jednocześnie o odroczenie rozprawy. Wobec podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo, nieobecnego na rozprawie, w zakresie rozstrzygnięcia o nałożeniu odpowiedzialności posiłkowej zastosowanie znajduje uregulowanie k.p.k. dotyczące skazania wyrokiem zaocznym i procedury zaskarżenia takiego wyroku (art. 158 § 3 k.k.s. w zw. z art. 482 k.p.k.). Nieusprawiedliwione niestawiennictwo na rozprawie prawidłowo zawiadomionego interwenienta też nie stanowi przeszkody do prowadzenia rozprawy i wydania orzeczenia (art. 128 § 3 k.k.s.). Interwenient nie ma jednak możliwości spowodowania odroczenia rozprawy, nawet jeśli usprawiedliwi należycie nieobecność (zgodnie z art. 128 § 1 k.k.s., do interwenienta nie stosuje się odpowiednio art. 117 § 2 k.p.k.).

Rozprawa w trybie zwyczajnym może być przerwana na czas nie dłuższy niż 35 dni (art. 401 § 2 k.p.k.). W razie odroczenia rozprawy po otwarciu przewodu sądowego (lub gdy suma przerw przekształci się w odroczenie), sąd powinien prowadzić rozprawę od początku, chyba że u podstaw odroczenia legły wyjątkowe przyczyny, skład sądu nie uległ zmianie, a żadna ze stron nie wyrazi sprzeciwu, by prowadzić odroczoną rozprawę w dalszym ciągu (art. 404 § 2 k.p.k.).

Porządek zadawania pytań po swobodnym wypowiedzeniu się osoby przesłuchiwanej przyjmuje następującą kolejność: oskarżyciel publiczny, interwenient, jego pełnomocnik, biegły, podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej, jego pełnomocnik, obrońca, oskarżony i członkowie składu orzekającego (art. 160 k.k.s.). Taka sama kolejność (oczywiście z wyłączeniem biegłego i członków składu orzekającego) obowiązuje przy zabieraniu głosu po zamknięciu przewodu sądowego, z tą różnicą, że przedstawiciele procesowi stron zawsze zabierają głos przed stronami, które reprezentują (art. 162 k.k.s.).

W toku rozprawy, do chwili zakończenia pierwszego przesłuchania na rozprawie głównej, oskarżony ma prawo złożyć wnioski o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego i wymierzenie mu kary lub środków karnych, które sam zaproponuje (art. 387 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Sąd może uzależnić zgodę na uwzględnienie takiego wniosku od dokonania w nim wskazanych przez siebie zmian (art. 387 § 3



k.p.k.), a przychylić się do wniosku może tylko wówczas, gdy okoliczności popełnienia przestępstwa lub wykroczenia skarbowego nie budzą wątpliwości, prokurator i finansowy organ dochodzenia wyrażą na to zgodę (jeżeli biorą udział w postępowaniu sądowym w charakterze oskarżyciela publicznego), a cele postępowania zostaną osiągnięte pomimo nieprzeprowadzenia rozprawy w całości (art. 387 § 2 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.).

Szczególne regulacje zawarte w art. 161 § 1 k.k.s. pozwala sądowi dodatkowo, by uwzględnienie wniosku oskarżonego zgłoszonego po myśli art. 387 § 1 k.p.k. uzależnić od uiszczenia w całości i w wyznaczonym terminie uszczupionej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej. Uiszczenie takie jest obowiązkowe, aby sąd mógł przychylić się do wniosku zgłoszonego po myśli art. 387 § 1 k.p.k. przez sprawcę umyślnego przestępstwa skarbowego o co najmniej dużej wartości przedmiotu czynu zabronionego lub powodującego uszczuplenie należności publicznoprawnej co najmniej dużej wartości oraz przez sprawcę tzw. ciągu przestępstw skarbowych. Przychylenie się do wniosku o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego w części dotyczącej orzeczenia przepadku przedmiotów dodatkowo uzależnione jest od braku sprzeciwu interwenienta (art. 161 § 2 k.k.s.).

Wyrok sądu w sprawach o przestępstwa skarbowe lub wykroczenia skarbowe, w miarę potrzeby powinien zawierać także specyficzne dla tych spraw rozstrzygnięcia dotyczące:

- odpowiedzialności posiłkowej;
- roszczeń interwenienta;
- ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów;
- przedmiotów zajętych na zabezpieczenie równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów;
- przedmiotów zajętych na zabezpieczenie uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej (art. 163 k.k.s.).

W postępowaniu odwoławczym od wyroku wydanego w pierwszej instancji zastosowanie znajdują przepisy ogólne k.p.k., dotyczące postępowania odwoławczego oraz przepisy k.p.k. dotyczące apelacji (dział IX, rozdział 48–49). Dla wzruszenia prawomocnych orzeczeń w sprawach karnych skarbowych zastosowanie znajdują przepisy k.p.k. o nadzwyczajnych środkach zaskarżenia, tj. o kasacji i wznowieniu postępowania (dział XI).

Strony mogą skarżyć jedynie rozstrzygnięcia lub ustalenia naruszające ich prawa lub szkodzące ich interesom. Ograniczenie to nie dotyczy oskarżyciela publicznego (art. 425 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Z kolei, podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej ma nieograniczone uprawnienia co do zakresu zaskarżenia tylko wówczas, jeżeli podstawą jego odpowiedzial-

ności jest skazanie oskarżonego. W przeciwnym wypadku może wnieść apelację tylko co do rozstrzygnięcia o nałożeniu odpowiedzialności posiłkowej (art. 166 k.k.s.). W celu wniesienia apelacji, strona powinna, w terminie zawitym 7 dni od daty ogłoszenia wyroku, złożyć wniosek o sporządzenie na piśmie jego uzasadnienia (art. 422 § 1 k.p.k.). Następnie, w terminie zawitym 14 dni od daty doręczenia stronie wyroku wraz z uzasadnieniem, winna ona wnieść apelację do sądu odwoławczego (okręgowego) za pośrednictwem sądu, który wydał zaskarżony wyrok (art. 428 § 1 k.p.k. i art. 445 § 1 k.p.k.).

Postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe jest dwuinstancyjne, a wyrok sądu odwoławczego jest prawomocny z chwilą jego ogłoszenia. Uregulowanie postępowania kasacyjnego w k.k.s. opiera się obecnie w całości na przepisach k.p.k. (art. 523 § 1–4 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Godzi się natomiast wspomnieć, że ustawodawca dopuścił tzw. małą kasację w sprawach o przestępstwa skarbowe z prawie rocznym wyprzedzeniem w porównaniu z przestępstwami pospolitymi. Dopiero od dnia 1 września 2000 r. poprzez uchylenie dotychczasowego art. 168 k.k.s. oraz nadanie nowego brzmienia art. 523 k.p.k. nastąpiło ujednoczenie warunków dopuszczalności kasacji w oparciu o konstrukcję obowiązującą w k.k.s. już od dnia 17 października 1999 r.<sup>8</sup> Kasacja na korzyść może być wniesiona tylko w razie skazania oskarżonego za przestępstwo skarbowe na bezwzględną karę pozbawienia wolności, zaś kasacja na niekorzyść tylko w razie uniewinnienia oskarżonego albo umorzenia postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy, znikomej szkodliwości społecznej czynu lub wyłączenia karalności przez ustawę (chyba że kasacja na korzyść lub na niekorzyść wniesiona została z powodu bezwzględnych przyczyn uchylenia orzeczenia przewidzianych w art. 439 k.p.k. albo podmiotem składającym kasację jest Minister Sprawiedliwości – Prokurator Generalny lub Rzecznik Praw Obywatelskich).

W przedmiocie wznowienia postępowania k.k.s. zawiera specjalną podstawę w zakresie niesłusznego rozstrzygnięcia o nałożeniu odpowiedzialności posiłkowej, albowiem k.p.k. w ogóle nie przewidywał rozstrzygnięcia o odpowiedzialności posiłkowej (art. 170 k.k.s.).

---

<sup>8</sup> Art. 1 pkt 16 i art. 3 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks karny skarbowy (Dz. U. Nr 62, poz. 717) ogłoszonej dnia 1 sierpnia 2000 r. i obowiązującej zgodnie z art. 6 tejże ustawy od dnia 1 września 2000 r.

## Postępowanie uproszczone

W sprawach karnych skarbowych tryb uproszczony znajduje przed sądami bardzo szerokie zastosowanie. Dotyczy wszystkich spraw o wykroczenia skarbowe oraz większości spraw o przestępstwa skarbowe, z wyłączeniem niektórych przypadków wskazanych na wstępie poprzedniego podrozdziału. Jest trybem właściwym do rozpoznawania spraw w następstwie złożenia sprzeciwu od wydanego uprzednio przez sąd nakazu karnego.

Najważniejsze odrębności związane ze stosowaniem trybu uproszczonego w postępowaniu przed sądem w porównaniu z zasadami procesu zwyczajnego to:

1. Wezwanie na rozprawę można doręczyć oskarżonemu już wraz z aktem oskarżenia (art. 475 k.p.k.).

2. Zasadą jest rozpoznawanie sprawy w składzie jednoosobowym przy zachowaniu przez prezesa sądu uprawnienia do wyznaczenia składu ławniczego z uwagi na okoliczności sprawy (art. 476 § 1 k.p.k.).

3. Udział w rozprawie finansowego organu dochodzenia, który wniósł akt oskarżenia lub jego przedstawiciela jest obowiązkowy i niezależny od tego, czy w sprawie jako oskarżyciel publiczny bierze udział prokurator (art. 157 § 1 k.k.s.).

4. Rozprawa może zostać przerwana na czas nie dłuższy niż 21 dni, a w razie przekroczenia tego terminu sąd kontynuuje rozprawę w dalszym ciągu i w tym samym składzie, aczkolwiek w postępowaniu zwyczajnym (art. 484 k.p.k.).

5. Jeżeli okoliczności wyłączające uproszczony tryb postępowania ujawnią się dopiero po rozpoczęciu przewodu sądowego, sąd może rozpoznawać sprawę w dalszym ciągu i w tym samym składzie w postępowaniu zwyczajnym tylko za zgodą oskarżonego (art. 483 k.p.k.).

