

I n d e k s 3 8 1 5 4 3 ■ I S S N 0 1 3 7 - 7 2 7 2

WOJSKOWY
PRZEGLĄD
PRAWNICZY

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2023

1
[305]

ROK XCVI

Indeks 381543 ■ ISSN 0137-7272 ■ Egz. bezpłatny



WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2023

1
[305]

R A D A N A U K O W A

Przewodniczący
Członkowie

- Przemysław Funiok
- Małgorzata Manowska
Justyn Piskorski
Marcin Warchoń
Czesław Klak
Bogusław Sygit
Piotr Steczkowski
Elżbieta Karska
Marek Mozgawa
Hanna Paluszkiwicz
Katarzyna Dudka
Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz
Adam Zbieranek
Grzegorz Ociecek
Dariusz Barski
Bartosz Kownacki
Sebastian Chwałek
Błażej Wojnicz
Tomasz Zdzikot
Helmut Radtke
Alexandre Ferreira Baptista Coelho
Veronika Huštova
Mykola Khavroniuk
Bohdan Telefanko

K O L E G I U M R E D A K C Y J N E

Redaktor Naczelny
Członkowie

- Maciej Nowak
- Alicja Pietrusewicz
Damian Wąsik
Andrzej Siemieniuk
Katarzyna Sioma

WYDAJE
PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:
02-676 Warszawa, ul. Postępu 3
tel. 22 12-51-189

e-mail: redakcja.pk.wpp@prokuratura.gov.pl

Druk, skład i korekta
Drukarnia Efekt. Piotrowski sp.j., www.drukarniaefekt.pl

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.
Artykuły i recenzje w „Wojskowym Przeglądzie Prawniczym” nie mają
charakteru urzędowego, lecz są wyrazem poglądów ich autorów.



WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY KWARTALNIK

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2023

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

SPIS TREŚCI

**DR HAB. BEATA
BARAN-WESOŁOWSKA**

profesor Wyższej Szkoły
Humanitas

*Zasada sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu
dyscyplinarnym żołnierzy w perspektywie norm ustawy
o obronie Ojczyzny* **5**

**PPLK DR WIŃCZYŚLAW
JASTRZĘBSKI**

Komendant Wydziału
Żandarmerii Wojskowej
w Białymstoku

*Status żołnierzy terytorialnej służby wojskowej
w świetle polskiego prawa karnego materialnego
i procesowego* **15**

**POR. DR KONRAD
WNOROWSKI**

Szef Sekcji Dochodzeniowo-
Śledczej w Wydziale
Żandarmerii Wojskowej
w Białymstoku

OLGA SZKODZIŃSKA

absolwentka Wydziału
Nauk Politycznych
i Studiów Międzynarodowych
Uniwersytetu Warszawskiego

*Zasadność zarzutu gwałtu ludobójczego w kontekście
trwającej wojny na Ukrainie* **36**

DR JAROSŁAW DUŚ

sędzia Sądu Najwyższego
w stanie spoczynku

Katyni – zbrodnia na polskich jeńcach wojennych **63**

DR JAROSŁAW TEKLIŃSKI prezes Sądu Okręgowego w Ostrołęce	<i>Stwierdzenie bezprawnego utrudniania przez skazanego wykonania kary pozbawienia wolności</i> 76
DAMIAN ROBERT JAWORSKI aplikant Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury	<i>Zabezpieczenie majątkowe na kryptowalutach – sądowy portfel kryptowalutowy (część I)</i> 91
ANNA MAZUREK prokurator del. do Prokuratury Krajowej DR GRZEGORZ OCIECZEK prokurator Prokuratury Krajowej w stanie spoczynku	<i>Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z 6 października 2020 r., sygn. IV KK 496/19</i> 111

*Zasada sprawiedliwości proceduralnej
w postępowaniu dyscyplinarnym żołnierzy
w perspektywie norm ustawy o obronie
Ojczyzny*

*The principle of procedural fairness
in disciplinary proceedings against soldiers
in the perspective of the provisions
of the Act on Defense of the Homeland*

S T R E S Z C Z E N I E

Artykuł przedstawia problematykę związaną z realizacją zasady sprawiedliwości proceduralnej w postępowaniu dyscyplinarnym żołnierzy w perspektywie norm ustawy o obronie Ojczyzny. Analizie zostały poddane kwestie uczciwego traktowania uczestników postępowania oraz prowadzenia fair postępowania, przy uwzględnieniu zasad humanitaryzmu oraz standardów uczciwości i lojalności wobec podmiotów w nim uczestniczących, a także przy udziale instytucji zabezpieczających obiektywizm i bezstronność orzekania. Prowadzone rozważania zostały oparte na metodzie dogmatyczno-prawnej.

Słowa kluczowe: żołnierz, postępowanie dyscyplinarne, obrona ojczyzny, orzeczenie, obronność

I. Wprowadzenie

Uchwalona 11 marca 2022 r. przez Sejm ustawa o obronie Ojczyzny² wśród wielu innych zagadnień reguluje także postępowanie dyscyplinarne wobec żołnierzy (art. 380–420). W tym kontekście warto postawić problem przyjętych w tej procedurze standardów aksjologicznych. Punktem wyjścia do dalszych rozważań będzie uniwersalna konstatacja, że we współ-

¹ Dr hab. Beata Baran-Wesołowska, prof. WSH – pracownik naukowy Instytutu Nauk Prawnych Wyższej Szkoły Humanitas oraz Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, radca prawny, ORCID 0000-0001-6298-228X.

² Dz.U. t.j. 2022 poz. 2305.

czesnych społeczeństwach przyjmuje się, że norma prawna ma posiadać uzasadnienie aksjologiczne; albo w postaci nakazanych przez nią czynów, albo dezaprobatę czynów zakazanych, z punktu widzenia określonego systemu wartości³. W przypadku odpowiedzialności dyscyplinarnej ma zastosowanie głównie druga ze wskazanych opcji.

II. Godność ludzka jako źródło praw człowieka

Współczesna cywilizacja Zachodu uznaje godność za źródło wszelkich wartości⁴. W płaszczyźnie aksjologicznej jest ona kamieniem węgielnym, na którym budowany jest porządek prawny. W dwudziestym wieku godność człowieka stała się fundamentem uniwersalnych praw jako standard tego, co człowiekowi należne. W płaszczyźnie normatywnej na czoło wysuwa się Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, której art. 22 statuuje dyrektywę, że „Każdy człowiek [...] ma prawo [...] do korzystania z praw [...] nieodzownych dla jego godności [...]”. Z kolei Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych⁵ w art. 10 ust. 1 *explicite* odwołuje się do godności, określając zasady odnoszenia się przez władze publiczne do osób pozbawionych wolności, nakazując traktowanie ich w sposób humanitarny i „[...] z poszanowaniem przyrodzonej godności osoby ludzkiej”. Dyrektywa ta *a fortiori* ma zastosowanie także do wszystkich procedur o charakterze represyjnym, w tym także postępowań dyscyplinarnych.

Również źródła prawa o charakterze regionalnym odwołują się w swych podstawach aksjologicznych do godności. W szczególności należy tu wskazać zasadę VI ust. 2 Aktu końcowego KBWE⁶ z 1975 r., w której podkreślono, iż wszelkie prawa i wolności wynikające z przyrodzonej godności są uznawane za istotne (*essential*) dla swobodnego rozwoju osoby ludzkiej. Także prawo Unii Europejskiej statuuje odpowiedniej treści dyrektywę. Zgodnie bowiem z art. 1a Traktatu Lizbońskiego⁷ Unia opiera się na wartościach poszanowania godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości oraz państwa prawnego, jak również poszanowania praw człowieka.

³ Por. M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Uzasadnienie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*, Warszawa 1988, s. 149.

⁴ Por. F.J. Mazurek, *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, Lublin 2001, s. 7 i n.; *idem*, *Pojęcie godności człowieka. Historia i miejsce w projektach konstytucji III Rzeczypospolitej*, „Roczniki Nauk Prawnych Towarzystwa Naukowego KUL”, Lublin 1996, t. 6, s. 5–41.

⁵ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

⁶ Por. *Akt Końcowy Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie*, Warszawa 1980, s. 5 i n.

⁷ Traktat z dnia 13 grudnia 2007 r. z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569.

Ów akt, eksponując godność osobową człowieka jako pierwszą z najważniejszych wartości, wspólną państwom członkowskim, w sposób szczególny podkreśla znaczenie tej wartości. Uprawnia to do konstatacji, że godność osoby ludzkiej zajmuje pierwsze miejsce w systemie aksjologicznym Unii Europejskiej⁸. Normatywnym potwierdzeniem powyższej hierarchii wartości jest art. 1 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, który uznaje godność⁹ człowieka za nienaruszalną i nakazuje jej poszanowanie oraz ochronę. Zgodnie z utrwalonym w doktrynie¹⁰ poglądem przepis ten statuuje nie tylko prawo podmiotowe, ale także stanowi normę obiektywnego porządku prawnego, co nakłada na Unię Europejską i państwa członkowskie rozmaite obowiązki w zakresie jej poszanowania. Szczególne znaczenie ma ono dla wykładni praw „godnościowych”¹¹, również co do zakazu poniżającego traktowania. Oznacza to, że dyrektywa nienaruszalności i ochrony godności człowieka ma zastosowanie także w postępowaniach o cechach represyjnych, a więc również w sprawach dyscyplinarnych żołnierzy.

W systemie prawa polskiego godność również stanowi w wymiarze aksjologicznym podstawowy punkt odniesienia przy dekodowaniu znaczenia wszelkich norm prawnych. Stanowisko to wynika bezpośrednio z treści¹² art. 30 Konstytucji RP¹³. Dyrektywa w nim sformułowana skierowana jest w sferze podmiotowej do wszystkich władz publicznych, także organów dyscyplinarnych. Z kolei w płaszczyźnie przedmiotowej odnosi się do wszelkich podejmowanych przez nie działań, także w ramach wojskowych procedur dyscyplinarnych. Oznacza to w praktyce kategorię imperatyw, nakazujący poszanowanie w toku całego postępowania godności wszystkich jego uczestników. Na tym tle uprawnione jest sformułowanie zasady sprawiedliwości proceduralnej, której istotą jest dyrektywa nakazująca prowadzenie postępowania dyscyplinarnego żołnierzy z poszanowaniem godności i osobowości podmiotów w nich uczestniczących, w sposób humanitarny, z uwzględnieniem standardów uczciwości i rzetelności. Dyrektywa ta ma swe zakorzenienie w idei humanizmu ukierunkowanej na realizację dobra osoby ludzkiej, cechującego kulturę prawną współcze-

⁸ Por. P. Gilowski, *Podstawy prawne Unii Europejskiej* [w:] *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, red. A. Kuś, Lublin 2010, s. 87; W. Jedlecka, *Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna porządku prawa Unii Europejskiej* [w:] *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, red. M. Maciejewski, K. Wojtowicz, A. Bator, M. Jabłoński, Wrocław 2013, s. 173.

⁹ Por. T.T. Koncewicz, *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*, Warszawa 2010, s. 66.

¹⁰ Por. A. Wróbel [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 51.

¹¹ A. Wróbel [w:] *Karta Praw Podstawowych...*, *op. cit.*, s. 51.

¹² Por. W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 43–44; A. Kulig [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2014, s. 156 oraz L. Bosek, *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012, s. 73 i n.

¹³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., tj. Dz.U. z 2009 r. Nr 114, poz. 946.

snych państw Zachodnich. Na tym tle warto przywołać pogląd L. Fullera¹⁴, iż podstawowym założeniem leżącym u podstaw każdego systemu prawnego jest celowe poddanie ludzkiego zachowania regułom. Powinno to mieć miejsce przy respektowaniu zasad proceduralnych, ponieważ prowadzą one do poszanowania praworządności materialnej (moralności zewnętrznej prawa)¹⁵. Ze względu na fundamentalny charakter w płaszczyźnie aksjologicznej zasada ta ma uniwersalne zastosowanie do wszystkich analizowanych w tej pracy procedur dyscyplinarnych. Jest ona zatem podstawowym wyznacznikiem we wszystkich ich stadiach – począwszy od czynności wyjaśniających¹⁶, skończywszy na realizacji zapadłych w ramach procedury dyscyplinarnej orzeczeń¹⁷. Z argumentu *lege non distinguente* wywodzę stwierdzenie, że dotyczy ona wszystkich organów uczestniczących w procedurze dyscyplinarnej¹⁸. W efekcie powinny one wykazać w toku tego postępowania pewną racjonalną kreatywność, nie unikając koniecznej aktywności, aby zapewnić rzeczywistą ochronę uzasadnionych interesów i praw uczestników wojskowej procedury.

III. Zasada sprawiedliwości proceduralnej

Zasada ta nie jest zazwyczaj *explicite* wyróżniana¹⁹ w katalogach zasad zbudowanych przez doktrynę postępowania karnego. Tym bardziej nie została ona *expressis verbis* sformułowana w ustawie o obronie Ojczyzny. Nie oznacza to jednak, że niektóre jej aspekty nie są silnie i zarazem wielopłaszczyznowo w niej akcentowane. Dotyczy to w szczególności uczciwego traktowania uczestników postępowania, uczciwej gry procesowej czy wreszcie prowadzenia fair postępowania. W innym ujęciu doktrynalnym odnosi się ta zasada do standardu rzetelności²⁰ (uczciwości²¹) procesu karnego, wyrażnie akcentując jej wymiar etyczno-moralny²². Proponowana w tym opra-

¹⁴ Por. L.L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, "Harvard Law Review" 1978, nr 92, s. 364 i n.

¹⁵ Por. L.L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 2004, s. XV.

¹⁶ Por. art. 381 ustawy o obronie Ojczyzny.

¹⁷ Por. art. 412 ustawy o obronie Ojczyzny.

¹⁸ Por. art. 358–359 ustawy o obronie Ojczyzny.

¹⁹ Wyjątek na tym tle to stanowisko J. Skorupki, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 245 i n.

²⁰ Por. P. Wiliński, *Pojęcie rzetelnego procesu karnego* [w:] *Rzetelny proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009, s. 19–34.

²¹ Por. M. Barącz, *Pojęcie i cechy uczciwego procesu karnego*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 12, s. 79; J. Pradel, *Rzetelny proces w europejskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 6, s. 8 i n.

²² Por. zwłaszcza S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013, s. 325; E. Skrętowicz, *Z problematyki rzetelnego procesu karnego* [w:] *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdzy*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009, s. 24.

cowaniu formuła zasady sprawiedliwości²³ proceduralnej²⁴ w swojej orbicie przedmiotowej zawiera obszerny katalog wartości proceduralnych (*process values*²⁵). Generalizując, wymaga ona – jak to ujmuje wybitny teoretyk prawa Z. Ziemiński²⁶ – „należytego” przebiegu procedur dyscyplinarnych. W tej materii warto przytoczyć trafną konstatację J. Stelmacha²⁷, że poprzez procedurę rozstrzyga się nie tylko sposób stosowania reguł materialnych, ale jednocześnie procedura wpływa bezpośrednio na ich treść. Dlatego też procedura – także dyscyplinarna – posiadająca przymiot sprawiedliwej powinna sprzyjać eliminowaniu wszelkich nadużyć i nieuczciwości.

Immanentnym przymiotem zasady sprawiedliwości proceduralnej jest humanitaryzm w zakresie traktowania osób uczestniczących w postępowaniu. Jego istota w procedurach represyjnych, a takimi są niewątpliwie procedury dyscyplinarne, sprowadza się do obowiązku poszanowania osób biorących w nich udział, niezależnie od roli, w której występują. W praktyce oznacza to postulat, żeby wszelkie podejmowane przez wojskowe organy proceduralne czynności ponad konieczną potrzebę nie naruszały godności²⁸ i innych dóbr osobistych (np. nietykalności cielesnej) uczestników postępowania. W szczególności niedopuszczalnym jest poniżające traktowanie żołnierza, niezależnie od jego stopnia w hierarchii służbowej. Mam tu na myśli przede wszystkim zakaz stosowania nękania lub nawet zastraszania (np. formułowanie pogroźek dotyczących pozbawienia uprawnień zawodowych) przez przełożonych dyscyplinarnych i rzeczników dyscyplinarnych²⁹. Zwłaszcza stosowanie w toku czynności dyscyplinarnych takich metod, jak nieustanne przerywanie wypowiedzi świadka lub obwinionego³⁰, ciągłe jego krytykowanie albo upominanie, reagowanie krzykiem lub agresją pozawerbalną na wskazywane fakty lub okoliczności sprawy, tworzące atmos-

²³ Szczegółowo zagadnienie sprawiedliwości jako wartości w procesie karnym analizuje J. Skorpka, *O sprawiedliwości procesu karnego...*, op. cit., s. 182 i n. oraz powołana tam literatura.

²⁴ Wedle poglądu P. Kardasa „Garść refleksji o standardzie rzetelnego procesu w kontekście prawdy obiektywnej oraz czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym” [w:] *Rzeczony proces karny. Materiały z konferencji naukowej Trzebuszowice 17-19 września 2009 r.*, Warszawa 2010, s. 147), sprawiedliwość proceduralna jest zasadniczym wyznacznikiem współczesnego rzetelnego procesu karnego w demokratycznym państwie prawa.

²⁵ Por. K. Poklewski-Kozieł, *Due process of law* [w:] *Instytucje i doktryny prawno-polityczne Stanów Zjednoczonych*, red. W. Sokolewicz, Ossolineum 1974, s. 389-395.

²⁶ Z. Ziemiński, *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992, s. 177-181.

²⁷ Por. J. Stelmach, *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995, s. 145.

²⁸ Por. F.J. Mazurek, *Godność osoby ludzkiej...*, op. cit., s. 7 i n.; K. Complik, *O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002, s. 66; M. Jabłoński, *Rozważania na temat znaczenia pojęcia godności człowieka w polskim porządku konstytucyjnym* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie...*, op. cit., s. 91.

²⁹ Por. art. 386-387 ustawy o obronie Ojczyzny.

³⁰ Por. art. 380 ust. 2 *in fine* ustawy o obronie Ojczyzny.

ferę stresu i napięcia psychicznego, albo upokarzanie poprzez ośmieszanie, wprost narusza dyrektywę humanitaryzmu w ramach omawianej zasady. Co więcej, tworzenie w czasie czynności podejmowanych w ramach wojskowej procedury dyscyplinarnej atmosfery uwłaczającej jej uczestnikom także powinno być w ten sposób kwalifikowane. W moim przekonaniu również pozaproceduralne szykany (np. cyberprzemoc), przede wszystkim wobec obwinionego żołnierza, mogą być traktowane jako naruszenie standardu uczciwości postępowania, a w konsekwencji zasady sprawiedliwości proceduralnej. Chodzi mi tu konkretnie o takie zachowania w sferze służbowej, jak ograniczenie uprawnień (np. w zakresie prawa do obrony³¹), powierzanie zadań poniżej kwalifikacji czy wreszcie obciążenie nadmierną ilością obowiązków służbowych. W niektórych warunkach także próby izolowania obwinionego żołnierza od środowiska zawodowego w celu wywarcia na niego presji (np. zmiany zeznań i obciążenia nimi innej osoby) są na tle omawianej zasady niedopuszczalne, ponieważ w nią godzą.

Organy postępowania dyscyplinarnego powinny w jego toku zachowywać standardy uczciwości i lojalności wobec podmiotów w nim uczestniczących. W szczególności naruszeniem omawianej zasady jest stosowanie podstępu, gróźb albo umyślnego wprowadzania w błąd osoby uczestniczącej w czynności proceduralnej³². Podobnie należy kwalifikować wykorzystanie przymusowego położenia uczestnika postępowania w celu uzyskania pożądanego z punktu widzenia wojskowych władz dyscyplinarnych zeznań lub wyjaśnień. Również formułowanie nieuzasadnionych obietnic o charakterze zawodowym (np. awansowych) narusza podstawowe standardy uczciwości i rzetelności postępowania, generując przy tym zagrożenie brakiem bezstronności.

Przechodząc do bardziej szczegółowego ujęcia omawianej zasady, warto wskazać konkretne mechanizmy ochrony interesów uczestników postępowań dyscyplinarnych. Mam tu na myśli przede wszystkim prawo do odmowy zeznań przez osoby najbliższe dla obwinionego oraz prawo uchylenia się od odpowiedzi na pytania, jeżeli ich udzielenie mogłoby narazić świadka lub osobę mu najbliższą na odpowiedzialność karną. W obu przypadkach chodzi o podyktowane względami humanitarnymi zapobieżenie konfliktom sumienia mogącym w swych konsekwencjach dezintegrować więzy rodzinne. Podobne cele realizuje możliwość zwolnienia od złożenia zeznania lub udzielenia odpowiedzi na pytania osoby pozostające z obwinionym żołnierzem w szczególnie bliskim stosunku osobistym. Mechanizm ten odpowiada istocie uczciwości proceduralnej, albowiem procedura sama

³¹ Por. art. 392 ustawy o obronie Ojczyzny.

³² Trafnie zauważa WSA w Opolu w wyroku z 26 listopada 2013 r., II SA/Op 458/13 (LEX nr 1411018, t. 1 *in fine*), że niedopuszczalne jest kompletowanie akt dyscyplinarnych w sposób wybiórczy.

w sobie nie może realizować represji dyscyplinarnej kosztem życiowo doniosłych interesów osób w niej uczestniczących. W tym miejscu warto podkreślić, że *ratio legis* – jak to podkreśla się w nauce postępowania karnego³³ – ma na celu ochronę świadka, a nie obwinionego.

IV. Realizacja zasady sprawiedliwości proceduralnej w ustawie o obronie Ojczyzny

Przejawem humanitaryzmu, a zarazem uczciwości postępowania jest prawo obwinionego żołnierza do odmowy składania wyjaśnień. Zostało ono *verba legis* przewidziane przez art. 392 ust. 1 pkt 1 ustawy o obronie Ojczyzny jako fundament prawa do obrony. Z argumentu *a fortiori* w wersji *a maiori ad minus* wywodzę wniosek, że skoro obwiniony ma prawo odmowy złożenia wyjaśnień, to tym bardziej może też odmówić odpowiedzi na poszczególne pytania. Nie ma przy tym w świetle argumentu *lege non distinguente* znaczenia, czy dotyczą one przewinienia dyscyplinarnego, czy też jego osobistego bądź zawodowego statusu obwinionego. Pogląd ten ma swe aksjologiczne zakorzenienie w regule *nemo se ipsum accusare tenetur*. Stanowi ona fundament każdej uczciwej procedury represyjnej, ma więc także *natura rerum* zastosowanie do wojskowych postępowań dyscyplinarnych.

Istotnym elementem uczciwości i rzetelności postępowania dyscyplinarnego w ramach zasady sprawiedliwości proceduralnej są instytucje zabezpieczające obiektywizm i bezstronność orzekania. W swej istocie chodzi tutaj o wyeliminowanie niebezpieczeństwa arbitralizmu procedury dyscyplinarnej i woluntaryzmu w zakresie rozstrzygnięć podejmowanych w sprawach konkretnych przewinień. W praktyce należy brać pod uwagę także fakt, że wielokroć mogą być one inspirowane motywacją polityczną bądź partykularną, wynikającą na przykład z istnienia nieformalnych grupowych interesów. Dlatego też w pragmatykach dyscyplinarnych *sensu largo* dla realizacji standardu rzetelności i uczciwości postępowania wkodowano mechanizmy mające na celu ograniczenie tego rodzaju zjawisk, zwłaszcza kierunkowego nastawienia organów dyscyplinarnych w stosunku do rozpatrywanej sprawy. Tego rodzaju ujęcie oparte jest na założeniu, że obiektywizm i rzetelność proceduralna jest także podstawowym źródłem sprawiedliwości wojskowego orzecznictwa dyscyplinarnego.

³³ Por. S.R. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego*, t. 2, *Komentarz do art. 167–296*, LEX, dostęp do art. 185 kpk.

Nauka postępowania karnego³⁴ wskazuje na szybkość postępowania jako istotny faktor rzetelności i uczciwości procesu. W moim przekonaniu również w żołnierskiej procedurze sprawność postępowania ma nader istotne znaczenie dla realizacji zasady sprawiedliwości proceduralnej. Nie ma ona jednak bezwzględniego priorytetu. Ideą słuszności, a w konsekwencji także uczciwości proceduralnej są też przesiąknięte normy ustawy o obronie Ojczyzny dopuszczające przywracanie terminów, jeżeli zostały one naruszone z przyczyn niezależnych od uprawnionego podmiotu (np. obwinionego).

Ważkim aspektem uczciwości i rzetelności procedury dyscyplinarnej, rzutującym bezpośrednio na jej sprawiedliwy przebieg, są też mechanizmy prawne wymagające od wojskowych organów dyscyplinarnych lojalności wobec uczestników postępowania. W wymiarze normatywnym sprowadzają się one do obowiązku pouczenia bądź informowania uczestników postępowania dyscyplinarnego o przysługujących im uprawnieniach. Tego rodzaju mechanizm ma swe aksjologiczne oparcie w klasycznej formule *ubi equias evidens poseit, subveniendum est*, co można tłumaczyć jako: należy pomagać tam, gdzie słuszność ewidentnie się tego domaga. Zasada sprawiedliwości proceduralnej nie oznacza jednak obowiązku czuwania nad interesem strony, gdyż tego rodzaju zachowanie mogłoby być kwalifikowane jako brak bezstronności godzący w obiektywizm³⁵ wojskowego orzecznictwa dyscyplinarnego.

Analizując problematykę zasady sprawiedliwości proceduralnej, warto wskazać na mechanizmy normatywne przewidziane w innych przepisach ustawy o obronie Ojczyzny kierunkowanych na poszanowanie godziwych interesów jego uczestników. Na czoło wysuwają się tutaj zasady domniemania niewinności³⁶, prawdy obiektywnej³⁷, *in dubio pro reo*³⁸ czy prawa do obrony³⁹. Odnosi się to także do regulacji umożliwiających zaskarżanie orzeczeń zarówno w trybie wewnątrzorganizacyjnym⁴⁰, jak i w drodze sądowej⁴¹. Mamy tu do czynienia z realizacją klasycznej reguły *ubi ius ibi remedium*.

V. Podsumowanie

Podsumowując, konstatuje, że zasada sprawiedliwości proceduralnej, podobnie zresztą jak zasada praworządności, stanowi w wojskowym postępowaniu dyscyplinarnym uniwersalną zasadę, która przenika i kształ-

³⁴ Por. S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu...*, op. cit., s. 327.

³⁵ Por. art. 388 ustawy o obronie Ojczyzny.

³⁶ Por. art. 356 ust. 2 ustawy o obronie Ojczyzny.

³⁷ Por. art. 356 ust. 1 ustawy o obronie Ojczyzny.

³⁸ Por. art. 356 ust. 2 zdanie 2 ustawy o obronie Ojczyzny.

³⁹ Por. art. 392 ustawy o obronie Ojczyzny.

⁴⁰ Por. art. 407 ust. 1–3 ustawy o obronie Ojczyzny.

⁴¹ Por. art. 407 ust. 5 ustawy o obronie Ojczyzny.

tuje stosowanie wszystkich instytucji i mechanizmów dyscyplinarnych. Przedstawione w niniejszym opracowaniu mechanizmy normatywne stanowią zaś egzemplifikację jej zastosowania. W swej istocie analizowana zasada odnosi się przede wszystkim do obwinionego żołnierza, co nie zmienia faktu, iż swoim zakresem obejmuje poszanowanie interesów wszystkich uczestników postępowania. Stanowi ona fundament uczciwości i rzetelności każdego etapu postępowania.



A B S T R A C T

The article presents issues related to the implementation of the principle of procedural fairness in the disciplinary proceedings of soldiers in the perspective of the provisions of the Act on Defense of the Homeland. The issues of fair treatment of the participants to the proceedings, conducting fair proceedings based on humanity and standards of honesty and loyalty to the entities participating to the proceedings, as well as institutions securing the objectivity and impartiality of adjudication, were analysed. The research was based on the dogmatic method.