6. W sprawach o wykroczenia skarbowe występuje nieznaną w k.p.k. instytucja nadania orzeczeniu rygoru natychmiastowej wykonalności. Rozwiązanie to dotyczy wyłącznie sprawców skazanych na karę grzywny, którzy nie mają na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej stałego miejsca zamieszkania lub pobytu albo przebywają na tym terytorium jedynie czasowo. Rygorowi natychmiastowej wykonalności towarzyszy orzeczenie zastępczej kary pozbawienia wolności na wypadek nieuiszczenia grzywny w terminie trzech dni (art. 164 k.k.s.).

7. Na bardziej szczegółowe omówienie zasługuje charakterystyczna tylko dla postępowania uproszczonego procedura zaocznego rozpoznania sprawy i wydania wyroku zaocznego. Jest to możliwe, jeżeli zarówno prawidłowo wezwany oskarżony, jak też jego obrońca nie stawią się na rozprawę główną. Jeżeli stawia się tylko obrońca, prowadzenie postępowania jest możliwe, ale

wyrok nie będzie zaoczny (art. 479 § 1 k.p.k.). Brak natomiast warunków do zaocznego prowadzenia sprawy, jeśli:

- oskarżony usprawiedliwił niestawiennictwo i wnosił o odroczenie rozprawy (art. 480 k.p.k.);
- nie ma możliwości odczytania uprzednio złożonych wyjaśnień przez nieobecnego oskarżonego (art. 479 § 2 k.p.k.).

Wyrok zaoczny należy doręczyć oskarżonemu, a procedura zaskarżenia takiego wyroku jest stosunkowo złożona. Oskarżony w terminie zawitym 7 dni od otrzymania wyroku zaocznego może wnieść sprzeciw zawierający koniecznie usprawiedliwienie nieobecności na rozprawie oraz ewentualnie wnioszek o uzasadnienie wyroku zaocznego na wypadek nieprzyjęcia lub nieuwzględnienia sprzeciwu (art. 482 § 1 k.p.k.). W przedmiocie uwzględnienia sprzeciwu sąd orzeka na posiedzeniu. Uwzględnienie sprzeciwu skutkuje ponownym rozpoznaniem sprawy, przy czym wyrok zaoczny pozostaje w mocy do chwili, gdy oskarżony lub jego obrońca stawi się na rozprawę (art. 482 § 3 k.p.k.). Jeżeli sąd uzna nieobecność oskarżonego na rozprawie za nieusprawiedliwioną, to sprzeciwu nie uwzględni (art. 482 § 2 k.p.k.). Takie postanowienie jest zaskarżalne zażaleniem na zasadach ogólnych i to niezależnie od biegu terminu do złożenia apelacji, w razie gdy oskarżony wnosił o sporządzenie uzasadnienia wyroku na wypadek nieprzyjęcia lub nieuwzględnienia sprzeciwu.

Przypomnieć należy, że na powyższych zasadach strona odpowiedzialna posiłkowo skarżyć może wyrok w zakresie rozstrzygnięcia o nałożeniu odpowiedzialności posiłkowej, jeżeli nie brała udziału w rozprawie, a była prawidłowo wezwana i nie wносиła o odroczenie rozprawy (art. 158 § 3 k.k.s.). Natomiast w stosunku do interwenienta istnieje jedynie obowiązek doręczenia mu wyroku zaocznego (art. 128 § 1 k.k.s. w zw. z art. 482 § 1 k.p.k. zdanie pierwsze). Interwenienta nie dotyczą przepisy pozwalające na złożenie sprzeciwu, a więc wyrok zaoczny może zaskarżyć jedynie w oparciu o ogólne przepisy o postępowaniu odwoławczym.

## **Postępowanie nakazowe**

W postępowaniu nakazowym sąd może karać sprawców wszystkich wykroczeń oraz przestępstw skarbowych, podlegających rozpoznaniu w postępowaniu uproszczonym, ale w ograniczonym zakresie. Pozytywną przesłanką wydania nakazu karnego jest brak wątpliwości co do okoliczności czynu i winy oskarżonego, a co za tym idzie, uznanie, że przeprowadzenie rozprawy nie jest konieczne (art. 500 § 1 i 3 k.p.k.). Nakazem karnym można orzec za przestępstwo skarbowe karę ograniczenia wolności albo grzywnę nie przekraczającą

dwustu stawek dziennych (art. 23 § 2 k.k.s. w zw. z art. 172 § 1 k.k.s.), zaś za wykroczenie skarbowe grzywnę nie przekraczającą 10-krotnej wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia (art. 48 § 3 k.k.s. w zw. z art. 172 § 1 k.k.s.). Spośród środków karnych orzec można tylko przepadek przedmiotów i ściągnięcie równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów (art. 172 § 2 i 3 k.k.s.).

Wydanie nakazu karnego jest niedopuszczalne z tych samych przyczyn, które wyłączają stosowanie trybu uproszczonego (art. 501 k.p.k.), a nadto w razie stosowania przepisów o odpowiedzialności posiłkowej i w razie zgłoszenia interwencji co do przedmiotów podlegających przepadkowi, jeżeli nie została wycofana przez interwenienta przed wniesieniem aktu oskarżenia do sądu (art. 171 § 1 k.k.s.).

Nakaz karny sąd wydaje jednoosobowo na posiedzeniu. Oskarżony ma prawo wziąć w nim udział (art. 500 § 4 k.p.k.). Udział finansowego organu dochodzenia lub jego przedstawiciela jest quasi-obligatoryjny, tzn. obowiązkowy tylko na zarządzenie prezesa sądu lub sądu (art. 171 § 2 k.k.s.). Prokurator nie ma obowiązku uczestniczenia w takim posiedzeniu, nawet jeżeli wniósł akt oskarżenia (art. 500 § 2 k.p.k. w zw. z art. 477 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionych stron nie tamuje toku posiedzenia, jeśli obecność ich nie była obowiązkowa (art. 171 § 3 k.k.s.).

Odpis nakazu karnego w każdym przypadku doręcza się prokuratorowi i finansowemu organowi dochodzenia, zaś oskarżonemu i jego obrońcy wraz z odpisem aktu oskarżenia (art. 505 § 1 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.). Strony te, w terminie zawitym 7 dni od daty otrzymania nakazu karnego, mają prawo wnieść sprzeciw do sądu, który wydał nakaz (art. 506 § 1 k.p.k.). W razie wniesienia sprzeciwu, nakaz karny traci moc, a sprawa podlega rozpoznaniu na zasadach ogólnych, czyli w postępowaniu uproszczonym (art. 506 § 3 k.p.k.). Taki sam skutek rodzi orzeczenie sądu o uznaniu nakazu karnego za bezskuteczny, w razie niemożności jego doręczenia oskarżonemu w terminie trzech miesięcy (art. 505 § 2 k.p.k.). Jeżeli od nakazu karnego nie wniesiono sprzeciwu lub sprzeciw został cofnięty przed rozpoczęciem przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej (art. 506 § 5 k.p.k.), to nakaz karny ulega wykonaniu jak prawomocny wyrok skazujący (art. 507 k.p.k.).

## **Postępowanie w stosunku do nieobecnych**

Ten tryb postępowania ma swoją całkowicie autonomiczną i odrębną regulację w art. 173–177 k.k.s. (tytuł II, dział VI) albowiem nie jest znany k.p.k. Znajduje zastosowanie zarówno do sprawcy przestępstwa lub wykroczenia

skarbowego, jak też do podmiotu podciągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. Warunkiem uznania tych stron za nieobecne jest ich stały pobyt za granicą albo niemożność ustalenia miejsca ich zamieszkania lub pobytu w kraju (art. 173 § 1 i 3 k.k.s.). Postępowanie nie może się jednak toczyć pod ich nieobecność, jeżeli istnieją wątpliwości co do winy sprawcy lub okoliczności popełnienia czynu zabronionego, a także wówczas, gdy oskarżony lub podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej ukrył się dopiero po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia, albo też w toku postępowania przed sądem zdołano ustalić miejsce zamieszkania lub pobytu strony w kraju (art. 173 § 2 k.k.s.).

Generalna zasada zawarta w art. 174 k.p.k. stanowi, że postępowanie w stosunku do nieobecnych toczy się na zasadach ogólnych (tj. na zasadach postępowania zwyczajnego, uproszczonego lub nakazowego, o ile zachodzą przesłanki do stosowania jednego z tych trybów). Oczywiście wydaje się przy tym wyłączenie stosowania tych przepisów, dla wykonania których nieobecność oskarżonego lub podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej jest przeszkodą. Zastosowanie postępowania w stosunku do nieobecnych wymaga wydania odrębnego postanowienia (art. 175 § 1 k.k.s.). Postanowienie to nie jest zaskarżalne (art. 459 § 1 i 2 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.). Nieobecny oskarżony musi mieć obrońcę w postępowaniu pierwszoinstancyjnym i odwoławczym. Obrońcę z urzędu wyznacza oskarżonemu prezes sądu właściwego do rozpoznania sprawy. Odpowiednie uprawnienie, równoznaczne z udzieleniem pełnomocnictwa, dotyczy wyznaczenia adwokata lub radcy prawnego dla podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, który nie ma pełnomocnika z wyboru (art. 176 k.k.s.).

Swoiste uregulowanie, zbliżone konstrukcyjnie do art. 417 k.p.k. z 1969 r.<sup>9</sup>, zawiera art. 177 k.k.s. Przepis ten statuuje możliwość złożenia quasi-sprzeciwu przeciwko wyrokowi sądowemu. Jest to sposób na wzruszenie prawomocnego wyroku sądowego, przysługujący skazanemu po jego ujęciu lub po osobistym zgłoszeniu się do rozporządzenia sądu. Należy mu wówczas doręczyć odpis wyroku wydanego w postępowaniu w stosunku do nieobecnych, a od daty doręczenia biegnie 14-dniowy termin zawity do złożenia przez skazanego wniosku o wyznaczenie rozprawy. W razie złożenia takiego wniosku wyrok traci moc dopiero do chwili stawienia się skazanego na rozprawie. Należy dodać, że art. 177 k.k.s. nie znajduje odpowiedniego zastosowania do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej.

---

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. Nr 13, poz. 96 z późn. zm.) uchylona mocą art. 3 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Przepisy wprowadzające k.p.k. (Dz. U. Nr 89, poz. 556).

## 5. Postępowanie wykonawcze

Postępowanie wykonawcze w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe, na równi z zagadnieniami materialnoprawnymi i procesowymi, charakteryzuje się odmiennym od dotychczasowego sposobem ujęcia. Struktura i systematyka przepisów regulujących postępowanie wykonawcze różni się nie tylko od regulacji zawartej w u.k.s., ale jest nowatorska w stosunku do wszystkich poprzednich ustaw skarbowych, poczynając od 1926 r.

W u.k.s. znajdowały się dwa rozdziały regulujące odrębnie wykonywanie orzeczeń wydanych przez finansowe organy orzekające (art. 234–248 u.k.s.) oraz wykonywanie orzeczeń sądu (art. 274–278 u.k.s.). Tymczasem w k.k.s. nie tylko zgrupowano zagadnienia wykonawcze całościowo w jednym miejscu (art. 178–191 k.k.s. w tytule III ustawy), ale też wyraźnie wyodrębniono je poza częścią procesową. W ten sposób zrealizowano postulat systemowej spójności zewnętrznej, uwzględniający usamodzielnienie się prawa karnego wykonawczego i polegający na dostosowaniu prawny wykonawczej regulacji k.k.s. do stanu istniejącego w obowiązującej od dnia 1 września 1998 r.<sup>10</sup> kodyfikacji prawa karnego w zakresie przestępstw pospolitych.

Szczególnie cenne jest ścisłe zintegrowanie systemowe wykonawczych przepisów karnoskarbowych z przepisami k.k.w. Oznacza to w praktyce, że w prawie karnym skarbowym przepisy k.k.w. stosowane będą w sposób optymalny, niezależnie od rodzaju organu orzekającego, czy też rodzaju orzeczonej kary lub środka karnego. Przed wyłączeniem kompetencji organów pozasądowych do orzekania w sprawach karnych skarbowych integracja u.k.s. i k.k.w. istniała jedynie w zakresie wykonywania orzeczeń wydanych przez sąd (art. 274 u.k.s.). Obecnie, zgodnie z art. 178 § 1 k.k.s., wykonywanie wszystkich orzeczeń w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe odbywa się według przepisów k.k.w., o ile odmiennego uregulowania nie zawierają przepisy wykonawcze zawarte w k.k.s. Jest to maksymalnie ścisłe nawiązanie do ogólnej reguły zawartej w art. 1 § 1 k.k.w., zgodnie z którą orzeczenia wydane w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe należą do orzeczeń podlegających wykonaniu według przepisów k.k.w., chyba że ustawa stanowi inaczej.

Zmiany i modyfikacje niektórych reguł k.k.w. na gruncie k.k.s. są uzasadnione potrzebą dostosowania do odmiennych sytuacji. Odmienność ta wiąże się z innymi organami występującymi w postępowaniu karnym skarbowym, a przede wszystkim z koniecznością wprowadzenia surowszych zasad egzekwowa-

<sup>10</sup> Data wejścia w życie k.k., k.p.k. i k.k.w. z 1997 r.

nia powinności związanych z ustawowym priorytetem środków dolegliwości ekonomicznej. Pomimo to odstępstwa od uregulowań k.k.w. obejmują zaledwie kilkanaście autonomicznych przepisów, i można przyjąć, że zebrane zostały w sposób wyczerpujący. Najważniejsze z nich dotyczą:

- urzędów celnych lub organów Inspekcji Celnej jako swoistych organów postępowania wykonawczego (art. 179 k.k.s.);
- egzekucji ściągnięcia i zabezpieczenia ściągnięcia równowartości pieniężnej przypadku przedmiotów albo uszczuplonych lub narażonych na uszczuplenie należności publicznoprawnych (art. 180 k.k.s.);
- modyfikacji wysokości stawki dziennej (art. 182 k.k.s.);
- wykonywania kary grzywny przez osobę odpowiedzialną posiłkowo (art. 184 k.k.s.);
- wykonywania pracy społecznie użytecznej i zastępczej kary pozbawienia wolności w razie nieściągalności grzywny orzeczonej za wykroczenie skarbowe (art. 185–186 k.k.s.);
- wykonywania prawomocnych mandatów karnych (art. 187 § 2 k.k.s.);
- uznania za wykonane środków karnych w postaci zakazu prowadzenia określonej działalności gospodarczej, wykonywania określonego zawodu lub zajmowania określonego stanowiska oraz w postaci pozbawienia praw publicznych (art. 191 k.k.s.).

Zdając sobie sprawę z koniecznej, w ramach niniejszego opracowania, selekcji omawianych zagadnień, wskażemy poniżej na najbardziej, naszym zdaniem, charakterystyczne odrębności przepisów wykonawczych k.k.s. względem k.k.w.:

- w stosunku do podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo nie stosuje się wykonania pracy społecznie użytecznej ani zastępczej kary pozbawienia wolności, zaś wobec prawomocnego orzeczenia o nałożeniu odpowiedzialności posiłkowej nie jest możliwe umorzenie postępowania wykonawczego w razie śmierci sprawcy skazanego za przestępstwo skarbowe (art. 184 § 4 i 5 k.k.s.);
- zastępcza kara pozbawienia wolności za wykroczenia skarbowe jest możliwa w razie nieściągalności grzywny wymierzonej w kwocie przekraczającej 1/20 górnej granicy ustawowego zagrożenia (przy zastosowaniu dla jednego dnia pozbawienia wolności równoważnika wynoszącego od 1/500 do 1/50 górnej granicy ustawowego zagrożenia grzywną); kara zastępcza nie może przekroczyć trzydziestu dni pozbawienia wolności, a jej wymierzenie nie jest możliwe, gdy właściwości lub warunki osobiste ukaranego uniemożliwiają odbycie kary zastępczej (art. 186 § 2–4 k.k.s.);



- wykonanie prawomocnych mandatów karnych kredytowanych odbywa się w trybie przepisów ustawy z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji<sup>11</sup> (art. 187 § 2 k.k.s.);
- instytucja skrócenia tzw. rehabilitacji praw w razie stosowania niektórych środków karnych przeniesiona została do art. 191 k.k.s. z art. 84 k.k. i stanowi uzupełnienie systemowe tego przepisu.

Warto zauważyć na powyższych przykładach, że ustawodawca dostrzegł dotychczasową błędną praktykę lokowania takich przepisów, jak art. 34 u.k.s. (odpowiednikiem jest art. 184 k.k.s.) lub art. 42 § 1 i 2 u.k.s. (zmodyfikowanym odpowiednikiem jest art. 186 k.k.s.) w grupie przepisów materialnoprawnych zamiast wykonawczych.

Zasadą jest, że sąd, który wydał orzeczenie w pierwszej instancji jest również właściwy w postępowaniu dotyczącym wykonania tego orzeczenia (art. 3 § 1 k.k.w.). Skazany lub ukarany może składać wnioski o wszczęcie postępowania przed sądem, brać w nim udział w charakterze strony, a przede wszystkim, o ile ustawa nie stanowi inaczej, ma prawo wnosić zażalenie na postanowienia wydane w toku postępowania wykonawczego (art. 6 § 1 k.k.w.). Jeżeli skazany lub ukarany nie był obecny przy ogłoszeniu postanowienia, to należy mu je doręczyć zawsze, gdy przysługuje mu środek zaskarżenia. To samo dotyczy zarządzeń (art. 16 k.k.w.).

W postępowaniu wykonawczym sąd orzeka jednoosobowo postanowieniem (art. 18 § 1 k.k.w. i art. 20 § 1 k.k.w.). Zażalenia rozpoznaje sąd wyższej instancji, pod warunkiem że sąd, który wydał zaskarżone postanowienie, nie przychylił się do zażalenia przed przekazaniem akt sprawy sądowi odwoławczemu (art. 20 § 2 k.k.w.).

W posiedzeniu wykonawczym sądu ma prawo wziąć udział w szczególności prokurator, finansowy organ dochodzenia, skazany (ukarany), a także jego obrońca (art. 22 § 1 k.k.w. w zw. z art. 178 § 1 i 2 k.k.s.). Niestawiennictwo zawiadomionych stron lub obrońcy nie wstrzymuje rozpoznania sprawy. Wyjątek zachodzi wówczas, gdy skazany (ukarany) musi mieć obrońcę (tzn. gdy skazany zgodnie z art. 8 § 2 k.k.w. jest głuchy, niemy lub niewidomy, albo zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności, albo nie ukończył 18 lat, albo nie włada językiem polskim), a obrońca ten nie stawiał się i sąd orzeka na niekorzyść lub niezgodnie z wnioskiem skazanego (ukaranego).

Na koniec wskazać trzeba na art. 24 § 1 k.k.w., który to przepis w szerokim zakresie pozwala na wzruszenie prawomocnych postanowień wydanych przy wykonywaniu orzeczeń w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe.

<sup>11</sup> Tekst jednolity: Dz. U. z 1991 r., Nr 36, poz. 161 z późn. zm.

Przepis ten zezwala sądowi, w każdym czasie, zmienić lub uchylić swoje poprzednie postanowienie, jeżeli ujawnią się nowe lub poprzednio nie znane okoliczności, istotne dla tego rozstrzygnięcia. *Ratio legis* istnienia takiego przepisu staje się zrozumiałe, jeśli wziąć pod uwagę, że są to decyzje wydane już po prawomocnym rozstrzygnięciu co do *meritum* przedmiotu procesu, tj. co do winy oskarżonego i wymierzonej mu kary. Na plan pierwszy w postępowaniu wykonawczym nie wysuwa się zatem kwestia stabilności orzeczenia, lecz kwestia realizacji celów kary, co z kolei obliuguje do szybkiego i prawidłowego wykonania kar i środków karnych w takich rozmiarach i formie, w jakich zostały orzeczone<sup>12</sup>.

Skuteczną gwarancją chroniącą interes skazanego (ukaranego) przed nieuzasadnionym manipulowaniem ich sytuacją w postępowaniu wykonawczym jest ograniczenie reformowania prawomocnych postanowień zawarte w art. 24 § 2 k.k.w. Przepis ten nie zezwala sądowi, by po upływie trzech miesięcy od uprawomocnienia się postanowienia zmienił je lub uchylił na niekorzyść sprawcy przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego.