Keywords: soldier, disciplinary proceedings, Homeland defense, defense

Bibliografia

- Barącz M., *Pojęcie i cechy uczciwego procesu karnego*, „Państwo i Prawo” 1991, nr 12
- Bosek L., *Gwarancje godności ludzkiej i ich wpływ na polskie prawo cywilne*, Warszawa 2012
- Complak K., *O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002
- Fuller L.L., *Moralność prawa*, Warszawa 2004
- Fuller L.L., *The Forms and Limits of Adjudication*, “Harvard Law Review” 1978, nr 92
- Gilowski P., *Podstawy prawne Unii Europejskiej* [w:] *Prawo Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, red. A. Kuś, Lublin 2010

- Jabłoński M., *Rozważania na temat znaczenia pojęcia godności człowieka w polskim porządku konstytucyjnym* [w:] *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, red. B. Banaszak, A. Preisner, Warszawa 2002
- Jedlecka W., *Godność człowieka jako podstawa aksjologiczna porządku prawa Unii Europejskiej* [w:] *Współczesne koncepcje ochrony wolności i praw podstawowych*, red. M. Maciejewski, K. Wojtowicz, A. Bator, M. Jabłoński, Wrocław 2013
- Kardas P., *Garść refleksji o standardzie rzetelnego procesu w kontekście prawdy obiektywnej oraz czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym* [w:] *Rzetelny proces karny. Materiały z konferencji naukowej Trzebuszowice 17–19 września 2009 r.*, Warszawa 2010
- Koncewicz T.T., *Aksjologia unijnego kodeksu proceduralnego*, Warszawa 2010
- Kulig A. [w:] *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa 2014
- Mazurek F.J., *Godność osoby ludzkiej podstawą praw człowieka*, Lublin 2001
- Mazurek F.J. *Pojęcie godności człowieka. Historia i miejsce w projektach konstytucji III Rzeczypospolitej*, Roczniki Nauk Prawnych Towarzystwa Naukowego KUL, Lublin 1996, t. 6
- Poklewski-Kozieł K., *Due process of law* [w:] *Instytucje i doktryny prawnopolityczne Stanów Zjednoczonych*, red. W. Sokolewicz, Ossolineum 1974
- Pradel J., *Rzetelny proces w europejskim prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 6
- Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013
- Skrętowicz E., *Z problematyki rzetelnego procesu karnego* [w:] *Rzetelny proces karny. Księga Jubileuszowa Profesor Zofii Świdry*, red. J. Skorupka, Warszawa 2009
- Skrzydło W., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2013
- Stefański S.R., Zabłocki S., *Kodeks postępowania karnego*, t. 2, *Komentarz do art. 167–296*, LEX/el., kom. do art. 185 kpk
- Stelmach J., *Współczesna filozofia interpretacji prawniczej*, Kraków 1995
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2013
- Wiliński P., *Pojęcie rzetelnego procesu karnego* [w:] *Rzetelny proces karny*, red. P. Wiliński, Warszawa 2009
- Wróbel A. [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa 2013
- Zieliński M., Ziemiński Z., *Uzasadnienie twierdzeń, ocen i norm w prawnoznawstwie*, Warszawa 1988
- Ziemiński Z., *O pojmowaniu sprawiedliwości*, Lublin 1992

WIŃCZYŚŁAW JASTRZĘBSKI¹
KONRAD WNOROWSKI²

*Status żołnierzy terytorialnej służby
wojskowej w świetle polskiego prawa
karnego materialnego i procesowego*

*The status of a territorial military service
soldier in the light of Polish substantive and
procedural criminal law*

S T R E S Z C Z E N I E

Zasadniczym celem niniejszej publikacji jest próba zdefiniowania statusu żołnierzy terytorialnej służby wojskowej w świetle prawa karnego materialnego i procesowego. Rozważania w tym obszarze poprzedza analiza terminologiczna pojęcia żołnierza w kontekście ustawy o obronie Ojczyzny, kodeksu karnego i innych ustaw. Określenie tytułowego statusu czynione jest z perspektywy służby pełnionej dyspozycyjnie i rotacyjnie oraz przez pryzmat właściwości wojskowych organów ścigania oraz sądów wojskowych wobec żołnierzy terytorialnej służby wojskowej popełniających przestępstwa i wykroczenia, także te skarbowe.

Słowa kluczowe: żołnierz, status prawny żołnierza, terytorialna służba wojskowa, właściwość wojskowych organów ścigania, żandarmeria wojskowa, sądy wojskowe

I. Wprowadzenie

Od 1 stycznia 2017 roku w strukturę Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej włączono Wojska Obrony Terytorialnej (WOT), co nastąpiło

¹ Ppik dr Wińczysław Jastrzębski – adiunkt na Wydziale Administracji i Nauk Społecznych w Lubelskiej Akademii WSEI w Lublinie, Komendant Wydziału Żandarmerii Wojskowej w Białymstoku. Autor w niniejszej publikacji przedstawił m.in. wyniki badań zawartych w jego rozprawie doktorskiej pt.: *Rola Żandarmerii Wojskowej w kształtowaniu dyscypliny wojskowej w Siłach Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej*, Lublin/Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, 2020, praca niepublikowana.

² Por. dr Konrad Wnorowski – współpracownik Katedry Prawa Międzynarodowego Publicznego na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku, gdzie obronił rozprawę doktorską, Szef Sekcji Dochodzeniowo-Śledczej w Wydziale Żandarmerii Wojskowej w Białymstoku.

poprzez uchwalenie i wejście w życie ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw³. Należy podkreślić, że ów nowy rodzaj Sił Zbrojnych od 2017 roku rozwija się dynamicznie pod względem ilościowym, a także kompetencyjnym poprzez realizowanie zadań *stricte* wojskowych oraz tych na rzecz ludności cywilnej. Na koniec 2022 roku pod Dowództwo Obrony Terytorialnej podlegało 18 utworzonych od 2017 roku brygad, Centrum Szkolenia Łączności i Informatyki oraz Centrum Szkolenia Wojsk Obrony Terytorialnej⁴. Liczebność Wojsk Obrony Terytorialnej na koniec 2022 roku wynosiła ponad 35 tysięcy żołnierzy, z czego 31 tysięcy to żołnierze terytorialnej służby wojskowej (TSW), a pozostali to kadra zawodowa⁵. Celem Ministerstwa Obrony Narodowej jest rozbudowa WOT do liczby 50 tysięcy żołnierzy⁶. Regulacje prawne, które weszły w życie z dniem 1 stycznia 2017 roku, dotyczące terytorialnej służby wojskowej, stanowiły wówczas nową materię, nie tylko na gruncie ustawodawstwa dotyczącego sił zbrojnych, ale także na płaszczyźnie prawa karnego materialnego i procesowego. Sam podział pełnienia terytorialnej służby wojskowej na rotacyjną i dyspozycyjną zarówno w doktrynie, jak i praktyce prawa karnego materialnego i procesowego spowodował wiele problematycznych kwestii w zakresie statusu żołnierzy pełniących terytorialną służbę wojskową, a w szczególności chodzi m.in. o właściwość procesową organów ścigania i sądów czy też możliwość pociągania do odpowiedzialności karnej żołnierzy TSW za konkretne przestępstwa lub wykroczenia w zależności od rodzaju pełnienia tej służby (dyspozycyjna lub rotacyjna). Powyższe stanowiło przyczynę i przesądziło o poświęceniu tej materii niniejszego opracowania.

II. *Żołnierz – próba zdefiniowania*

Punktem wyjścia do rozważań w zakresie omawianej problematyki jest zdefiniowanie pojęcia żołnierza. Właściwym aktem normatywnym w tym zakresie jest ustawa o obronie Ojczyzny, która żołnierza określa jako osobę pełniącą czynną służbę wojskową⁷. Owa syntetyczna definicja zostaje doprecyzowana poprzez enumeratywne wskazanie możliwych rodzajów pełnienia czynnej służby wojskowej określonych przez ustawodawcę w postaci: zasadniczej służby wojskowej, terytorialnej służby wojskowej, służby

³ Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 2138.

⁴ <<https://www.wojsko-polskie.pl/dwot/brygady/>> [dostęp: 20.01.2023].

⁵ <<https://defence24.pl/sily-zbrojne/rosnie-liczebnosci-wojsk-obrony-terytorialnej>> [dostęp: 20.01.2023].

⁶ *Ibidem*.

⁷ Art. 2 ustawy z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny, Dz.U. poz. 2305.

w aktywnej rezerwie w dniach tej służby oraz odbywaniu ćwiczeń wojskowych w ramach pasywnej rezerwy, zawodowej służby wojskowej, służby w razie ogłoszenia mobilizacji i w czasie wojny⁸. W doktrynie dostrzega się również rozwinięcie ustawowej definicji poprzez wskazanie, iż żołnierzem jest osoba pełniąca służbę w siłach zbrojnych danego państwa i zobowiązana do obrony jego granic, a także osoba wykonująca zadania bojowe poza jego granicami⁹.

Definicja żołnierza nie byłaby pełna bez wskazania dwóch granic czasowych – momentu, w którym się rozpoczyna, oraz momentu, w którym kończy się bieg czynnej służby wojskowej. W przypadku zasadniczej służby wojskowej, terytorialnej służby wojskowej, służby w aktywnej rezerwie w dniach tej służby oraz odbywaniu ćwiczeń wojskowych w ramach pasywnej rezerwy oraz służby wojskowej w razie ogłoszenia mobilizacji i w czasie wojny powołani do czynnej służby wojskowej stają się żołnierzami w czynnej służbie wojskowej z chwilą stawienia się do tej służby w określonym miejscu¹⁰. Stosunek służbowy żołnierza służby powstaje w drodze powołania na podstawie dobrowolnego zgłoszenia się do tej służby. Termin rozpoczęcia pełnienia zawodowej służby wojskowej oraz stanowisko służbowe, na jakim będzie pełniona ta służba, określa rozkaz personalny¹¹. Zgłoszenie się osoby powołanej w jednostce wojskowej w celu innym niż odbywanie czynnej służby wojskowej, np. w celu przeprowadzenia rozmowy z dowódcą jednostki wojskowej, nie nadaje takiej osobie statusu żołnierza¹². Także przymusowe doprowadzenie do jednostki wojskowej powołanego do czynnej służby wojskowej nie nadaje mu statusu żołnierza, jeżeli w chwili doprowadzenia powołany nie miał zamiaru pełnić czynnej służby wojskowej¹³. Tak więc „wcielenie” poborowego do wojska wbrew jego woli jest w polskim systemie prawnym bezprawne, z zastrzeżeniem ewentualnego ogłoszenia mobilizacji i czasu wojny¹⁴. Żołnierza uważa się za zwolnionego z czynnej

⁸ Art. 130 ustawy z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny, Dz.U. poz. 2305.

⁹ Zob. szerz. H. Królikowski [w:] J. Bulira, A. Jagnieża, E. Krempeć, F. Seredyński, H. Królikowski, *Obrona Ojczyzny. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 2. <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 04.02.2023].

¹⁰ Por. J. Majewski, *Komentarz do art. 115 § 17 Kodeksu karnego*, teza 7 [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2. *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wrobel, A. Zoll, Warszawa 2016, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 21.01.2023].

¹¹ P. Kozłowska-Kalisz, *Komentarz aktualizowany do art. 144 Kodeksu karnego*, teza 2 [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el., 2018, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 20.01.2023].

¹² Wyrok Sądu Najwyższego z 24 lutego 1971 r., N 6/71, OSNKW 1971/6/97.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z 22 marca 1994 r., WR 45/94, OSNKW 1994/11–12/76 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 28 grudnia 1970 r., Rw 1436/70, OSNKW 1971/5/77.

¹⁴ W. Makar, Głosa do wyroku SN z dnia 22 marca 1994 r., WR 45/94, OSP 1995/6/137. Sąd Najwyższy w uzasadnieniach do wyroku z 22 marca 1994 r., WR 45/94, OSNKW 1994/11–12/76 oraz wyroku z 28 grudnia 1970 r., Rw 1436/70, OSNKW 1971/5/77 wskazał, że sam fakt stawienia się

służby wojskowej z chwilą jego odejścia z miejsca pełnienia służby, po zwolnieniu przez dowódcę jednostki wojskowej lub inny uprawniony organ wojskowy. Zwolnienie żołnierza z czynnej służby wojskowej dowódca jednostki wojskowej stwierdza w rozkazie dziennym oraz w wojskowym dokumencie osobistym tego żołnierza¹⁵.

Spśród wszystkich grup żołnierzy w czynnej służbie wojskowej na szczególną uwagę zasługują żołnierze pełniący terytorialną służbę wojskową, która została wprowadzona wraz z wejściem w życie wskazanej wcześniej ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw¹⁶. Przepisy prawne dotyczące Wojsk Obrony Terytorialnej zostały również zawarte w ustawie o obronie Ojczyzny, zgodnie z którą terytorialną służbę wojskową żołnierz OT¹⁷ pełni rotacyjnie lub dyspozycyjnie. Rotacyjnie terytorialną służbę wojskową żołnierz OT pełni w jednostce wojskowej w określonych przez dowódcę jednostki wojskowej dniach służby. Pełnienie dyspozycyjnie terytorialnej służby wojskowej przez żołnierzy OT odbywa się poza jednostką wojskową, przy pozostaniu w gotowości do stawienia się do służby pełnionej rotacyjnie w terminie i miejscu wskazanych przez dowódcę jednostki wojskowej¹⁸. Zgodnie jednak z ustawową

lub przymusowego doprowadzenia osoby powołanej do czynnej służby wojskowej w oznaczonej jednostce wojskowej nie nadaje jeszcze takiej osobie statusu żołnierza. Wcielenie do sił zbrojnych wymaga aktu woli osoby powołanej, polegającego na zamiarze pełnienia przez niego czynnej służby wojskowej. Przy czym art. 144 k.k. przewiduje odpowiedzialność karną osoby powołanej do pełnienia czynnej służby wojskowej, która nie zgłasza się do odbywania tej służby w określonym terminie i miejscu. Zob. także Z. Cwiąkański, *Komentarz do art. 144 Kodeksu karnego*, teza 5 [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1. *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wrobel, A. Zoll, Warszawa 2017, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 21.01.2023]; D. Gruszecka, *Komentarz do art. 144 Kodeksu karnego*, teza 4 i 5 [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 21.01.2023]; uchwała Sądu Najwyższego, Izba Wojskowa z 15 marca 1993 r., WZP 1/90, OSNKW 1993/5–6/26.

¹⁵ J. Majewski, *Komentarz do art. 115 § 17 Kodeksu karnego*, teza 7 [w:] *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2. *Komentarz do art. 53–116*, red. W. Wrobel, A. Zoll, Warszawa 2016, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp 21.01.2023]. Zob. także wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 1984 r., N 46/83, OSNKW 1984/7–8/85.

¹⁶ Dz.U. z 2016 r. poz. 2138.

¹⁷ Art. 94 ust. 2 ustawy o obronie Ojczyzny określa żołnierzy terytorialnej służby wojskowej jako „żołnierzy OT”, Dz.U. poz. 2305.

¹⁸ Art. 170, 171, 172 ustawy o obronie Ojczyzny, Żołnierze obrony terytorialnej (OT) zaczynają pełnić terytorialną służbę wojskową rotacyjnie z chwilą stawienia się do jednostki wojskowej w celu pełnienia tej służby, a kończą, opuszczając ją. Dowódca jednostki wojskowej ustala dni, w których żołnierze OT pełnią terytorialną służbę wojskową rotacyjnie. Następuje to w formie zbiorowego wykazu dla jednostki wojskowej lub w trybie natychmiastowego stawiennictwa. W czasie pełnienia terytorialnej służby wojskowej rotacyjnie żołnierz OT może zostać skierowany w podróż służbową, zostać delegowany do wykonywania zadań poza jednostką wojskową lub w innej jednostce wojskowej, w tym w ośrodku szkolenia, a także zostać skierowany za jego zgodą lub na jego wniosek

definicją żołnierze terytorialnej służby wojskowej, zarówno pełniący ją rotacyjnie, jak i dyspozycyjnie, są żołnierzami w czynnej służbie wojskowej.

Status pełnionej służby przez żołnierza OT nie wynika z miejsca jego przebywania. W czasie terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie może on przebywać w jednostce wojskowej za zgodą dowódcy tej jednostki¹⁹. Ponadto nawet stawienie się w niej w dniu, w którym pełni on służbę rotacyjnie lub w związku z wezwaniem do pełnienia terytorialnej służby wojskowej rotacyjnie w trybie natychmiastowego stawiennictwa²⁰, nie oznacza automatycznie rozpoczęcia pełnienia przez niego rzeczonyj służby. Warunkiem rozpoczęcia pełnienia przez żołnierza OT służby rotacyjnie jest, aby jego stawiennictwo nastąpiło w celu pełnienia tej służby. Fakt ten dowódca jednostki wojskowej stwierdza w rozkazie dziennym tak samo jak zakończenie pełnienia omawianej służby²¹.

Status prawny żołnierzy pełniących terytorialną służbę wojskową został określony także poprzez zmiany w innych ustawach. Szereg z nich wyłącza żołnierzy pełniących terytorialną służbę wojskową dyspozycyjnie z traktowania na równi z innymi żołnierzami w czynnej służbie wojskowej²², a nawet definiując na potrzeby konkretnych aktów prawnych pojęcie żołnierza jako „osoby pełniącej czynną służbę wojskową, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie”, jak ma to miejsce w kodeksie karnym²³ lub kodeksie karnym skarbowym²⁴.

W toku prowadzonych rozważań bezsprzecznie należy odnieść się szerzej do definicji żołnierza zawartej w kodeksie karnym, którego art. 115 § 17 stanowi, iż żołnierzem jest osoba pełniąca czynną służbę wojskową, z wy-

na kurs lub szkolenie specjalistyczne (art. 176 ustawy o obronie Ojczyzny). Wymaga podkreślenia, że status pełnionej służby przez żołnierza OT wynika z faktycznego stawiennictwa do pełnienia służby rotacyjnie w terminie i miejscu określonym przez dowódcę jednostki wojskowej, a nie z nałożenia na niego przedmiotowego obowiązku.

¹⁹ Art. 178 ust. 2, Dz.U. poz. 2305.

²⁰ Art. 175, Dz.U. poz. 2305.

²¹ Por. wyrok Sądu Najwyższego z 24 lutego 1971 r., N 6/71, OSNKW 1971/6/97, wyrok Sądu Najwyższego z 22 marca 1994 r., WR 45/94, OSNKW 1994/11-12/76 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 28 grudnia 1970 r., Rw 1436/70, OSNKW 1971/5/77.

²² Dz.U. z 2016 r. poz. 2138, np. art. 2 zmieniający ustawę z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2016 r. poz. 23 j.t. ze zm., dalej jako „k.p.a.”, art. 3 pkt 1-6 zmieniający ustawę z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2016 r. poz. 1822 j.t. ze zm., dalej jako „k.p.c.”, art. 13 pkt 1-7 zmieniający ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2016 r. poz. 1749 j.t. ze zm., dalej jako „k.p.k.” art. 14 pkt 1-4 zmieniający ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 1997 r. poz. 557 ze zm, dalej jako „k.k.w.”

²³ Art. 12 pkt 2, Dz.U. z 2016 r. poz. 2138, zmieniający ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2016 r. poz. 1137 j.t., dalej jako „k.k.”

²⁴ Art. 16 pkt 1, Dz.U. z 2016 r. poz. 2138) zmieniający ustawę z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy, Dz.U. z 2016 r. poz. 2137 j.t., dalej jako „k.k.s.”

jątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie²⁵. W związku z tym można zauważyć, że na gruncie ustawy o obronie Ojczyzny żołnierzem jest osoba pełniąca terytorialną służbę wojskową dyspozycyjnie, a w rozumieniu kodeksu karnego taka osoba żołnierzem nie jest. Skutkuje to m.in. tym, że osoby posiadające wskazany status nie mogą być podmiotami przestępstw z części wojskowej kodeksu karnego. Podobne stanowisko prezentowane jest przez Ministerstwo Obrony Narodowej²⁶ oraz ekspertów z Biura Analiz Sejmowych²⁷. Skutki wskazanego rozróżnienia pojęciowego definicji żołnierza omówione zostaną w dalszej części niniejszych rozważań.

Specyfika służby w Wojskach Obrony Terytorialnej, gdzie żołnierz powoływany jest do służby pełnionej rotacyjnie na wybrane weekendy w miesiącu, jedno zgrupowanie poligonowe w roku oraz doraźnie w razie potrzeby, powoduje, że cyklicznie, przez krótki czas jest on więc żołnierzem w rozumieniu kodeksu karnego, a w kolejnych dniach już nie. Ma to znaczenie między innymi w zakresie stosowania „Przepisów ogólnych dotyczących żołnierzy” części wojskowej kodeksu karnego. W odniesieniu do żołnierzy OT należy bowiem odróżnić czas popełnienia przestępstwa od chwili orzekania.

Dotychczasowa linia orzecznictwa Sądu Najwyższego²⁸ nie pozostawiała wątpliwości, że kary i środki karne przewidziane przepisami rozdziału XXXVIII kodeksu karnego mogą być stosowane wyłącznie wobec żołnierzy, czyli osób, które pełnią w rozumieniu art. 115 § 17 k.k. czynną służbę wojskową w chwili orzekania²⁹. Jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest możliwość orzeczenia degradacji, gdyż art. 328 k.k. przewiduje taką decyzję sądu w stosunku do osoby, która w chwili popełnienia czynu była żołnierzem, a przestała nim być w chwili orzekania. Pozostaje pytanie, czy wskazana linia orzecznictwa ma bezpośrednie zastosowania do żołnierzy OT, z uwagi na specyfikę naprzemiennego pełnienia przez nich służby rotacyjnie i dyspozycyjnie. Twierdzenie, że zamysłem ustawodawcy było stosowanie kar i środków karnych części wojskowej kodeksu karnego tylko do żołnierzy OT w służbie pełnionej rotacyjnie w chwili orzekania skutkowałoby tym, że aby wymierzyć karę aresztu wojskowego lub zwrócić się do właściwego dowód-

²⁵ Dz.U. z 2022 r. poz. 1138 z późn. zm.

²⁶ Odpowiedź na interpelację nr 36754 w sprawie statusu żołnierzy terytorialnej służby wojskowej z 17 listopada 2022 r., źródło: <<https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=CLAJ7Y>> [dostęp: 22.01.2023].

²⁷ I. Szczepańska-Kulik, *Opinia prawna dotycząca statusu żołnierzy Wojsk Obrony Terytorialnej pełniących służbę dyspozycyjnie*, BAS-WAP-2104/22, 1.12.2022 r. Opinia znajduje się w zasobach własnych autorów.

²⁸ Zob. szerz. wyrok Sądu Najwyższego z 20 grudnia 2002 r., WK 44/02, OSNKW 2003/3-4/39, Biul.SN 2003/4/27 oraz wyrok Sądu Najwyższego z 5 lutego 2002 r., WKN 36/01, OSNKW 2002/9-10/74, Biul.SN 2002/9/27.

²⁹ Z zastrzeżeniem art. 317 § 2 k.k. dotyczącym pracowników wojska w szczególnych okolicznościach.

cy o wymierzenie kary przewidzianej w wojskowych przepisach dyscyplinarnych na zasadzie art. 331 k.k. lub 333 k.k., sąd musiałby „trafić” z dniem rozprawy na pełnienie przez żołnierza OT służby rotacyjnie i mieć co do tego pewność. Problematyczność sytuacji opisanej w przykładzie, a także przesłanki wynikające z niektórych zmian w kodeksie postępowania karnego czy kodeksie karnym wykonawczym, wprowadzonych w związku z powstaniem Wojsk Obrony Terytorialnej, mogą determinować wniosek, że kluczowe znaczenie ma jednak rodzaj pełnionej służby przez żołnierza OT (rotacyjnej lub dyspozycyjnej) w czasie popełnienia przestępstwa.

III. Właściwość wojskowych organów ścigania wobec żołnierzy pełniących terytorialną służbę wojskową

Zdefiniowanie pojęcia żołnierza rodzi nie tylko wskazane powyżej skutki na płaszczyźnie prawa karnego materialnego, ale również, a może przede wszystkim na gruncie prawa karnego procesowego. Należy zgodzić się ze stanowiskiem Ministerstwa Obrony Narodowej zakładającym, iż definicja żołnierza zawarta w ustawie o obronie Ojczyzny ma znaczenie na gruncie prawa karnego procesowego w ten sposób, że m.in. stanowi ona podstawę do określenia właściwości Żandarmerii Wojskowej³⁰. Dodatkowo, może to powodować rozmaite problemy praktyczne polegające na braku możliwości objęcia ściganiem karnym za przestępstwa godzące w dyscyplinę wojskową w okresie pełnienia terytorialnej służby wojskowej dyspozycyjnie, na przykład odmowa wykonania rozkazu³¹. Zmiany polegające na wyłączeniu żołnierzy terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie z grona żołnierzy nie zostały jednak wprowadzone w ustawie o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych³². Zgodnie z powyższym w świetle wymienionej ustawy żołnierze pełniący terytorialną służbę wojskową dyspozycyjnie traktowani są tak jak pozostali żołnierze w czynnej służbie wojskowej³³. Daje to między innymi możliwość zatrzymania ich na podstawie art. 18 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych or-

³⁰ Odpowiedź na interpelację nr 36754, *op. cit.*

³¹ *Ibidem.*

³² Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz.U. z 2021 r. poz. 1214 z późn. zm.

³³ W związku z reorganizacją struktury Sił Zbrojnych nie dokonano żadnych zmian w Regulaminie Ogólnym Sił Zbrojnych RP, więc nadal, jak wskazano w jego Wstępie, reguluje on funkcjonowanie stanów osobowych Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej czynnej służby wojskowej. Z uwagi na to, że Regulamin Ogólny nie definiuje pojęcia żołnierza, należy więc uważać, że dotyczy on wszystkich żołnierzy w czynnej służbie wojskowej, zgodnie rodzajami wskazanymi w ustawie o obronie Ojczyzny.

ganach porządkowych czy stosowania przez Żandarmerię Wojskową instytucji dyscyplinarnego środka zapobiegawczego w postaci osadzenia w izbie zatrzymań, w związku z zachowaniem się w miejscu publicznym.

Ustawa o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych nie definiuje pojęcia żołnierza, określa natomiast, że w zakresie właściwości podmiotowej Żandarmerii Wojskowej są żołnierze pełniący czynną służbę wojskową³⁴. W związku z powyższym do jej zadań ustawowych należy zapewnianie przestrzegania dyscypliny wojskowej, także przez żołnierzy pełniących terytorialną służbę wojskową rotacyjnie i dyspozycyjnie. Jednakże uprawnienia Żandarmerii Wojskowej wobec żołnierzy TSW należy odrębnie rozpatrywać w kontekście realizowanych czynności, tj.: operacyjno-rozpoznawczych, prewencyjnych oraz dochodzeniowo-śledczych. W zakresie czynności operacyjno-rozpoznawczych obecny stan prawny daje możliwość stosowania wobec żołnierzy TSW takich samych narzędzi oddziaływania, jak wobec pozostałych żołnierzy czynnej służby wojskowej. W przypadku czynności prewencyjnych dochodzi do ograniczeń w zakresie czynności realizowanych na podstawie właściwych aktów prawnych. Na przykład prewencyjną czynnością Żandarmerii Wojskowej jest przymusowe doprowadzanie osób, w zakresie i na zasadach przewidzianych w przepisach o postępowaniu karnym, karnym skarbowym, karnym wykonawczym i cywilnym³⁵, a realizacja przedmiotowych zadań prewencyjnych została kodeksowo wyłączona w stosunku do żołnierzy OT w służbie pełnionej dyspozycyjnie³⁶.