## Podsumowanie

Podsumowując przedstawiony wyżej stan prawny w zakresie realizacji prawa do sądu, należy stwierdzić, iż model postępowania karnego skarbowego odpowiada międzynarodowym standardom praw obywatelskich, w ramach których Konwencja i Pakt ustanawiają prawo do sądu jako fundamentalne uprawnienie obywateli, stanowiące zarazem gwarancje pozostałych wolności i praw obywatelskich.

Podkreślenia wymaga też zgodność modelu postępowania karnego skarbowego – jako ukształtowanego w przepisach k.k.s. – z prawem Unii Europejskiej, o czym wyraźnie stanowi Opinia Komitetu Integracji Europejskiej stwierdzając m.in., że „V. Opiniowany projekt Kodeksu karnego skarbowego przewiduje podobne do obowiązujących w prawie UE mechanizmy kontroli i sankcjonowania naruszeń w dziedzinie interesów finansowych”. Taka ocena nowej regulacji karnej skarbowej doprowadziła do następującego wniosku: „VI. W konkluzji stwierdzam, że projekt Kodeksu karnego skarbowego oraz projekt ustawy – Przepisy wprowadzające kodeks karny skarbowy są zgodne z przepisami Unii Europejskiej”<sup>13</sup>.

---

12 Por. S. Paweła, Kodeks karny wykonawczy. Komentarz (z 1969 r. – dopisek autorów), Oficyna Prawnicza „Justitia”, s. 119, teza 1.

13 Tekst opinii podajemy za: J. Sobczak, Kodeks karny skarbowy z wprowadzeniem, Warszawa 1999, s. 297–299.

Analizując istotę zmian wprowadzonych do nowego modelu postępowania karnego skarbowego w kontekście zasady prawa do sądu, możemy zauważyć, że k.k.s. wprowadził do polskiego modelu postępowania karnego skarbowego zasadnicze zmiany, zmierzające do dostosowania tego modelu do wymogów określonych w standardach międzynarodowych, jak również Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Do najważniejszych zmian należy zaliczyć:

- postanowienie, że organem uprawnionym do orzekania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe nie będzie już finansowy organ orzekający, lecz tylko sąd jako organ w pełni niezawisły i mający warunki do bezstronnego orzekania;
- ujednoczenie procedury orzekania w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe;
- pełne zrealizowanie zasady subsydiarności przepisów k.k.s. względem przepisów k.p.k.;
- całkowitą integrację przepisów wykonawczych k.k.s. z przepisami k.k.w., co również w zakresie wykonania kar wyeliminowało inne niż sąd organy procesowe.

Wydaje się, że ustawodawcy zabrakło konsekwencji w zrealizowaniu wszystkich gwarancji prawa do sądu w toku postępowania karnego skarbowego. Przykładem tego jest postępowanie mandatowe jako wyjątek od zasady sądowego orzekania w sprawach o wykroczenia skarbowe. Istotne jest jednak, że warunkiem wymierzenia grzywny w drodze mandatu karnego jest wyrażenie przez sprawcę zgody na przyjęcie tego mandatu. Taki zabieg ustawodawcy jest w naszej ocenie uzasadnionym uproszczeniem procedowania w drobnych sprawach, nawet jeżeli stanowi odstępstwo od zasady wymierzania sprawiedliwości przez sąd. Zgodnie z treścią art. 139 § 1 k.k.s. funkcja orzecznicza sądu zostaje bowiem przywrócona zawsze wtedy, gdy wobec odmowy przyjęcia mandatu karnego finansowy organ dochodzenia zobowiązany jest wnieść akt oskarżenia.

W świetle przedstawionych rozważań przyjąć należy, że w modelu postępowania karnego skarbowego zabezpieczone zostały podstawowe gwarancje służące realizacji zasady prawa do sądu jako międzynarodowego i konstytucyjnego standardu zapewniającego ochronę praw i wolności obywatelskich.

# *Odpowiedzi na pytania prawne*



Wincenty Grzeszczyk

## Organy uprawnione do podejmowania decyzji w przedmiocie dowodów rzeczowych w postępowaniu przygotowawczym

1. Uwagi niniejsze dotyczą pewnego zakresu problematyki uregulowanej przede wszystkim w rozdziale 25 k.p.k. pt. „Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie”. Przepisy tego rozdziału tylko częściowo łączą się z dowodami rzeczowymi, bowiem poszukiwanie rzeczy lub ich zatrzymanie nie zawsze dotyczy dowodów rzeczowych, ale często odnosi się także do przedmiotów podlegających zajęciu w postępowaniu karnym, zaś przeszukiwanie może mieć na celu również wykrycie, zatrzymanie lub przymusowe doprowadzenie osoby podejrzanej<sup>1</sup>.

Problematyka dowodów rzeczowych w postępowaniu przygotowawczym pojawia się wówczas, gdy rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie zostały wydane dobrowolnie albo odebrano je w razie odmowy wydania (art. 217 § 1 i 2 k.p.k.), bądź gdy rzeczy te zostały znalezione podczas przeszukania (art. 219 § 1 i 2 k.p.k.).

Decyzja o zatrzymaniu rzeczy i o przeszukaniu w postępowaniu przygotowawczym została zastrzeżona dla właściwości prokuratora. Czynności tych organów nie będący prokuratorem może dokonać tylko na podstawie postanowienia prokuratora, zaś w razie niemożności uzyskania takiego postanowienia czynności te, po ich przeprowadzeniu, wymagają zatwierdzenia postanowieniem przez prokuratora (art. 217 § 3 i art. 220 § 3 k.p.k.). W postępowaniu sądowym czynności te zastrzeżone są dla sądu (art. 235 k.p.k.). Wspomniane czynności są dotkliwą ingerencją w prawa obywatelskie osoby, także tej, która może być nie związana z prowadzonym postępowaniem karnym, stąd zastrzeżenie ich do kompetencji prokuratora i sądu służy zabezpieczeniu praw uczestników postępowania.

2. Warto zwrócić uwagę na pewne kwestie terminologiczne. Pojęcie „dowodów rzeczowych” w przepisach dotyczących postępowania przygotowawczego pojawia się w dosłownym brzmieniu w art. 323 § 1 k.p.k. W rozdziale 25 k.p.k. mowa jest natomiast o „rzeczach mających stanowić dowód w sprawie” oraz o „przedmiotach wydanych lub znalezionych w czasie przeszukania”. Nie ulega wątpliwości, że pojęcia te są zbieżne, lecz nie zawsze pokrywają się. Celem czynności procesowych określonych w rozdziale 25 k.p.k. jest wydobycie rzeczy

---

<sup>1</sup> Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami, Warszawa 1997, s. 415.

mogących stanowić dowód w sprawie. Zatrzymaniu w drodze dobrowolnego wydania lub odebraniu albo po uprzednim przeszukaniu podlegają rzeczy mogące stanowić dowód w sprawie, które:

- 1) służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa,
- 2) zachowały na sobie ślady przestępstwa,
- 3) pochodzą bezpośrednio lub pośrednio z przestępstwa,
- 4) mogą służyć jako środek dowodowy do wykrycia sprawcy czynu lub ustalenia przyczyn i okoliczności przestępstwa albo których posiadanie bez zezwolenia jest zabronione<sup>2</sup>.

Może się jednak okazać, że rzeczy wydane albo odebrane lub znalezione w czasie przeszukania nie mają cech dowodów rzeczowych. K.p.k. przewiduje wówczas określony tok postępowania z takimi przedmiotami (art. 230 § 2 zd. 1 k.p.k.). W sytuacji gdy przedmioty te stanowią dowody rzeczowe należy pamiętać, że niektóre spośród nich ulegają bądź mogą podlegać przepadkowi.

3. Właściwość organów uprawnionych do podejmowania decyzji w przedmiocie dowodów rzeczowych uzależniona jest od fazy postępowania przygotowawczego oraz rodzaju decyzji w tym zakresie. Krąg tych organów jest oczywisty – obejmuje on sąd, prokuratora oraz organ dochodzenia.

Nie budzi wątpliwości zakres kompetencji sądu w omawianym zakresie. Zgodnie z art. 235 k.p.k. sąd dokonuje czynności przewidzianych w rozdziale 25 k.p.k. w postępowaniu sądowym, a prokurator w postępowaniu przygotowawczym, chyba że ustawa stanowi inaczej. W tymże rozdziale inaczej stanowi przepis art. 225 § 3 k.p.k., zgodnie z którym do wyłącznej kompetencji sądu, także w postępowaniu przygotowawczym, należy decyzja w przedmiocie zatrzymania dokumentów, co do których inna osoba niż obrońca oświadczyła, że zawierają okoliczności związane z wykonywaniem funkcji obrońcy.

Ponadto w ramach czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym do właściwości sądu powołanego do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji należy orzekanie na wniosek prokuratora o przepadku dowodu rzeczowego w postaci przedmiotu pochodzącego bezpośrednio z przestępstwa (tzw. owoców przestępstwa) oraz rzeczy ruchomej, która służyła lub była przeznaczona do popełnienia przestępstwa (tzw. narzędzi przestępstwa) – tytułem środka zabezpieczającego po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania przygotowawczego (art. 323 § 3 k.p.k.). Również na wniosek prokuratora, w sytuacji określonej w art. 324 k.p.k., sąd umarzając postępowanie

<sup>2</sup> § 122 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 kwietnia 1992 r. – Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury (Dz. U. Nr 38, poz. 163 z późn. zm.).

przygotowawcze orzeka o zastosowaniu środków zabezpieczających, w tym również – w razie potrzeby – o przepadku przedmiotów<sup>3</sup>.

Problem nieco się komplikuje, gdy chodzi o rozgraniczenie kompetencji prokuratora i organu dochodzenia w przedmiocie decydowania o dowodach rzeczowych w postępowaniu przygotowawczym. Można postawić pytanie, czy w ogóle wchodzi w grę właściwość w tym zakresie organu dochodzenia w świetle brzmienia art. 235 k.p.k., zgodnie z którym czynności przewidzianych w rozdziale 25 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym dokonuje prokurator. Otóż przepis ten, zarówno ze względu na jego treść, jak i inne uregulowania zawarte w rozdziale 25 k.p.k., należy rozumieć w ten sposób, iż nie ustanawia on wyłącznej kompetencji prokuratora w przedmiocie podejmowania decyzji o dowodach rzeczowych w postępowaniu przygotowawczym, a jedynie rozgranicza kompetencje prokuratora i sądu w zakresie czynności związanych z zatrzymaniem rzeczy, przeszukaniem oraz postępowaniem z zakwestionowanymi przedmiotami – w zależności od etapu procesowego<sup>4</sup>, a ściśle – stadium procesu karnego. Interpretacja ta ma oparcie w rozwiązaniach przyjętych w art. 217 § 1, 3 i 4, art. 218 § 1, art. 220 § 1–3 i art. 231 § 1 k.p.k., w których jako organy uprawnione do dokonania czynności określonych w tych przepisach wskazano sąd i prokuratora. Koniecznym legislacyjnym uzupełnieniem tych uregulowań jest treść art. 235 k.p.k. Ponadto przepis ten należy odczytywać również w taki sposób, iż odwołuje się on do wcześniejszych rozwiązań, zgodnie z którymi pewne czynności procesowe w postępowaniu przygotowawczym, przewidziane w rozdziale 25 k.p.k., zostały zastrzeżone do wyłącznej kompetencji prokuratora.

W rozważanej kwestii istotne uregulowanie zawiera przepis art. 323 § 1 k.p.k., zgodnie z którym w razie umorzenia postępowania prokurator wydaje postanowienie co do dowodów rzeczowych stosownie do przepisów art. 230–233 k.p.k. Prokurator wydając lub zatwierdzając postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego rozstrzyga o dowodach rzeczowych. Decyzja w tym zakresie należy do jego kompetencji także wówczas, gdy postanowienie o umorzeniu dochodzenia wydała policja lub inny organ uprawniony do jego prowadzenia. Decyzja w przedmiocie dowodów rzeczowych może polegać na zwrocie osobie uprawnionej rzeczy zbędnych dla postępowania karnego (art. 230 § 2 zdanie pierwsze k.p.k.); odesłaniu osób zainteresowanych na drogę procesu cywilnego, jeżeli wyniknie spór co do własności rzeczy, a nie ma

---

3 Por. R. A. Stefański, (w:) Kodeks postępowania karnego. Komentarz, pod red. Z. Gostyńskiego, t. II, Warszawa 1998, s. 112; J. Grajewski, L. Paprzycki, Kodeks postępowania karnego z komentarzem, Sopot 2000, s. 445–447.

4 J. Grajewski, L. Paprzycki, *op. cit.*, s. 334.

dostatecznych danych do niezwłocznego rozstrzygnięcia (art. 230 § 2 zdanie drugie k.p.k.); przekazaniu rzeczy, których posiadanie jest zabronione, włściwemu urzędowi lub instytucji (art. 230 § 3 k.p.k.); złożeniu rzeczy do depozytu sądowego lub oddaniu osobie godnej zaufania w razie powstania wątpliwości, komu należy wydać zatrzymaną rzecz (art. 231 § 1 k.p.k.); sprzedaży przedmiotów i przekazaniu uzyskanej kwoty pieniężnej do depozytu sądowego w sytuacji określonej w art. 232 § 1 k.p.k.; oddaniu na przechowanie krajowych środków płatniczych lub wartości dewizowych (art. 233 k.p.k.).

Jeżeli przedmiot jako dowód rzeczowy jest niezbędny w razie podjęcia umorzonego postępowania, należy podjąć decyzję o dalszym zatrzymaniu i przechowywaniu go.

4. Z powyższych rozważań wynika, że do podejmowania w postępowaniu przygotowawczym czynności przewidzianych w rozdziale 25 k.p.k., nie zastrzeżonych do wyłącznej kompetencji prokuratora, uprawniona jest także policja lub inny organ wskazany w art. 312 k.p.k.

Czynności związanych z zatrzymaniem rzeczy lub przeszukaniem najczęściej dokonuje policja, która powinna przestrzegać warunków określonych w art. 217 § 1–3 i art. 220 § 1–3 k.p.k. Niezwykle ważny jest dalszy tok postępowania z przedmiotami wydanymi lub znalezionymi w czasie przeszukania, przewidziany w art. 228–233 k.p.k. (czynność przewidziana w art. 231 § 1 k.p.k. została zastrzeżona do kompetencji prokuratora). Istotne jest zwłaszcza dokonanie szczegółowych oględzin oraz spisu i dokładnego opisu zatrzymanych przedmiotów. Dowody rzeczowe mogą bowiem zaginąć, ulec zmianie lub nawet stać się przedmiotem przestępnego zamachu ze strony osób, którym zależy na ich usunięciu lub przekształceniu<sup>5</sup>.

Fakt wydania przez prokuratora postanowienia w przedmiocie zatrzymania rzeczy oraz przeszukania bądź wydania postanowienia o zatwierdzeniu tych czynności dokonanych w wypadkach nie cierpiących zwłoki przez policję nie eliminuje potrzeby wydania postanowienia w przedmiocie dowodów rzeczowych, także przez policję w zakresie kompetencji tego organu. Wspomniane wyżej decyzje prokuratorskie – poza celami ściśle procesowymi – służą, co już podkreślano wcześniej, także zabezpieczeniu praw uczestników postępowania. Postanowienie w przedmiocie dowodów rzeczowych natomiast wymusza dyscyplinę postępowania z zatrzymanymi rzeczami, bowiem przedmioty wydane lub znalezione w czasie przeszukania należy po dokonaniu oględzin, sporządzeniu spisu i opisu zabrać albo oddać na przechowanie osobie godnej zaufania (art. 228 § 1 k.p.k.), bądź po stwierdzeniu ich zbędności dla postępowania

<sup>5</sup> Por. F. Prusak, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, t. I, Warszawa 1999, s. 681.



karnego zwrócić osobie uprawnionej (art. 230 § 2 k.p.k.), do czego jest uprawniony także organ prowadzący dochodzenie. W szczególności może okazać się, że wśród odebranych przedmiotów są takie, które nie mają znaczenia dla ustalenia istoty i okoliczności przestępstwa oraz wykrycia jego sprawcy. W takiej sytuacji nie ma potrzeby dalszego zatrzymywania tych przedmiotów oraz odroczenia decyzji co do ich zwrotu osobie uprawnionej do czasu zakończenia postępowania.

Postanowienie w przedmiocie dowodów rzeczowych należy wydać niezwłocznie po zatrzymaniu rzeczy. Do działań policji w tym zakresie (i innych organów dochodzenia) powinien mieć odpowiednie zastosowanie przepis § 128 Regulaminu wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury.

Wydanie wspomnianego postanowienia powinno nastąpić z własnej inicjatywy policjanta prowadzącego dochodzenie, co nie wyłącza możliwości konsultacji z prokuratorem nadzorującym postępowanie przygotowawcze bądź weryfikowania z urzędu tej decyzji przez prokuratora na podstawie art. 326 § 3 pkt 4 k.p.k. W razie złożenia zażalenia przez uprawnione osoby postanowienie to będzie podlegało kontroli odwoławczej przewidzianej w art. 465 § 3 k.p.k.



*Z orzecznictwa  
Europejskiego Trybunału*



Bożena Gronowska

## Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Maaouia przeciwko Francji<sup>1</sup> – dot. gwarancji procesowych dla cudzoziemców podlegających deportacji

### Uwagi ogólne

Katalog praw zawartych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. (KE) rządzi się tradycyjną zasadą uniwersalizmu podmiotowego. Oznacza to, że adresatem standardów konwencji jest każdy człowiek (a więc także cudzoziemiec) znajdujący się w obrębie jurysdykcji danego państwa–strony KE. W oryginalnym tekście KE z 1950 r. jedynym przepisem zezwalającym *expressis verbis* na odmienne traktowanie cudzoziemców jest art. 16, zgodnie z którym uniwersalne standardy swobody wypowiedzi (art. 10 KE), wolności pokojowych zgromadzeń (art. 11 KE) oraz zakaz dyskryminacji (art. 14 KE) nie wyłączają możliwości państwa–strony odnośnie nakładania ograniczeń w zakresie działalności politycznej cudzoziemców. Wszelkie jednak pozostałe sfery aktywności cudzoziemców podlegają zasadom ogólnym KE, w tym zwłaszcza dotyczy to całego rozbudowanego pakietu gwarancji proceduralnych.

Jedną z systematycznie powtarzających się kwestii wiążących się wprost z sytuacją cudzoziemców jest niewątpliwie procedura decyzyjna w przedmiocie wydalenia cudzoziemca z aktualnego kraju pobytu. W dotychczasowym dorobku orzeczniczym organów KE jakość gwarancyjna owej procedury tradycyjnie utrzymywana była poza zasięgiem kluczowego – jak się wydaje – w tej materii standardu art. 6 KE (prawo do słusznej rozprawy sądowej). Działo się tak dlatego, iż organy strasburskie w swojej autonomicznej wykładni zakresu przedmiotowego art. 6 KE, utrzymywały, iż decyzja o wydaleniu cudzoziemca nie mieści się w żadnej z kluczowych dla tego standardu kategorii („sprawa cywilna”, „sprawa karna”), a zatem procedura tego typu rządzi się swoimi własnymi zasadami. Zgodnie z konsekwentnie utrzymywanym stanowiskiem zwłaszcza Europejskiej Komisji Praw Człowieka w decyzjach o wydaleniu cudzoziemca przeważa bowiem element publicznoprawny i to w takim stopniu,

---

1 Sprawa relacjonowana w oparciu o wyrok Case of Maaouia v. France, judgment, Strasbourg, 5 October 2000 (app. 39652/98).

który nie pozwala na kwalifikowania tej materii w kategoriach cywilnoprawnych<sup>2</sup>.