Można także wskazać przykłady braku konsekwencji ustawodawcy w ograniczaniu uprawnień Żandarmerii Wojskowej w stosunku do żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjnie. Zarówno kodeks postępowania cywilnego, jak i ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji przewidują realizację czynności egzekucyjnych. W obu ustawach w razie oporu stawianego przez żołnierza odpowiednio komornik lub egzekutor mogą wezwać pomocy właściwego organu wojskowego, w tym Żandarmerii Wojskowej³⁷. Ponadto obydwie akty normatywne wskazują na właściwość Żandarmerii Wojskowej w przypadku konieczności przeszukania odzieży żołnierza w czasie

³⁴ Art. 3 ust. 2 pkt 1, Dz.U. z 2021 r. poz. 1214, z późn. zm.

³⁵ Art. 4 ust. 2 pkt 12, Dz.U. z 2021 r. poz. 1214, z późn. zm.

³⁶ Zob. na przykład: art. 247 § 7 zd. ost. k.p.k., art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 247 § 7 zd. ost. k.p.k., art. 163 § 3 k.p.c. oraz art. 79 § 4 i art. 201 § 2 w zw. z art. 10 § 2 k.k.w.

³⁷ Art. 765 § 1 k.p.c. i art. 46 § 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, Dz.U. z 2022 r. poz. 479 z późn. zm. Szerzej na temat udzielanej pomocy zob. T. Ereciński, H. Pietrzykowski, *Komentarz do art. 765 Kodeksu postępowania cywilnego* [w:] *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Postępowanie egzekucyjne*, red. T. Ereciński, Warszawa 2016, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 23.01.2023]; P. M. Przybysz, *Komentarz do art. 46* [w:] *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz*, Warszawa 2018, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 23.01.2023]; C. Kulesza, *Komentarz do art. 46* [w:] *Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz*, red. D.R. Kijowski, Warszawa 2015, źródło: <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>

egzekucji³⁸. Jednak w kodeksie postępowania cywilnego z norm dotyczących żołnierzy w czynnej służbie wojskowej wyłączeni zostali żołnierze pełniący terytorialną służbę wojskową dyspozycyjnie, w przeciwieństwie do ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Skutkiem powyższego w stosunku do żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjnie Żandarmeria Wojskowa realizuje ze wskazanych, przedmiotowo tożsamyh czynnościach tylko te, których podstawę stanowi ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Zakres czynności dochodzeniowo-śledczyh Żandarmerii Wojskowej realizowanych w stosunku do żołnierzy pełniących terytorialną służbę wojskową wynika bezpośrednio z uprawnień do prowadzenia postępowań karnych. W przypadku przestępstw podstawę prawną stanowi art. 312 pkt 1 k.p.k., dający uprawnienia procesowe Żandarmerii Wojskowej w zakresie jej ustawowej właściwości, czyli do wszystkich żołnierzy w czynnej służbie wojskowej. Jednakże żołnierze OT w służbie pełnionej dyspozycyjnie są wykluczeni spod orzecznictwa sądownictwa wojskowego³⁹.

Różnice w uznawaniu lub nie terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie za czynną służbę wojskową skutkują na przykład tym, że przestępstwo popełnione przez żołnierzy w tej służbie na terenie jednostki wojskowej lub przeciwko innemu żołnierzowi⁴⁰ nie będzie podlegało orzecznictwu sądów wojskowych, nawet jeśli będzie polegało na napaści na przełożonego czy jego znieważenia⁴¹. Mimo prowadzenia przez

[dostęp: 23.01.2023]. Zob. także rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 5 lutego 2009 r. w sprawie udzielania pomocy przez Żandarmerię Wojskową lub wojskowe organy porządkowe przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych w administracji, Dz.U. z 2009 r. Nr 31, poz. 212 oraz rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 7 kwietnia 2010 r. w sprawie udzielania pomocy komornikowi przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, Służbę Wywiadu Wojskowego, Żandarmerię Wojskową lub wojskowe organy porządkowe przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych, Dz.U. z 2010 r. Nr 76, poz. 495.

³⁸ Art. 814 § 4 k.p.c. i art. 48 § 5 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Oba wskazane przepisy zawierają nakazy o charakterze bezwzględnyh przeprowadzenia przeszukania odzieży na żołnierzu przez żołnierza Żandarmerii Wojskowej lub wojskowego organu porządkowego. P.M. Przybysz, *Komentarz do art. 48 [w:] Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz*, Warszawa 2018, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 23.01.2023].

³⁹ Art. 647 § 1 pkt 1 k.p.k.

⁴⁰ Art. 647 § 1 pkt 1 lit. b i c k.p.k. Należy nadmienić, że ustawa o obronie Ojczyzny wprost przewiduje możliwość przebywania żołnierza OT w czasie terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie w jednostce wojskowej, za zgodą dowódcy tej jednostki.

⁴¹ Art. 345 § 1 k.k. i art. 347 § 1 k.k. Warto podkreślić, że w przypadku innych żołnierzy niż żołnierze OT w służbie pełnionej dyspozycyjnie nie jest konieczne, aby przestępne działanie sprawcy nastąpiło w miejscu pełnienia służby czy też by miało jakikolwiek związek ze służbą. Niezbędne jest jedynie, aby pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym istniał uświadamiany przez nich obu stosunek przełożony – podwładny. W. Marcinkowski, *Komentarz do art. 347 Kodeksu karnego*, teza 2 [w:] *Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 325. Ponadto zarówno art. 345 § 1 k.k., jak i art. 347 § 1 k.k. chronią między innymi dyscyplinę wojskową. S. Hoc, *Komentarz do art. 345 Kodeksu karnego*, teza 2 oraz *Komentarz do art. 347 Kodeksu karnego*, teza 2 [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014, s. 1665 i 1670.

Żandarmerię Wojskową w stosunku do sprawców postępowania karnego na podstawie art. 312 k.p.k., ale już o czyny z części szczególnej kodeksu karnego⁴², będą oni wyłączeni spod działania licznych instytucji prawnych przewidzianych dla żołnierzy, w tym kar i środków karnych czy możliwości skierowania wniosku do dowódcy o wymierzenie kary dyscyplinarnej w trybie art. 331 i 333 k.k.

Jednocześnie w niektórych przypadkach kodeks postępowania karnego traktuje żołnierzy OT w służbie pełnionej dyspozycyjnie tak jak innych żołnierzy, np. w zakresie zawiadomienia dowódcy jednostki wojskowej o zatrzymaniu⁴³, o ukończeniu postępowania toczącego się z urzędu⁴⁴ czy o zastosowaniu tymczasowego aresztowania⁴⁵. Zaś w związku z ujęciem przez kodeks karny pojęcia funkcjonariusza publicznego w sposób wyłączający z niego żołnierzy w czynnej służbie wojskowej w postaci terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie⁴⁶ dowódca jednostki wojskowej nie otrzyma informacji o przedstawionych im zarzutach, w odróżnieniu od żołnierzy wszystkich innych rodzajów czynnej służby wojskowej⁴⁷. Dodatkowo warto nadmienić, że w art. 247 § 7 k.p.k., dotyczącym zarządzenia prokuratora w sprawie zatrzymania i przymusowego doprowadzenia żołnierza w czynnej służbie wojskowej, które wykonują właściwe organy wojskowe, dopisano, że nie dotyczy on żołnierza w czynnej służbie wojskowej pełniącego terytorialną służbę wojskową dyspozycyjnie, w sprawach niezwiązanych z wykonywaniem obowiązków służbowych. Zaś czyny związane z wykonywaniem obowiązków służbowych przez żołnierza są *de facto* czynami podlegającymi orzecznictwu sądów wojskowych, których sprawcą, co do zasady, nie może być żołnierz OT w służbie pełnionej dyspozycyjnie⁴⁸.

Należy zatem uznać, że zdefiniowanie pojęcia żołnierza determinuje doniosłe skutki na płaszczyźnie prawa karnego procesowego i nie tylko.

⁴² Mogą to być np. przestępstwa prywatnoskargowe z art. 216 § 1 k.k., 217 § 1 k.k lub 157 § 2 k.k, gdzie rola Żandarmerii Wojskowej ograniczy się do przyjęcia skargi i w razie potrzeby do zabezpieczenia dowodów, a następnie do przesłania skargi do właściwego sądu (art. 488 § 1 k.p.k.).

⁴³ Art. 665 § 1 k.p.k.

⁴⁴ Art. 21 § 1 k.p.k. Zob. szerzej: C. Golik, *Instytucja zawiadomienia o ukończeniu postępowania karnego toczącego się z urzędu przeciwko określonej osobie (art. 21 § 1 k.p.k.)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2018, nr 1, s. 52-74.

⁴⁵ Art. 261 § 3 k.p.k.

⁴⁶ Art. 115 § 13 pkt 8 k.k.

⁴⁷ Art. 21 § 2 k.p.k. przewiduje, że prokurator zawiadamia o wszczęciu postępowania przeciw funkcjonariuszom publicznym przelożonych tych osób, a o wszczęciu postępowania przeciw innym osobom, jeżeli wymaga tego ważny interes publiczny. Szerzej zob. C. Golik, *Zawiadomienie o wszczęciu postępowania przygotowawczego przeciwko określonej osobie (art. 21 § 2 k.p.k.)*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 3, s. 36-51.

⁴⁸ Art. 647 § 1 k.p.k. Zob. także art. 158 k.k.w., który stanowi, że wniosek o zwolnienie od wykonania kary pozbawienia wolności wobec żołnierza, z wyjątkiem żołnierza pełniącego terytorialną służbę wojskową dyspozycyjnie, może złożyć również dowódca jednostki.

W związku z tym, na podstawie obowiązujących przepisów prawa, należy dokonać analizy statusu żołnierzy pełniących terytorialną służbę wojskową dyspozycyjnie na płaszczyźnie prawa karnego procesowego. Jako że Wojska Obrony Terytorialnej powstały stosunkowo niedawno, to próżno szukać jednolitej linii orzeczniczej lub utartego stanowiska doktryny. W związku z tym, na użytek niniejszego opracowania, wykorzystano w głównej mierze stanowiska organów państwa oraz inne dostępne publikacje oraz dorobek praktyki, w której autorzy mają swój udział.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż w treści kodeksu postępowania karnego tylko kilkakrotnie użyto sformułowania „żołnierz w czynnej służbie wojskowej, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie”⁴⁹. Wskazuje to na objęcie pojęciem „żołnierzy w czynnej służbie wojskowej” również żołnierzy terytorialnej służby wojskowej pełnionej rotacyjnie i dyspozycyjnie⁵⁰. Wydaje się to zbieżne z definiowaniem czynnej służby wojskowej przez ustawę o obronie Ojczyzny, której rodzajem jest terytorialna służba wojskowa. Dodatkowo, przedmiotowa ustawa ma charakter materialnoprawny i reguluje całościowo problematykę dotyczącą obronności, a zatem zdefiniowana przez nią czynna służba wojskowa powinna być tak samo rozumiana na gruncie innych ustaw, a w tym w k.p.k.⁵¹ Natomiast definicję żołnierza sformułowaną w kodeksie karnym należy traktować jako *lex specialis* względem definicji z ustawy o obronie Ojczyzny i mającą zastosowanie na gruncie ustawy karnej, a nie kodeksu postępowania karnego. W związku z takim zdefiniowaniem pojęcia żołnierza oraz czynnej służby wojskowej Żandarmeria Wojskowa na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 1 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w związku z art. 312 k.p.k., w związku z art. 130 ust. 1 pkt 2 ustawy o obronie Ojczyzny jest właściwa wobec żołnierzy pełniących terytorialną służbę wojskową rotacyjnie i dyspozycyjnie, gdyż okres pełnienia służby dyspozycyjnej jest jednocześnie okresem pełnienia czynnej służby wojskowej. Powyższy tok rozumowania potwierdza również Ministerstwo Obrony Narodowej, zauważając, że inne służby porządku publicznego (np. Policja) w przypadku podjęcia czynności procesowych wobec żołnierza OT pełniącego służbę dyspozycyjnie w związku z podejrzeniem popełnienia przestępstwa zobowiązane są do niezwłocznego przekazania sprawy Żandarmerii Wojskowej celem dalszego prowadzenia⁵².

Całkowicie odmienne podejście prezentuje Ministerstwo Sprawiedliwości, które w odpowiedzi na interpelację poselską wyrazi-

⁴⁹ Art. 124, 247 § 7, 275 § 1, 288 § 1, 400 § 2, 647 § 1 pkt 1, Dz.U. z 2022 r. poz. 1375, z późn. zm.

⁵⁰ Zob. szerzej: I. Szczepeńska-Kulik, *Opinia prawna...*, op. cit.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Odpowiedź na interpelację poselską nr 36754, op. cit.

ło pogląd, iż: „Definicje zawarte w Kodeksie karnym i ustawie o obronie Ojczyzny posługują się częściowo tożsamymi pojęciami »osoby pełniące czynną służbę wojskową«, niemniej na potrzeby określenia właściwości sądów wojskowych oraz ogólnych zasad prowadzenia postępowania karnego należy stosować zawężającą definicję żołnierza określoną w art. 115 § 17 k.k. Kodeks karny stanowi *lex specialis* w zakresie dotyczącym określenia statusu żołnierza, w tym żołnierza Obrony Terytorialnej, na gruncie postępowania karnego. Skoro zaś żołnierz OT pełniący służbę dyspozycyjnie nie jest żołnierzem w rozumieniu przepisów kodeksu karnego, tym samym odpowiada on na zasadach ogólnych, nie zaś na zasadach zawartych w części wojskowej tej ustawy. Żandarmeria Wojskowa nie jest organem właściwym do prowadzenia postępowania karnego wobec osoby o statusie żołnierza Obrony Terytorialnej, który w chwili czynu zabronionego pełnił służbę dyspozycyjnie, czyli pozostawał poza jednostką wojskową w stanie gotowości do pełnienia służby rotacyjnej (art. 170 pkt 4 ustawy o obronie Ojczyzny), albowiem zgodnie z definicją zawartą w art. 115 § 17 k.k. osoba taka nie jest traktowana jako żołnierz. Tym samym prowadzenie postępowania karnego wobec takiej osoby nie należy do właściwości pionu wojskowego prokuratury oraz nie podlega ona kognicji sądów wojskowych. Brak jest zatem podstaw do informowania ŻW o podejrzeniu popełnienia przestępstwa przez osoby o tym statusie oraz przekazywania postępowań karnych zainicjowanych i prowadzonych przez uprawnione służby, np. Policję”⁵³. Powyższe stanowisko wyłącza niejako spod właściwości Żandarmerii Wojskowej oraz pionu wojskowego prokuratury żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjnie, którzy pełnią w tym samym czasie czynną służbę wojskową. Aktualna praktyka wskazuje jednak na to, że Żandarmeria Wojskowa i pion wojskowy prokuratury prowadzą postępowania karne wobec żołnierzy OT w związku z popełnieniem przez nich przestępstw podczas pełnienia służby dyspozycyjnie⁵⁴, co do tej pory nie budziło kontrowersji ani nie było przedmiotem krytycznych wystąpień sądów⁵⁵.

Warto również skupić uwagę na problematyce związanej z właściwością wojskowych organów ścigania wobec żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjnie w związku z popełnieniem przez nich wykroczeń. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż do zadań Żandarmerii Wojskowej należy również wykrywanie przestępstw i wykroczeń, w tym skarbowych, które zosta-

⁵³ Odpowiedź na interpelację poselską nr 36755 w sprawie statusu żołnierzy terytorialnej służby wojskowej z 21 listopada 2022 r., <<https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/interpelacja.xsp?typ=INT&nr=36755>> [dostęp: 22.01.2023].

⁵⁴ Sprawy te podlegają właściwości sądów powszechnych.

⁵⁵ Autorzy z racji służby i zajmowanych stanowisk w Wydziale Żandarmerii Wojskowej w Białymstoku sami nadzorują lub prowadzą takie postępowania karne.

ną popełnione przez żołnierzy czynnej służby wojskowej, a także ujawnianie i ściganie ich sprawców oraz ujawnianie i zabezpieczanie dowodów tych przestępstw i wykroczeń⁵⁶. Jednakże na podstawie art. 10 § 1 pkt 1 kodeksu k.p.w. w związku z art. 85 § 2 k.p.w. stwierdzić należy, iż Żandarmeria Wojskowa nie jest właściwa w stosunku do żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjnie, którzy popełnią wykroczenie, gdyż k.p.w. jednoznacznie wykluczył wskazanych żołnierzy spod jej właściwości, dlatego właściwym organem będzie najczęściej Policja. Tego typu pogląd prezentują zgodnie Ministerstwo Sprawiedliwości⁵⁷, Ministerstwo Obrony Narodowej⁵⁸ oraz Biuro Analiz Sejmowych⁵⁹ i jest zgodny z przyjętą praktyką organów ścigania.

Ustawodawca również na gruncie kodeksu karnego skarbowego przesądził, że w sprawach przestępstw i wykroczeń skarbowych popełnionych przez żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjną właściwe będą organy postępowania przygotowawczego, wskazane w art. 118 k.k.s., z wyjątkiem Żandarmerii Wojskowej⁶⁰.

IV. Jurysdykcja sądów wojskowych i powszechnych w stosunku do żołnierzy terytorialnej służby wojskowej

W dniu 1 stycznia 2009 r. zaczęła obowiązywać między innymi nowelizacja art. 647 k.p.k.⁶¹ Na jej podstawie orzecznictwo sądów wojskowych, w zakresie podmiotowym żołnierzy w czynnej służbie wojskowej, podlegały sprawy o przestępstwa⁶²:

- 1) określone w rozdziałach XXXIX–XLIV kodeksu karnego (część wojskowa k.k.),
- 2) popełnione przeciwko organowi wojskowemu lub innemu żołnierzowi⁶³,

⁵⁶ Art. 4 ust. 1 pkt 4, Dz.U. z 2021 r. poz. 1214, z późn. zm.

⁵⁷ Odpowiedź na interpelację poselską nr 36755, *op. cit.*

⁵⁸ Odpowiedź na interpelację poselską nr 36754, *op. cit.*

⁵⁹ I. Szczepańska-Kulik, *Opinia prawna...*, *op. cit.*

⁶⁰ Art. 56 § 36, 134 § 1 pkt 4, Dz.U. z 2022 r. poz. 859, z późn. zm.

⁶¹ Za podstawie art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2008 r. Nr 237, poz. 1651.

⁶² Por. B. Pacek, *Żandarmeria Wojskowa*, Toruń 2016, s. 78, gdzie nie ujęto przestępstw określonych w rozdziałach XXXIX–XLIV kodeksu karnego oraz popełnionych za granicą. Tak sformułowana właściwość procesowa jest nieprecyzyjna.

⁶³ Por. M. Herman, *Działalność Żandarmerii Wojskowej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w systemie bezpieczeństwa państwa w latach 1999–2018*, Stalowa Wola 2018, s. 42, gdzie wskazując uprawnienia procesowe Żandarmerii Wojskowej w sprawach o przestępstwa, użyto sformułowania „wobec innego żołnierza lub innego podmiotu (organu) wojskowego”.

- 3) popełnione podczas lub w związku z pełnieniem obowiązków służbowych, w obrębie obiektu wojskowego lub wyznaczonego miejsca przebywania, na szkodę wojska lub z naruszeniem obowiązku wynikającego ze służby wojskowej,
- 4) popełnione za granicą, podczas użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, w rozumieniu ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa⁶⁴.

W przedmiotowych sprawach właściwość orzecznictwa sądów wojskowych nie ustawała mimo zwolnienia żołnierza z pełnienia czynnej służby wojskowej⁶⁵.

Podstawą właściwości procesowej Żandarmerii Wojskowej w sprawach o przestępstwa podlegające jurysdykcji sądów wojskowych do dnia 30 czerwca 2015 r. był art. 663 k.p.k., a od dnia 1 lipca 2015 r. jest art. 312 k.p.k. w zw. z art. 3 ust. 2 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych.

Norma prawna art. 647 k.p.k. została zmieniona z dniem 1 stycznia 2017 r. w związku z utworzeniem Wojsk Obrony Terytorialnej i służącymi w nich żołnierzami OT. W nowym brzmieniu wyłącza ona żołnierzy terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie spośród innych żołnierzy w czynnej służbie wojskowej⁶⁶.

Żołnierze podlegają kognicji sądów wojskowych również na podstawie kryterium przedmiotowego, na mocy art. 648 k.p.k., to jest w sprawach: o współdziałanie⁶⁷ w popełnieniu przestępstw określonych rozdziałach XXXIX–XLIV kodeksu karnego, o przestępstwa poplecznictwa⁶⁸, pa-

⁶⁴ Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, Dz.U. z 2014 r. poz. 1510 j.t.

⁶⁵ G. Artymiak, Żandarmeria Wojskowa [w:] *Sądy i inne organy postępowania karnego*, red. Z. Kwiatkowski, Warszawa 2015, s. 654. Zob. także postanowienie Sądu Najwyższego z 10 lutego 2011 r., WZ 6/11, OSNwSK 2011/1/334, Biul.PK 2011/4/33.

⁶⁶ Art. 13 pkt 7, Dz.U. z 2016 r. poz. 2138. Por. M. Herman opisuje właściwość procesową Żandarmerii Wojskowej w sprawach o przestępstwa podlegające jurysdykcji sądów wojskowych, pomijając fakt wyłączenia żołnierzy terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie spośród innych żołnierzy w czynnej służbie wojskowej. M. Herman, *Działalność...*, *op. cit.*, s. 42.

⁶⁷ Na podstawie art. 1 pkt 239 ustawy z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. z 2003 r. Nr 17, poz. 155, wprowadzone zostało pojęcie „współdziałanie w popełnieniu”, zamiast pojęć „podżeganie” i „pomocnictwo”. W wyniku niniejszej zmiany obecne pojęcie obejmuje wszystkich współdziałających, to jest sprawców, współsprawców, podżegaczy, pomocników (W. Grzeszczyk, *Komentarz do art. 648 Kodeksu postępowania karnego* [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 888) oraz prowokatorów.

⁶⁸ Art. 239, Dz.U. z 2022 r. poz. 1138, z późn. zm.

serstwa, w tym nieumyślnego i komputerowego⁶⁹, a także w typie kwalifikowanym⁷⁰ – jeżeli czyn pozostaje w związku z przestępstwem przewidzianym rozdziałach XXXIX–XLIV tego kodeksu. Żołnierze w czynnej służbie wojskowej, z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie, podlegają właściwości sądów wojskowych w sprawach o inne przestępstwa, o ile przepisy szczególne tak stanowią⁷¹.

Należy zauważyć, iż wszystkie sprawy o przestępstwa popełnione przez żołnierzy niepodlegające opisanej powyżej właściwości sądów wojskowych są rozstrzygane przez sądy powszechne. Również te postępowania prowadzone są, co do zasady, przez Żandarmerię Wojskową. Przed nowelizacją k.p.k. z 2015 roku wskazany organ ścigania posiadał uprawnienia procesowe w stosunku do żołnierzy wyłącznie w sprawach podlegających orzecznictwu sądów wojskowych. Stało to w sprzeczności z uprawnieniami wynikającymi z ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych.

Brak zgodności właściwości procesowej Żandarmerii Wojskowej określonej przez art. 647 k.p.k. i 663 k.p.k. z właściwością ŻW określoną w art. 3 ust. 2 ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁷² został zauważony przez władzę wykonawczą. Stosowne zmiany, w celu uporządkowania, ujednoczenia i usystematyzowania prawa w zakresie właściwości Żandarmerii Wojskowej, zostały przedstawione w rządowym projekcie z 8 listopada 2012 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw⁷³.

W związku z tym, że kodeks postępowania karnego dawał Żandarmerii Wojskowej węższe uprawnienia w zakresie właściwości podmiotowo-przedmiotowej niż ustawa o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, w rzeszonym projekcie zaproponowano zmianę brzmienia art. 312 k.p.k. poprzez dopisanie organów Żandarmerii Wojskowej do innych organów posiadających uprawnienia Policji oraz uchylenie art. 663 k.p.k.⁷⁴, który przewidywał dla Żandarmerii Wojskowej uprawnienia i obowiązki procesowe Policji tylko w sprawach podlegających orzecznictwu sądów

⁶⁹ Art. 291–293, Dz.U. z 2022 r. poz. 1138, z późn. zm.

⁷⁰ Art. 294 w zw. z art. 291 § 1, Dz.U. z 2022 r. poz. 1138, z późn. zm.

⁷¹ Por. G. Artymiak, *Żandarmeria...*, *op. cit.*, s. 653. Ustawa o obronie Ojczyzny w art. 692 przewiduje rozszerzenie jurysdykcji sądów wojskowych w czasie mobilizacji lub wojny.

⁷² Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, Druk nr 870 z 8 listopada 2012 r., Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VII kadencji, s. 119, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/96832B0ED113D8FBC1257AB-4004F3B04/%24File/870.pdf>> [dostęp: 24.01.2023].

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

wojskowych⁷⁵. W wyniku przedmiotowej nowelizacji skreślono przepis art. 663 k.p.k., a normę prawną art. 312 k.p.k. uzupełniono o Żandarmerię Wojskową⁷⁶.

W związku z tym właściwość Żandarmerii Wojskowej określono więc w identyczny sposób, jak innych służb posiadających oddzielne, szczegółowe uregulowania prawne, takich jak Straż Graniczna, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Służba Celną czy Centralne Biuro Antykorupcyjne⁷⁷. Powyższy zabieg legislacyjny znacznie rozszerzał więc zakres uprawnień procesowych Żandarmerii Wojskowej poprzez zrównanie jej z właściwością wynikającą z ustawy o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych⁷⁸. Postępowania karne prowadzone przez Żandarmerię Wojskową i niepodlegające niezmienionemu orzecznictwu sądów wojskowych nadzorowane są przez pion wojskowy prokuratury⁷⁹ i podlegają właściwości sądów powszechnych⁸⁰. Obecnie problem ustalenia właściwo-

⁷⁵ J. Błachut, *Problemy związane z pomiarem przestępczości*, Warszawa 2007, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 25.01.2023].

⁷⁶ M. Kurowski, *Komentarz aktualizowany do art. 312 Kodeksu postępowania karnego*, teza 4 [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el., 2018, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 25.01.2023].

⁷⁷ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, Druk nr 870 z 8 listopada 2012 r., Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VII kadencji, s. 120, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/96832B0ED113D8FBC1257AB-4004F3B04/%24File/870.pdf>> [dostęp: 25.01.2023].

⁷⁸ W. Jastrzębski, *Wpływ nowelizacji kodeksu postępowania karnego na zakres karnoprosesowych uprawnień Żandarmerii Wojskowej*, „Zeszyty Prawnicze” 2015, nr 4, s. 76. Por. S. Steiborn, *Komentarz do art. 312 Kodeksu postępowania karnego*, teza 1 [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. S. Steiborn, LEX/el., 2016, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>> [dostęp: 25.01.2023]. Por. D. Kaczorkiewicz, *Forma postępowania przygotowawczego w świetle zmian Kodeksu postępowania karnego z 2013 r.* [w:] *Reforma prawa karnego*, red. I. Sepiolo-Jankowska, Warszawa 2014, s. 465, gdzie oceniono, że zmianę art. 312 k.p.k., polegającą na wymienieniu obok innych organów jako organu dochodzenia także Żandarmerii Wojskowej, można uznać za zmianę porządkującą, gdyż jest ona wskazana jako organ uprawniony w art. 663 k.p.k. Por. także M. Herman, *Działalność...*, op. cit., s. 42, gdzie pominięto rozszerzenie uprawnień procesowych Żandarmerii Wojskowej w sprawach o przestępstwa i wskazano tylko zakres spraw podlegających jurysdykcji sądów wojskowych.