Spektakularna ewolucja systemu KE, następująca w drodze kolejnych protokołów dodatkowych, wzmocniła pozycję cudzoziemców w sferze gwarancji proceduralnych dopiero w 1984 r., kiedy to na mocy protokołu nr 7 w art. 1 sformułowano katalog minimalnych gwarancji procesowych związanych z procedurą wydalania z kraju aktualnego pobytu. Katalog ten obejmuje trzy podstawowe zasady, a mianowicie: konieczność umożliwienia cudzoziemcowi przedstawienia powodów przemawiających przeciwko wydaleniu, zasadę rozpatrzenia sprawy cudzoziemca oraz możliwość dysponowania przez cudzoziemca przedstawicielem procesowym w postępowaniu przed właściwym organem. Co jednak ważne, to fakt, iż gwarancje te są zapewniane jedynie wtedy, gdy ich realizacja nie koliduje z interesem porządku publicznego lub uzasadnionymi względami bezpieczeństwa narodowego. Jest to zatem niewątpliwie standard proceduralny „drugiego gatunku”.

Prezentowana poniżej sprawa zasługuje na uwagę z dwóch względów. Przede wszystkim jest to pierwsza sprawa, w której o ewentualnym stosowaniu art. 6 KE w odniesieniu do procedury w przedmiocie wydalania cudzoziemca wypowiedział się Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz). Postępowanie związane z wcześniejszymi skargami tego typu kończyły się na etapie procedury przed Europejską Komisją Praw Człowieka. Po drugie natomiast, sprawa ta może rodzić wątpliwości związane z autonomiczną wykładnią pojęć traktatowych, gdyż ukazuje ona działanie tego typu wykładni na niekorzyść podmiotów indywidualnych.

## Stan faktyczny

Powodem w niniejszej sprawie jest Nouri Maaouia, urodzony w Tunezji, który w 1980 r., w wieku 21 lat, zamieszkał na terenie Francji. We wrześniu 1992 r. powód ożenił się z obywatelką Francji, osobą w poważnym stopniu niepełnosprawną, z którą wcześniej przez kilka lat żył w związku nieformalnym. Problemy powoda zaczęły się w grudniu 1988 r., kiedy został skazany na karę 6 lat pozbawienia wolności za rozbój i napad z bronią w rękę. W kwietniu 1990 r. powód został warunkowo zwolniony z więzienia.

W sierpniu 1991 r. minister spraw wewnętrznych wszczął w stosunku do powoda procedurę deportacyjną. Wydany w wyniku tego postępowania nakaz o wydaleniu (z 8 sierpnia 1991 r.) dotarł jednak do wiadomości powoda „przypadkowo”, kiedy to w październiku 1992 r. zgłosił się sam do stosownego

<sup>2</sup> Por. Decisions and Reports vol. 17, Strasbourg 1979, s. 149; Decisions and Reports vol. 39, Strasbourg 1984, s. 119; Decisions and Reports vol. 87, Strasbourg 1996, s. 174.

urzędu celem uregulowania swojego statusu prawnego. Ponieważ powód nie dostosował się do warunków decyzji o wydaleniu, skazano go ponownie w postępowaniu karnym na karę 1 roku pozbawienia wolności oraz dodatkowo zobowiązano go do pozostawania poza terytorium Francji przez okres 10 lat. Wyrok ten został utrzymany w mocy przez sąd apelacyjny.

Niezależnie od kroków prawnych w stosunku do wyroku sądu karnego powód już w 1992 r. uruchomił postępowanie przed właściwym sądem administracyjnym, w ramach którego to postępowania kwestionował uchybienia proceduralne związane z decyzją o wydaleniu (m.in. niezawiadomienie go o stawiennictwie przed radą ds. deportacji). W lutym 1994 r. sąd administracyjny uwzględnił zarzuty powoda i uchylił decyzję o wydaleniu.

Dysponując wyrokiem sądu administracyjnego powód w sierpniu 1994 r. uruchomił kolejne postępowanie, tym razem w sprawie unieważnienia orzeczonego wobec niego przez sąd karny obowiązku pozostawania poza terytorium Francji przez okres 10 lat. Wśród argumentów podnoszonych przez powoda dominowały względy humanitarne (w tym zwłaszcza jego życie małżeńskie z osobą niepełnosprawną). Postępowanie w tej sprawie zakończyło się dopiero w styczniu 1998 r., kiedy to sąd administracyjny unieważnił wspomniany zakaz.

Aktualnie powód przebywa we Francji na mocy uzyskanego czasowego zezwolenia na pobyt (10 lat) z prawem do podejmowania pracy zarobkowej.

Pomimo ostatecznie korzystnego wyniku całego postępowania dla powoda skarga w jego sprawie została skierowana do Strasbourga w grudniu 1997 r. Co interesujące, zarzut sformułowany w skardze dotyczył naruszenia przez francuskie organy procesowe standardu art. 6 § 1 KE, a konkretnie wymogu „rozsądności czasowej” w procedurze dotyczącej unieważnienia wydanego przez sąd karny zakazu pobytu na terenie Francji przez okres 10 lat.

## **Stan prawny**

W niniejszej sprawie główny problem prawny sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy zakaz przedmiotowy standardu art. 6 KE dotyczy spraw o unieważnienie nakazu pozostawania poza terytorium państwa orzeczonego wobec cudzoziemca. Zdaniem powoda decyzja ta w sposób bezpośredni rzutowała na jego życie rodzinne, a zatem mieściła się w kategorii „sprawy cywilnej”, o której mowa właśnie w art. 6 KE.

Ustosunkowując się do tego zarzutu ETPCz przede wszystkim potwierdził, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą kategorii „prawa i obowiązki cywilne” oraz „oskarżenie w sprawie karnej” stanowią kategorie autonomiczne w tym

sensie, iż ich zakres nie jest zdeterminowany wyłącznie ramami danego krajowego porządku prawnego.

W dotychczasowej praktyce ETPCz nie było podobnej sprawy, a więc takiej, w której wydalenie cudzoziemca z kraju pobytu, a zwłaszcza konsekwencje prawne z tym związane, byłyby analizowane przez pryzmat art. 6 KE. Natomiast w kilku wcześniejszych sprawach wyłącznie Europejska Komisja Praw Człowieka konsekwentnie stała na stanowisku, iż decyzje władz państwowych w przedmiocie zezwolenia cudzoziemcowi na pobyt w danym państwie nie wiążą się w żaden sposób z rozstrzygnięciem kwestii praw lub obowiązków cywilnych takiej osoby albo oskarżenia przeciwko takiej osobie w rozumieniu art. 6 § 1 KE.

Oceniając argumenty powoda w niniejszej sprawie ETPCz podkreślił, iż postanowienia KE muszą być rekonstruowane w świetle całego systemu konwencji, a więc włącznie z protokołami dodatkowymi. W tym właśnie kontekście ETPCz odwołał się do art. 1 protokołu nr 7 z 1984 r., zawierającego gwarancje proceduralne stosowane w procedurze dotyczącej wydalenia cudzoziemca.

W opinii ETPCz właśnie systemowe spojrzenie na standardy KE prowadzi do wniosku, że państwa–strony tego traktatu zdawały sobie sprawę z tego, iż art. 6 § 1 KE nie ma zastosowania do procedury wydalenia cudzoziemców. Dostrzegając zatem potrzebę dodatkowego zabezpieczenia interesów osób podlegających wydaleniu państwa te zdecydowały się na opracowanie osobnego standardu w tym zakresie. Treść art. 1 protokołu dodatkowego nr 7 do KE jest w związku z tym dowodem na to, iż art. 6 § 1 KE nie obejmował swoim zakresem tego typu procedury.

Co istotne jednak, to fakt, iż w rozpatrywanej sprawie przedmiotem skargi była nie tyle procedura dotycząca wydalenia, ile związana z nią decyzja sądu karnego zakazująca powodowi przebywania na terenie Francji przez okres 10 lat. W opinii ETPCz fakt, iż decyzja o wydaleniu może mieć poważne reperkusje w sferze życia prywatnego czy rodzinnego powoda, czy nawet dla jego losów zawodowych, nie wystarcza, by spowodować włączenie takiej materii w zakres „praw cywilnych” chronionych art. 6 § 1 KE.

Podobnie, ETPCz stwierdził, iż nakazy pozostawania przez cudzoziemców poza terytorium państwa nie mogą być łączone z kategorią „oskarżenia w sprawie karnej”. Ocena danego środka prawnego podlega również wykładni autonomicznej. Fakt, iż w konkretnym krajowym porządku prawnym dany środek traktowany jest jako kara kryminalna, nie może być sam przez się decydujący dla stwierdzenia na poziomie procedury KE tego, że środek ten jest faktycznie karą kryminalną, a zatem podlegać ma standardowi art. 6 § 1 KE. Każdorazowo bowiem w ocenie tej uwzględniana być musi istota kary.

W państwach członkowskich Rady Europy w przypadkach podobnych do analizowanej sprawy, nakazy przebywania poza terytorium państwa z reguły nie są traktowane w kategorii kar kryminalnych. Nakazy takie w większości państw członkowskich pozostają w gestii organów administracyjnych i stanowią szczególny rodzaj środka prewencyjnego stosowanego dla celów kontroli imigracyjnej. Zdaniem sędziów ETPCz, trudno zatem uznać, by środki takie łączyły się z „rozpatrywaniem oskarżenia” przeciwko danej osobie w rozumieniu art. 6 § 1 KE. Fakt, iż nakaz taki jest stosowany w kontekście procedury karnej – jak miało to miejsce w niniejszej sprawie – nie zmienia bowiem zasadniczo prewencyjnej natury takiego środka. W konsekwencji oznacza to, że postępowanie w sprawie unieważnienia takiego nakazu również nie może być traktowane jako postępowanie karne.

Ostatecznie większością głosów (stosunek głosów 15:2) ETPCz stwierdził, iż art. 6 § 1 KE nie ma zastosowania w niniejszej sprawie.

Oceniając wynik postępowania w sprawie Nouri Maaouia przeciwko Francji można założyć, że w niczym nie zakłóca on dotychczasowej linii orzecznictwa strasburskiego. Warto jednak nadmienić, że nawet sędziowie głosujący za ostatecznym stanowiskiem ETPCz zgłosili zdania odrębne dotyczące racjonalizacji takiego stanowiska. Jest to czytelny dowód na niezbyt przekonującą jednak argumentację ETPCz sformułowaną w zaprezentowanym wyroku.