⁷⁹ Z dniem 4 kwietnia 2016 r. przestały istnieć wojskowe jednostki organizacyjne prokuratury. W prokuraturach okręgowych utworzone zostały wydziały do spraw wojskowych, a w prokuraturach rejonowych działy do spraw wojskowych. *Likwidacja wojskowych jednostek organizacyjnych prokuratury*, Biuro Prezydzialne, Prokuratura Krajowa, źródło: <<https://pk.gov.pl/aktualnosci/aktualnosci-prokuratury-krajowej/likwidacja-wojskowych-jednostek-organizacyjnych-prokuratury/>> [dostęp: 25.01.2023]. Jednym z zastępców Prokuratora Generalnego został Zastępca Prokuratora Generalnego do Spraw Wojskowych. Art. 13 § 3 ustawy z dnia 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze, Dz.U. z 2022 r. poz. 1247, z późn. zm. Obecnie wydziały do spraw wojskowych i działy do spraw wojskowych co do zasady nadzorują wszystkie postępowania prowadzone przez Żandarmerię Wojskową, zarówno podlegające właściwości sądów wojskowych, jak i powszechnych.

⁸⁰ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, Druk nr 870 z 8 listopada 2012 r., Sejm Rzeczypospolitej Polskiej VII kadencji, s. 120, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/96832B0ED113D8FBC1257AB-4004F3B04/%24File/870.pdf>> [dostęp: 25.01.2023].

ści sądu dotyczy żołnierzy OT. Rozróżnienie ich pozycji prawnej wymaga w pierwszej kolejności ustalenia, czy w czasie popełnienia czynu pełnili służbę rotacyjnie czy dyspozycyjnie, a następnie, podobnie jak w przypadku innych żołnierzy w czynnej służbie wojskowej, czy wypełnili kryteria przepisu art. 647 § 1 k.p.k lub 648 k.p.k. Należy podkreślić, że co do zasady żołnierze OT, którzy popełnią przestępstwo w trakcie pełnienia służby dyspozycyjnie, podlegać będą orzecznictwu sądów powszechnych, a pełniący służbę rotacyjnie, sądom wojskowym, na tych samych zasadach, co żołnierze zawodowi.

V. Podsumowanie

Status żołnierzy terytorialnej służby wojskowej w świetle prawa karnego materialnego i procesowego niewątpliwie stanowi materię o skomplikowanej strukturze. Ustawowe włączenie terytorialnej służby wojskowej (rotacyjnej i dyspozycyjnej) do czynnej służby wojskowej przesądziło o tym, że osoby pełniące ten rodzaj służby są uznawane za żołnierzy w myśl ustawy o obronie Ojczyzny, z czym w pozornej sprzeczności może stać określone pojęcie żołnierza w kodeksie karnym. Powyższa sprzeczność może implikować szereg trudności i wątpliwości na gruncie prawa karnego materialnego i procedury karnej.

Należy zauważyć, że definicja żołnierza z kodeksu karnego stanowi *lex specialis* względem definicji z ustawy o obronie Ojczyzny i wywołuje skutek w postaci braku stosowania przepisów części wojskowej k.k. do żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjną, a co za tym idzie brak właściwości sądów wojskowych w tej kategorii spraw. Natomiast definicja żołnierza z ustawy o obronie Ojczyzny skutkuje na gruncie prawa karnego procesowego i w związku z tym powoduje ona, że do żołnierzy terytorialnej służby wojskowej (dyspozycyjnej i rotacyjnej) właściwe są Żandarmeria Wojskowa i pion wojskowy prokuratury z uwzględnieniem faktu, iż tylko do żołnierzy OT pełniących służbę rotacyjną zastosowanie będzie miała część wojskowa kodeksu karnego. Dodatkowo powyższa kategoria żołnierzy podlegać będzie, co do zasady, jurysdykcji sądów wojskowych. Zastanawiająca wydaje się rozbieżność interpretacji omawianej problematyki prezentowanych przez Ministerstwo Obrony Narodowej oraz Ministerstwo Sprawiedliwości, a szczególnie w kontekście danych za lata 2017–2022, z których wynika, iż Żandarmeria Wojskowa prowadziła ponad 140 postępowań karnych wobec żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjnie, co miało miejsce pod nadzorem pionu wojskowego prokuratury. Zatem stanowisko Ministerstwa Sprawiedliwości mówiące o braku właściwości Żandarmerii Wojskowej wobec żołnierzy OT pełniących służbę dyspozycyjnie niejako przeczy przy-

jętej praktyce organów ścigania. W związku z tym, zarówno w doktrynie, jak i praktyce, przychylić się należy do stanowiska prezentowanego przez Ministerstwo Obrony Narodowej i Biuro Analiz Sejmowych, które zostały powyżej zaprezentowane.

Jednakże w celu wyeliminowania tego typu rozbieżności racjonalny ustawodawca mógłby rozważyć podjęcie działań mających na celu doprecyzowanie aktualnego prawa w omawianym zakresie. Jednym ze sposobów takich działań mogłoby być dookreślenie w przepisach ogólnych części wojskowej kodeksu karnego, iż ta część dotyczy wyłącznie żołnierzy czynnej służby wojskowej z wyjątkiem terytorialnej służby wojskowej pełnionej dyspozycyjnie lub poprzez wskazanie konkretnych przepisów z tej części, które mogą dotyczyć tej kategorii podmiotów. Natomiast art. 115 § 17 k.k. mógłby zawierać w swej treści jedynie to, że żołnierzem jest osoba pełniąca czynną służbę wojskową. Tego typu rozwiązania uprościłyby interpretację norm prawnych w omawianym zakresie oraz ujednoliciłyby praktykę stosowania norm prawnych przez organy ścigania i sądy.

Niewątpliwie Wojska Obrony Terytorialnej na stałe wpisały się w Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej, o czym świadczy ich aktualna (35 tysięcy żołnierzy) oraz planowana (50 tysięcy żołnierzy)⁸¹ liczebność. Dotychczasowa liczba prowadzonych postępowań karnych wobec żołnierzy OT także potwierdza, iż omawiana problematyka ma doniosłe znaczenie – szczególnie dla praktyków.

Reasumując, przytoczyć można stwierdzenie G.W.F. Hegla, który przed laty miał powiedzieć: „Filozofia przychodzi zawsze za późno. Jako myśl o świecie pojawia się ona dopiero wtedy, gdy rzeczywistość zakończyła już swój proces kształtowania i stała się czymś gotowym”⁸². Parafrazując ten cytat i odnosząc go do tytułowego problemu można pokusić się o stwierdzenie, że ewentualna kontestacja oraz reakcja ustawodawcy na problematykę statusu żołnierzy terytorialnej służby wojskowej w świetle prawa karnego materialnego i procesowego może przyjść za późno. Wskazane rozbieżności interpretacyjne, zwiększanie się liczby żołnierzy OT oraz dynamika działania organów ścigania wskazują, że pewna rzeczywistość prawna i faktyczna zostały już uformowane. Pozostaje mieć nadzieję na rozwiązanie wskazanych problemów w przeszłości.

⁸¹ <<https://media.terytorialsi.wp.mil.pl/informacje/760406/dowodca-wot-gen-broni-wieslaw-kukula-wyjasnia-ilu-zolnierzy-licza-wot-i-ilu-ma-ich-byc-docelowo-wywiad>> [dostęp: 25.01.2023].

⁸² Z. Kuderowicz, *Filozofia jest dzieckiem swojego czasu – komentowanie Hegla*, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej” 1997, t. 42, s. 113.



A B S T R A C T

The main purpose of this publication is to try to define the status of territorial military service soldiers in the light of substantive and procedural criminal law. Considerations in this area are preceded by a terminological analysis of the term “soldier” in the context of the law on defense of the Homeland, the penal code and other laws. Determination of the status in the title is made from the perspective of the service performed at one’s disposal and on a rotating basis, and through the prism of the competence of military law enforcement agencies and military courts towards soldiers of territorial military service committing crimes and offences, including fiscal ones.

Keywords: soldier, legal status of a soldier, territorial military service, jurisdiction of military law enforcement agencies, military police, military courts

Bibliografia

Literatura

- Błachut J., *Problemy związane z pomiarem przestępczości*, Warszawa 2007, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>
- Bulira J., Jagnieża A., Krempeć E., Seredyński F., Królikowski H., *Obrona Ojczyzny. Komentarz*, Warszawa 2023
- Ereciński T. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, t. 1, *Postępowanie egzekucyjne*, Warszawa 2016, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2014
- Golik C., *Instytucja zawiadomienia o ukończeniu postępowania karnego toczącego się z urzędu przeciwko określonej osobie (art. 21 § 1 k.p.k.)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2018, nr 1
- Golik C., *Zawiadomienie o wszczęciu postępowania przygotowawczego przeciwko określonej osobie (art. 21 § 2 k.p.k.)*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 3
- Herman M., *Działalność Żandarmerii Wojskowej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej w systemie bezpieczeństwa państwa w latach 1999–2018*, Stalowa Wola 2018
- Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Warszawa 2014, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>

- Grzeszczyk W., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2012
- Jastrzębski W., *Wpływ nowelizacji kodeksu postępowania karnego na zakres karnoprocesowych uprawnień Żandarmerii Wojskowej*, „Zeszyty Prawnicze” 2015, nr 4
- Kijowski D.R., *Ustawa o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Komentarz*, Warszawa 2015, źródło: <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>
- Kwiatkowski Z. (red.), *Sądy i inne organy postępowania karnego*, Warszawa 2015
- Kuderowicz Z., *Filozofia jest dzieckiem swojego czasu – komentowanie Hegla*, „Archiwum Historii Filozofii i Myśli Społecznej” 1997, t. 42
- Marcinkowski W., *Kodeks karny. Część wojskowa. Komentarz*, Warszawa 2011
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, 2018, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>
- Pacek B., *Żandarmeria Wojskowa*, Toruń 2016
- Przybysz P. M., *Postępowanie egzekucyjne w administracji. Komentarz*, Warszawa 2018, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>
- Sepioło-Jankowska I. (red.), *Reforma prawa karnego*, Warszawa 2014
- Steiborn S. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, 2016, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>
- Szczańska-Kulik I., *Opinia prawna dotycząca statusu żołnierzy Wojsk Obrony Terytorialnej pełniących służbę dyspozycyjnie*, BAS-WAP-2104/22, 1.12.2022 r.
- Świecki D. (red.), *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, 2018, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>
- Wrobel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, Warszawa 2016
- Wrobel W., Zoll A., *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, Warszawa 2017, <<http://lex.online.wolterskluwer.pl>>

Akty prawne

- Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2022 r. poz. 2000, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 2021 r. poz. 1805, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2022 r. poz. 2151, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny, Dz.U. z 2022 r. poz. 1138, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2022 r. poz. 1375, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 2023 r. poz. 127

- Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, Dz.U. z 2014 r. poz. 1510
- Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U. z 2022 r. poz. 859, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz.U. z 2021 r. poz. 1214, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia, Dz.U. z 2022 r. poz. 1124
- Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2008 r. Nr 237, poz. 1651
- Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o zmianie ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 2138
- Ustawa z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny, Dz.U. poz. 2305
- Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 5 lutego 2009 r. w sprawie udzielania pomocy przez Żandarmerię Wojskową lub wojskowe organy porządkowe przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych w administracji, Dz.U. z 2009 r. Nr 31, poz. 212
- Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 7 kwietnia 2010 r. w sprawie udzielania pomocy komornikowi przez Służbę Kontrwywiadu Wojskowego, Służbę Wywiadu Wojskowego, Żandarmerię Wojskową lub wojskowe organy porządkowe przy wykonywaniu czynności egzekucyjnych, Dz.U. z 2010 r. Nr 76, poz. 495

Orzecznictwo

- Wyrok Sądu Najwyższego z 28 grudnia 1970 r., Rw 1436/70, OSNKW 1971/5/77
- Wyrok Sądu Najwyższego z 24 lutego 1971 r., N 6/71, OSNKW 1971/6/97
- Wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 1984 r., N 46/83, OSNKW 1984/7–8/85
- Wyrok Sądu Najwyższego z 22 marca 1994 r., WR 45/94, OSNKW 1994/11–12/76
- Wyrok Sądu Najwyższego z 5 lutego 2002 r., WKN 36/01, OSNKW 2002/9–10/74, Biul.SN 2002/9/27
- Wyrok Sądu Najwyższego z 20 grudnia 2002 r., WK 44/02, OSNKW 2003/3–4/39, Biul.SN 2003/4/27
- Postanowienie Sądu Najwyższego z 10 lutego 2011 r., WZ 6/11, OSNwSK 2011/1/334, Biul.PK 2011/4/33
- Uchwała Sądu Najwyższego Izba Wojskowa z 15 marca 1993 r., WZP 1/90, OSNKW 1993/5–6/26

Zasadność zarzutu gwałtu ludobójczego w kontekście trwającej wojny na Ukrainie

The validity of the allegation of genocidal rape in the context of the ongoing war in Ukraine

S T R E S Z C Z E N I E

W artykule podjęto próbę oceny, czy naruszenia prawa humanitarnego dotyczące przemocy seksualnej, popełniane przez przedstawicieli rosyjskich sił zbrojnych w ramach konfliktu na Ukrainie, mogą spełniać znamiona tzw. gwałtu ludobójczego. Na wstępie przedstawiono charakterystykę koncepcji gwałtu ludobójczego, zwracając uwagę na podnoszone w doktrynie kontrowersje dotyczące tej formy zbrodni ludobójstwa. Zaprezentowano również podstawowe trudności dowodowe związane z wykazaniem sprawstwa genocydu. W ostatniej części pracy analizie poddano dostępne informacje o naruszeniach w celu rozstrzygnięcia, czy przedmiotowy zarzut, często pojawiający się w debacie publicznej w kontekście wojny na Ukrainie, może być uznany za zasadny.