Tak też np. sędziowie J. P. Costa i T. Pantiru zwrócili uwagę, że art. 1 protokołu nr 7 do KE (będący *lex specialis* w stosunku do art. 6 § 1 KE) ma zastosowanie wyłącznie do cudzoziemców legalnie przebywających na terenie kraju, z którego dana osoba zostaje wydalona. W przypadku powoda trudno mówić o spełnieniu warunku legalności pobytu, skoro „ciążyła” na nim decyzja o wydaleniu. Oznacza to, że art. 1 protokołu nr 7 do KE nie mógł mieć w tej sprawie zastosowania. Co więcej, ukazuje to możliwość występowania w praktyce sytuacji, w których losy cudzoziemców pozostają poza działaniem jakiegokolwiek standardu proceduralnego.

Podobnie wywód dotyczący charakteru prawnego nakazu pozostawiania poza terytorium państwa. W niniejszej sytuacji trudno nie dostrzec faktu, iż nakaz taki orzekany przez sąd karny miał status kary dodatkowej o tradycyjnym dla kar kryminalnych podwójnym charakterze, tj. punitywnym i prewencyjnym. Obaj sędziowie wskazali wręcz na pewną niekonsekwencję obecnego stanowiska ETPCz w tej materii, gdyż organ ten wcześniej w charakterze kar kryminalnych traktował tak różne środki prawne, jak np. nakaz konfiskaty związany z karą pozbawienia wolności, zastępcza kara pozbawienia wolności w związku



z niezapłaceniem grzywny, redukcja punktów przynależnych do prawa jazdy kierowcy powodująca w efekcie utratę ważności tego dokumentu.

Wyraźnie odczuwalna w niniejszej sprawie „wstrzemięźliwość” ETPCz w zakresie formułowania obowiązków organów państwowych wobec cudzoziemców podlegających wydaleniu z kraju pobytu może rodzić uzasadnione obawy o to, iż w systemie ochrony Europejskiej Konwencji Praw Człowieka obecny jest, niestety, pewien element o charakterze *stricte* politycznym.

# *Sprawozdania i informacje*



Karolina Szymczak

**Konferencja naukowa nt. „Kara celowa  
a sprawiedliwa”, zorganizowana przez Koło  
Naukowe Myśli Politycznej i Prawnej UW  
(Warszawa, 7 listopada 2000 r.)**

Nie jest rzeczą łatwą rozważanie nad prawno-filozoficzną problematyką dotyczącą zasadniczych, węzłowych pojęć funkcjonujących w określonym systemie prawa. Do takich pojęć bez wątpienia należy kwestia kary, rozumienia jej istoty, a także funkcji i celów, jakie ma spełniać w praktyce stosowania prawa karnego, zarówno w modelowym ujęciu nauki o karze, jak i w konkretnych realiach społecznej rzeczywistości. Problematyka ta dotyka nie tylko przedmiotu filozofii prawa, nauki polityki karnej i prawa karnego, ale i nauk społecznych, a nawet psychologii. Kara jest zjawiskiem realnym, funkcjonującym w wielu dyscyplinach. Nie oznacza to, że poszukiwanie uzasadnienia dla kary i karania na gruncie nauki prawa karnego nie jest z metodologicznego punktu widzenia właściwe. Wręcz przeciwnie, dokonywanie takich zabiegów jest zasadne i potrzebne, z uwzględnieniem jednak chociażby uprawdopodobnionych założeń innych dziedzin nauk, w szczególności nauk społecznych. Koło Naukowe Myśli Politycznej i Prawnej UW podjęło próbę odpowiedzi na odwieczne pytanie trapiące prawników, społeczności ludzkie, duchownych: „Czym powinna być i czym jest kara”.

W konferencji wzięli udział wybitni przedstawiciele teorii i praktyki prawa karnego, m.in. prof. dr hab. Tomasz Kaczmarek z Uniwersytetu Wrocławskiego, prof. dr hab. Barbara Kunicka-Michalska z Polskiej Akademii Nauk, sędziowie Sądu Najwyższego: dr Lech Paprzycki – Prezes Izby Karnej, oraz Stanisław Zabłocki, sędziowie Sądu Okręgowego i Rejonowego w Warszawie oraz prokuratorzy. Moderatorem dyskusji na konferencji był dr Janusz Kochanowski z Uniwersytetu Warszawskiego.

Tematyka pierwszej części konferencji koncentrowała się na zagadnieniach teoretyczno-prawnych o podstawowym znaczeniu dla zasad wymierzania kary. Dwa pierwsze referaty – wygłoszone kolejno przez prof. Tomasza Kaczmarka z Uniwersytetu Wrocławskiego oraz dr Jarosława Wyrembaka z Uniwersytetu Warszawskiego – dotyczyły dyrektyw sędziowskiego wymiaru kary. Pierwsze wystąpienie rozpoczęły przytoczone słowa prof. Mariana Cieślaka, które w swej dramatycznej esencji nawiązywały do postawionego w temacie konferencji pytania: „Kara celowa a sprawiedliwa?”. Brzmiały one: „Jaki jest sens tej dziwnej

zabawy, która polega przecież na sprawianiu człowiekowi dolegliwości, a więc wyrządzaniu cierpienia?”. Według słów prof. Kaczmarska, sędzia indywidualizuje wymiar kary przede wszystkim według własnej hierarchii, swoich własnych dyrektyw. Chociaż on sam przyznał, że coraz bardziej sceptycznie odnosi się do realizowanych przez praktykę wymiaru kary intencjonalnych założeń ustawodawcy wyrażonych w dyrektywach jej wymiaru, to równocześnie mocno podkreślał, że spór o priorytet danej dyrektywy ma kardynalne znaczenie również w praktyce. Bardzo krytycznie zostały przez niego ocenione dyrektywy wymiaru – zwłaszcza ustawowa przestroga dla sądu dotycząca baczenia, aby dolegliwość kary nie przekroczyła stopnia winy. A to z dwóch powodów. Po pierwsze, jak słusznie zauważył cytowany przez prof. Kaczmarska prof. Władysław Mąciór – koncepcja limitującej funkcji winy jest nie dość wiernym zapożyczeniem z koncepcji Clausa Roxina, krytycznie ocenianej również w Niemczech. Po drugie, odniesienie do winy jest w nowym kodeksie niezwykle nieczytelne. Kodeks z 1997 r. nie definiuje bowiem dostatecznie wyraźnie, co należy rozumieć przez winę. Z pewnością jest to koncepcja winy normatywnej, ale według jednych jest jedynie podmiotową zarzucalnością czynu, podczas gdy umyślność lub nieumyślność wyczerpuje się w definicji tegoż czynu (Zoll); tymczasem według innych wina jest zarzucalnością umyślną lub nieumyślną (tak uważał Wolter). Jak można zatem wymagać, by sędziowie mogli sobie właściwie, w miarę jednolity sposób i zgodny z intencjami ustawodawcy, poradzić z wymierzaniem kary sprawcom poszczególnych przestępstw? – pytał prof. Kaczmarek. Nawiązał on również do tzw. koncepcji prewencyjnej winy, reprezentowanej w doktrynie niemieckiej przez Jacobsa, według której to postulaty prewencji ogólnej (ale pozytywnej) nakazują karać sprawcę. Trafnie zauważył, że podstawowym celem kary ma być usatysfakcjonowanie ofiary przestępstwa, a nie kreowanie niedostatków osobowości skazanego. „Karanie to leczenie objawowe, a nie przyczynowe”.

Dr Jarosław Wyrembak najwięcej uwagi poświęcił humanizmowi prawa karnego. Według niego, obserwacja ewolucji prawa karnego uprawnia do obrony tezy, że następuje powolny odwrót od tej postaci humanizmu karania. W praktyce oznaczało to przede wszystkim zorientowanie na model resocjalizacyjny i w pewien kuriozalny sposób prowadziło też do „pułapki humanizmu” – większej uwagi poświęcanej przestępcy w procesie sądowym i prowadzonej dużym nakładem finansowym i ludzkim resocjalizacji osoby skazanej, jak zainteresowaniu ofiarą przestępstwa. Na tym tle interesująca jest – zdaniem dr. Wyrembaka – koncepcja „prawa do bycia ukaranym”, którą w polskiej literaturze najpełniej opisuje prof. Wojciech Sadurski. Oznacza ona, że osoba, która popełniła przestępstwo, ma prawo do tego, by nałożono na nią konkretną karę –

grzywnę, ograniczenie lub pozbawienie wolności, ale nie ingerowano w jej osobowość. Autor referatu w tym zwłaszcza dopatrywał się sprawiedliwości i poszanowania godności człowieka w procesie karania. Dr Wyrembak zauważył, że prawo karne przeszło drogę od jednoznaczności do wieloznaczności, od optymizmu do sceptycyzmu. Dodał również, że sens karania opiera się dzisiaj na instrumentach ustawowych opartych na formule pluralizmu kary, co nie jest bynajmniej rozwiązaniem właściwym.

Trzecim referatem pierwszej części konferencji był tekst Michała Królikowskiego – studenta V roku WPIA UW, pt. „Renesans retrybutywizmu? Z doświadczeń anglosaskich”. Mottem do tego referatu były słowa Stanisława Śliwińskiego, który podkreślał, że „o teoriach karnych należałoby mówić na samym wstępie do nauki prawa karnego; one bowiem, chociaż mają dać usprawiedliwienie bezpośrednio karze, są właściwie usprawiedliwieniem całego prawa karnego”. Zdaniem autora referatu, dla teorii retrybutywnych najistotniejsze i wspólne zarazem jest to, że wymierzenie kary jest odpowiedzią na rzeczy zaszłe. Odpowiedź ta wynika ze stałej potrzeby kary za wyrządzone zło, której zaspokajanie wiąże się ze społeczną pewnością rządów prawa i moralności. Inną zatem materią jest to, co uznamy za cel, do którego ta odpowiedź ma nas zaprowadzić (np. wyrównanie sprawiedliwości czy umacnianie i kształtowanie w społeczeństwie przekonania o tym, co złe), oraz jaką będzie miała ona formę (potępiającą odpłatę, czy nałożenie proporcjonalnych wobec winy dolegliwości). Podstawą rozważań były założenia anglosaskiego retrybutywizmu, którego najważniejszej odmianie nadał ton Andrew von Hirsch w opracowaniu pt. „Doing Justice. The Choice of Punishment”. Von Hirsch precyzyjnie docieka funkcji prawa karnego i w konsekwencji celów kary retrybutywnej. Logika jego rozważań oparta jest na założeniu H. L. A. Harta, że uzasadnienia dla kary należy szukać na dwóch etapach. W pierwszym należy zdecydować, dlaczego karzemy w ogóle. W drugim natomiast zapytać o powody, dla których wyznaczamy karę o danej surowości sprawcom poszczególnych przestępstw. Założenie to wiąże się z rozróżnieniem przyczyny tworzenia i utrzymywania karnoprawnych zakazów oraz przyczyny karania jednostki. Pierwsza z nich jest właściwa dla zamierzonej przyszłości, podczas gdy druga jest odpowiedzią na rzeczy zaszłe.

Retrybutywizm von Hirscha wyrósł z przekonania o symetrii sprawiedliwości dystrybutywnej i retrybutywnej. Sprawiedliwość dystrybucji to proces przywracania hipotetycznej równowagi nagród i obciążeń naruszonej pozytywnym wysiłkiem człowieka w konsekwencji zasługującego na nagrodę. Sprawiedliwość karania można ująć jako niemal analogiczny proces odnoszący się do nakładania kar. W tej hipotetycznej równowadze, z uprawnieniami do ochrony autonomii jednostki sprzężone są obowiązki nieingerencji w tę sferę prawnie

chronioną, a przynależną innym. Popęlenie przestępstwa stanowi zakłócenie tej równowagi – jest bowiem zagarnięciem przez przestępcę nadmiernej sumy korzyści dla siebie (czyli poszerzeniem sfery indywidualnej wolności), implikującą również pozbycie się przez niego pewnych ciężarów (czyli obowiązków samoograniczania się).

Stopień zagrożenia wynikający z przestępstwa jest zatem proporcjonalny do stopnia zakłócenia równowagi, a sprawca zasługuje na odpowiednią, również proporcjonalną karę. To zasłużenie na karę najpełniej realizuje ideał wolności, wiąże bowiem karę wyłącznie z zachowaniem zależnym od woli jednostki. W konsekwencji zasługa (tzw. *desert*), która oznacza wymóg proporcjonalności kary i ciężaru przestępstwa (czyli wypadkowej winy i szkody) – staje się centralnym punktem retrybtywizmu anglosaskiego. W konsekwencji, funkcją prawa karnego jest realizowanie sprawiedliwości retrybtywnej przez przywrócenie społecznej równowagi dóbr i ciężarów wyrażające się w proporcjonalnej do winy odpowiedzi przez karę. Do tego nawiązuje tytuł Raportu „Doing Justice”, czyli „czynić, wymierzać sprawiedliwość”. Kolejną funkcją jest definiowanie i sankcjonowanie wartości społecznych, dzięki której karze wolno przybrać formę społecznego, również proporcjonalnego potępienia dla czynu. Ostatnia funkcja, która jest intencjonalnie realizowana tylko na poziomie zagrożenia karą, to przeciwdziałanie zagrożeniu przestępczością.

Podstawowym zagadnieniem dla retrybtywnej polityki karnej przy budowie sankcji to dopuszczenie kierowania się prewencją generalną, rozumianą jako powodowanie unikania przestępczego zachowania w wyniku obawy przed jego negatywnymi konsekwencjami oraz legalizmu materialnego. Zgodnie z tym rozumieniem, funkcjonalnie błędne jest dokonane przez Johana Andenaesa rozróżnienie prewencji na negatywną i pozytywną. Kara jest społecznie czytelnym stwierdzeniem państwa – nie tylko nałożeniem dolegliwości, ale również potępieniem czynu. Rodzi jednocześnie oportunistyczne i moralne powody do postępowania zgodnego z prawem. Wraz z upływem czasu istnienia danego zakazu, moralne przekonanie będzie odgrywać coraz większą rolę, przeciwnie do oportunistycznych powodów. Tej prawidłowości nie da się jednak ani odwrócić, ani pominąć, ani tym bardziej normatywnie wykluczyć (jak uczyniono w k.k. z 1997 r.).

Przy rozważaniu prewencji generalnej jako elementu polityki karnej niezwykle ważne jest również ustosunkowanie się do problemu rozróżniania surowości od nieuchronności kary. Nieuchronność to prawdopodobieństwo wykrycia, ujęcia sprawców i uznania winnymi. Surowość – to jak surowo zostanie ukarany sprawca po ujęciu i uznaniu winnym. Zawiera ona dwie składowe: (1) prawdopo-

dobierstwo otrzymania bezwarunkowej kary pozbawienia wolności oraz (2) długość orzeczonej kary pozbawienia wolności.

Druga część konferencji poświęcona była zagadnieniom: modelu resocjalizacji w polskim systemie penitencjarnym oraz praktyki wymierzania kary przez sądy (biorąc pod uwagę praktykę stosowania prawa karnego, w szczególności dyrektywy sądowego wymiaru kary przez sądy warszawskie).

Mirosław Nowak (Centralny Zarząd Służby Więziennej), po zwięzłym przedstawieniu rysu historycznego kształtowania się modelu resocjalizacji na świecie i w Polsce, przedstawił dane statystyczne dotyczące funkcjonowania systemu penitencjarnego w naszym kraju. Z tej szczegółowej i rzetelnie opracowanej wypowiedzi wynika m.in., że w roku 2000 nastąpił wzrost populacji więziennej o 12 tys. (obecnie w zakładach karnych znajduje się ok. 68 100 osadzonych), że młodociani stanowią 17% tej populacji, że na 100 tys. osadzonych przypada 20 tys. funkcjonariuszy służby więziennej, że w ostatnim roku liczba wydawanych przepustek zmalała trzykrotnie, a w skali roku jest kształconych 3300 osadzonych. Głównymi bolączkami polskiego więziennictwa są przede wszystkim: przeludnienie jednostek penitencjarnych oraz brak pracy dla osadzonych. Nawiązując do samego obecnego modelu resocjalizacji, Mirosław Nowak stwierdził, że model ten „oparty jest na świadomych działaniach określonych organów penitencjarnych” i w dużej mierze polega na „odejściu od zasady obowiązkowej resocjalizacji”, która, trzeba przyznać, nie sprawdziła się ani w krajach Europy Zachodniej i Skandynawii, gdzie poczyniono ogromne nakłady finansowe, ani w Stanach Zjednoczonych. Podstawowym problemem związanym ze współczesnym modelem resocjalizacji w Polsce jest niedoskonałość tzw. systemu programowego oddziaływania kary, któremu *nota bene* poddało się w Polsce zaledwie 30–40% uprawnionych i który w dużej mierze niesie ze sobą duży stopień demoralizacji. U podstaw tego systemu leżą praca, nauka oraz zajęcia kulturalno-oświatowe. Brak pracy, słabo wykwalifikowana kadra opiekunów (należy zauważyć odpływ ze służby więziennej ludzi o wyższym wykształceniu, w zamian których przyjmuje się osoby o niższych kwalifikacjach i umiejętnościach, bardzo często z wyższym wykształceniem licencjackim), dodatkowo pograżają rodzimą zapaść systemu resocjalizacji. Prelegent z dużą dozą goryczy podkreślił, że służba więzienna jest przygotowana na podjęcie wszelkich niezbędnych działań w razie nastąpienia skutków przeludnienia więzień. Jak trafnie podkreślił: „Przeludnienie rodzi agresję, a agresja mnoży frustrację”.

Ostatnim wystąpieniem na konferencji był żywy wykład sędziego Sądu Rejonowego w Warszawie – Piotra Niedzielaka na temat dyrektyw sędziowskiego wymiaru kary w praktyce stosowania prawa karnego w sądach warsza-

wskich. Autor podkreślał trudności, jakie stoją przed sędziami w zakresie stosowania przepisu art. 53 k.k. jeżeli chodzi o interpretację pojęcia „funkcja limitująca winy”. Sąd bowiem według tego założenia wymierza karę odpowiadającą stopniowi zawinienia, ale może i wymierzyć karę poniżej tego stopnia. Innym problemem poruszonym przez sędziego Niedzielaka była kwestia stosunku art. 53 k.k. do art. 69 k.k. Prelegent pytał, czy norma art. 53 k.k. jest normą nadrzędną w stosunku do normy art. 69 k.k. i w razie trudności interpretacyjnych, w szczególności wtedy, gdy przesłanki zastosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary nie mogą być zastosowane ze względu na zasady określone w treści przepisu art. 53 k.k., należy stosować normę z art. 53 k.k. Na pytanie zadawane wielokrotnie podczas dyskusji na konferencji o to, w jakim stopniu osobowość sprawcy wpływa na wymiar kary, odpowiedział, że niekiedy bardzo trudno rozstrzygnąć, który z elementów osobowości sprawcy uzewnętrznił się w czynie. Z drugiej strony jednak, sędzia, mając przed sobą konkretny stan faktyczny, może żywić uzasadnione przekonanie, że to właśnie osobowość sprawcy okazała się nadrzędnym czynnikiem sprawczym w popełnieniu przestępstwa. Ma to miejsce w szczególności w przypadkach przestępstw zgwałcenia.

W tej części konferencji nie obyło się również bez dyskusji na temat projektowanych zmian w polskim prawie karnym materialnym i procesowym. Stanisław Zabłocki – sędzia Sądu Najwyższego, stwierdził, że za niedopuszczalne należy uznać zabiegi ministerialnego projektu, mające na celu stworzenie takich uregulowań, które opierają zastosowanie tymczasowego aresztowania w znacznej mierze na przesłankach pozaprocesowych. Takie zabiegi nie są właściwe z dwóch powodów. Po pierwsze, jest to sprzeczne z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, po drugie, takie regulacje stwarzają niebezpieczeństwo zastąpienia funkcji, jakie mają spełniać środki zapobiegawcze, funkcjami, jakie ma spełniać kara.

Konferencja naukowa „Kara celowa a sprawiedliwa” dostarczyła uczestnikom nowych poglądów (niekiedy były to poglądy stare, ale jakby dzisiaj zapomniane) na kwestię kary kryminalnej. Wszyscy uczestnicy zgodnie przyznali, że kara może być i celowa, i sprawiedliwa, o czym (wprawdzie w kontekście pytania: „Kara surowa czy nieuchronna?”) zdają się dzisiaj zapominać nie tylko dziennikarze, politycy, ale i wybitni przedstawiciele prawa.