Słowa kluczowe: gwałt ludobójczy, Ukraina, MTK, ludobójstwo, międzynarodowe prawo humanitarne, międzynarodowe prawo karne

I. Uwagi wprowadzające

Od 24 lutego 2022 r. społeczność międzynarodowa jest świadkiem trwającej na Ukrainie wojny, zapoczątkowanej rosyjską agresją. Równoległe do wiadomości dotyczących przebiegu walk organizacje międzynarodowe oraz media konsekwentnie dostarczają informacji o naruszeniach prawa humanitarnego związanych z konfliktem². Szczególne miejsce w przedmioto-

¹ Olga Szkodzińska – absolwentka Wydziału Nauk Politycznych i Studiów Międzynarodowych Uniwersytetu Warszawskiego, studentka V roku Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, ORCID 0000-0001-5243-2516.

² Pierwsze analizy naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego w związku z przedmiotowym konfliktem pojawiły się już kilka dni po inwazji – przykładowo: <https://przegladpm.blogspot.com/2022/02/agresja-rosji-na-ukraine-perspektywa.html?fbclid=IwAR3woroaVso8s84lnmtRuhN5KITETNNE7o-JOd70fRPW6fKwbcJ7xjnJm8> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

wej debacie publicznej zajmują czyny natury seksualnej, łącznie ze zbrodnią zgwałcenia. Zarówno w doktrynie prawa międzynarodowego, jak i powszechnej dyskusji dotyczącej wojny nie brak głosów mówiących o możliwej kwalifikacji prawnej opisanych czynów jako zbrodni wojennych³. Podczas gdy nie można odmówić słuszności przytoczonej kwalifikacji, analiza dostępnych już informacji na temat charakteru popełnianych naruszeń natury seksualnej może prowadzić do wniosku, iż zgwałcenia, do których dochodzi na terytorium Ukrainy, mogą spełniać znamiona zbrodni ludobójstwa.

Niniejszy artykuł odnosi się do powszechnej chęci pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawców naruszeń oraz przedstawia propozycję ich kwalifikacji prawnej. Szczególna uwaga poświęcona została koncepcji tzw. gwałtu ludobójczego, czyli zbrodni ludobójstwa popełnionej przez czyn zgwałcenia⁴. W pierwszej części tekstu przedstawiono katalog zbrodni prawa międzynarodowego wraz ze zwięzłą charakterystyką ich znamion. Ze względu na przedmiot artykułu obszerniejszy komentarz został poświęcony specyfikacji zbrodni ludobójstwa i związanych z nią wymagań dowodowych w świetle potencjalnego procesu. W dalszej części pracy przytoczono ewolucję kryminalizacji zgwałcenia w prawie międzynarodowym, której końcowym etapem było uznanie, iż czyn zgwałcenia może wypełnić znamiona strony przedmiotowej zbrodni ludobójstwa. W końcowym segmencie tekstu poszerzono poprzednie uwagi o dokładniejszą analizę koncepcji gwałtu ludobójczego. Podjęto również próbę odpowiedzi na pytanie, czy, w świetle dostępnych informacji, charakter zbrodni natury seksualnej popełnianych w związku z konfliktem na Ukrainie może prowadzić do ich kwalifikacji jako zbrodni ludobójstwa.

Przedstawiona poniżej analiza została przeprowadzona przy użyciu dwóch podstawowych metod badawczych: metody formalno-dogmatycznej, w zakresie interpretacji aktualnej literatury przedmiotu, oraz metody empirycznej, w zakresie analizy orzecznictwa sądów międzynarodowych.

Na wstępie należy również zaznaczyć, iż zaprezentowana w tekście analiza ma charakter materialnoprawny i dotyczy jedynie możliwej kwalifikacji prawnej omawianych czynów. W artykule nie zostanie podjęta kwestia możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców analizowanych naruszeń, tj. m.in. kwestia jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego (dalej jako: „MTK”), czy konieczności utworzenia specjalnego trybunału międzynarodowego *ad hoc*⁵.

³ Zob. szerzej P. Grzebyk, *Specjalna operacja wojskowa Rosji w Ukrainie – indywidualna odpowiedzialność za zbrodnie agresji i zbrodnie ludobójstwa*, „Państwo i Prawo” 2022, nr 9, s. 56–76.

⁴ Zob. szerzej A.R. Reid-Cunningham, *Rape as a Weapon of Genocide*, „Genocide Studies and Prevention” 2008, nr 3, s. 279–296.

⁵ W powyższym zakresie Autorka odsyła do publikacji H. Kuczyńskiej, *Odpowiedzialność przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym za zbrodnie prawa międzynarodowego popełnione w czasie konfliktu w Ukrainie*, „Palestra” 2022, nr 4, s. 7–30.

Jednocześnie należy podkreślić, iż pomimo zaklasyfikowania zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości czy zbrodni ludobójstwa jako „zbrodni prawa międzynarodowego” do ich ścigania obowiązane są również wewnętrzne systemy sprawiedliwości poszczególnych państw⁶. W konsekwencji, wewnętrzne porządki prawne znają ww. pojęcia i są w pełni zdolne do prowadzenia postępowań w ich przedmiocie⁷. Co więcej, zgodnie z zasadą komplementarności międzynarodowego prawa karnego dopuszczalność jurysdykcji nad sprawą na szczeblu międzypaństwowym możliwa jest dopiero wobec braku woli lub możliwości osądzenia sprawców w postępowaniu krajowym⁸. Analizowane w niniejszej pracy czyny mogą zatem stać się przedmiotem postępowań krajowych, prowadzonych w Rosji, na Ukrainie, czy w państwach trzecich, zachowując jednocześnie kwalifikację zbrodni wojennych, zbrodni agresji, czy zbrodni ludobójstwa. W związku z powyższym, poczynione w artykule uwagi o charakterze materialnoprawnym pozostają adekwatne niezależnie od obranego kształtu i poziomu postępowania.

II. Charakterystyka zbrodni międzynarodowego prawa karnego

Przed przystąpieniem do próby określenia odpowiedniej kwalifikacji prawnej popełnianych na terytorium Ukrainy naruszeń należy w pierwszej kolejności przybliżyć katalog zbrodni międzynarodowych oraz ich podstawowych znamion.

Jurysdykcja materialna międzynarodowego prawa karnego obejmuje obecnie: zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie ludobójstwa oraz zbrodnie agresji⁹. Zbrodnie agresji nie będzie przedmiotem analizy niniejszego artykułu ze względu na specyfikę jej znamion, wykraczających poza obszar przedmiotowego opracowania¹⁰. W kwestii możliwości

⁶ E. Socha, *Jurysdykcja uniwersalna czy międzynarodowa: rozważania nad relacją międzynarodowych trybunałów karnych do sądów krajowych*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2022, nr 5/1/2, s. 117.

⁷ Polski Kodeks karny penalizuje zbrodnie międzynarodowe na szczeblu krajowym w rozdziale XVI.

⁸ Zob. szerzej K. Wierczyńska, *Przesłanki dopuszczalności wykonywania jurysdykcji przez Międzynarodowy Trybunał Karny. Studium międzynarodowoprawne*, wyd. Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR 2016.

⁹ W. Schabas, *An Introduction to International Criminal Court*, wyd. 6, Cambridge University Press 2020, s. 81. Przyjmuje się, że katalog zbrodni międzynarodowych wymienia art. 5 Statutu Rzymskiego, określający jednocześnie granice jurysdykcji materialnej MTK.

¹⁰ Definicja zbrodni agresji jest wieloelementowa i sprowadza się do planowania, przygotowania, rozpoczęcia i prowadzenia wojny agresywnej, a także wojny naruszającej umowy i gwarancje międzynarodowe. Sprawcą zbrodni może być osoba zajmująca pozycję pozwalającą na sprawowanie efektywnej kontroli nad militarnymi i politycznymi działaniami państwa – zob. m.in. P. Grzebyk, *Odpowiedzialność karna za zbrodnie agresji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego 2010, P. Grzebyk, *Definicja zbrodni agresji (po konferencji przeglądowej MTK)*, „Państwo i Prawo” 2011,

zastosowania kwalifikacji zbrodni agresji w kontekście wojny na Ukrainie pozostaje odesłać Czytelnika do powstałej już w tym temacie literatury¹¹.

W związku z powyższym, w świetle ewentualnej kwalifikacji czynu zgwałcenia jako zbrodni prawa międzynarodowego, relewantne pozostają: zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości oraz zbrodnia ludobójstwa.

Na wstępie charakterystyki powyższych zbrodni należy zaznaczyć, iż nie trafiły one jednocześnie do katalogu czynów penalizowanych na szczeblu międzypaństwowym. Ewolucja ich kodyfikacji oraz stosowania w orzecznictwie przebiegała równoległe do procesu instytucjonalizacji międzynarodowego prawa karnego.

Chronologicznie pierwsza wykształciła się doktryna zbrodni wojennych, będąca prawnokarną odpowiedzią na poważne naruszenia międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, czyli prawa humanitarnego¹². Proces penalizacji tych zbrodni na szczeblu międzynarodowym rozpoczął się na przełomie XIX i XX wieku i obejmował takie wydarzenia, jak podpisanie pierwszych konwencji genewskich z 1864 r. oraz konwencji haskich z 1907 r. Konstrukcją prawną przedmiotowych czynów można uznać za specyficzną. Są to bowiem zbrodnie prawa karnego, których strona przedmiotowa skorelowana jest z normami innej dziedziny prawa, tj. prawa konfliktów zbrojnych¹³. Wobec szerokiego zakresu unormowania prawa humanitarnego również katalog jego naruszeń – zbrodni wojennych jest relatywnie bogaty na tle podtypów pozostałych zbrodni międzynarodowych. W celu systematyzacji zbrodnie wojenne podzielono na 4 kategorie – w zależności od tego, czy naruszenie jest związane z konfliktem międzynarodowym czy niemiędzynarodowym, a następnie na dwie kolejne podkategorie – poważne naruszenia konwencji genewskich, a także inne poważne naruszenia praw i zwyczajów prawa międzynarodowego¹⁴. Zbrodnie wojenne to więc czyny ściśle związane z konfliktem zbrojnym, do tego stopnia,

nr 1. W związku z powyższym oczywiste jest, że dalsza analiza czynu zgwałcenia w świetle znamion zbrodni agresji jest bezprzedmiotowa.

¹¹ P. Grzebyk, „Specjalna operacja wojskowa” Rosji w Ukrainie – indywidualna odpowiedzialność za zbrodnie agresji i zbrodnie wojenne, „Państwo i Prawo” 2022, nr 9, s. 57–61.

¹² N. Melzer, *International Humanitarian Law. A Comprehensive Introduction*, International Committee of the Red Cross, 2019, s. 52.

¹³ Międzynarodowe prawo konfliktów zbrojnych (inaczej prawo humanitarne lub *ius in bello*) wyznacza dopuszczalne granice działań związanych z prowadzeniem konfliktu, takie jak: dopuszczalny rodzaj broni, reguły postępowania wobec jeńców wojennych, czy zasady ochrony ludności cywilnej. Nie należy mylić przedmiotowej dziedziny prawa z tzw. *ius ad bellum*, regulującym zasady użycia siły w stosunkach międzynarodowych – zob. m.in. Ch. Greenwood, *The relationship between ius ad bellum and ius in bello*, „Review of International Studies, Cambridge University Press” 1983, nr 9, s. 221–234.

¹⁴ A. Szpak, *Karanie zbrodni wojennych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, nr 1, s. 24.

iż związek ten musi zostać udowodniony, celem stwierdzenia popełnienia zbrodni¹⁵. Sprawca zbrodni wojennej nie musi działać z określonym zamiarem¹⁶, a krąg osób potencjalnie pokrzywdzonych należy uznać za stosunkowo szeroki. Zbrodnie wojenne mogą być bowiem popełnione zarówno wobec ludności cywilnej, jak i jeńców, kombatantów, a także osób *hors de combat*. Wszystkie powyższe cechy prowadzą do przekonania o swoistej powszechności zbrodni wojennych i ich relewantnie niskim ciężarze gatunkowym na tle innych naruszeń międzynarodowego prawa karnego¹⁷.

Zbrodnie przeciwko ludzkości wykształciły się natomiast w okresie po drugiej wojnie światowej, w ścisłym związku z działaniem międzynarodowych trybunałów wojskowych – Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze oraz Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dla Dalekiego Wschodu¹⁸. Zbrodnią przeciwko ludzkości jest czyn mieszczący się w określonym katalogu naruszeń, popełniony w ramach rozległego, systematycznego i świadomego ataku na ludność cywilną, podjętego w związku ze wsparciem lub dla wsparcia polityki państwowej lub organizacyjnej zakładającej dokonanie takiego ataku. Definicja zbrodni przeciwko ludzkości ewoluowała w czasie tworzenia się kolejnych trybunałów międzynarodowych, różnie określających jej znamiona w swoich statutach, a następnie doprecyzowujących ją w orzecznictwie. Prototypem późniejszych definicji przedmiotowego czynu stała się definicja przyjęta na potrzeby Międzynarodowego Trybunału Karnego w Norymberdze. Zgodnie z przyjętymi ustaleniami za zbrodnie przeciwko ludzkości uznano wówczas morderstwa, wytępienia, obracanie ludzi w niewolników, deportacje i inne czyny nieludzkie, których dopuszczono się przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej, przed wojną lub podczas niej, albo prześladowania ze względów politycznych, rasowych lub religijnych popełnione w związku z inną

¹⁵ W literaturze anglosaskiej związek między zbrodnią wojenną a trwającym konfliktem nazywany jest z ang. *nexus*. Argumentacja, która zmierza do wykazania popełnienia zbrodni wojennej, zaczyna się więc od wykazania istnienia konfliktu zbrojnego (o międzynarodowym lub niem międzynarodowym charakterze), a następnie do zilustrowania związku naruszenia z konfliktem. Trudności dowodowe z tym związane są przedmiotem trwającej debaty akademickiej – zob. m.in. H. van der Wilt, *War Crimes and the Requirement of a Nexus with and Armed Conflict*, „Journal of International Criminal Justice” nr 10, s. 1113–1128.

¹⁶ Należy jedynie przypomnieć, iż, zgodnie z art. 30 Statutu Rzymskiego, wszystkie zbrodnie międzynarodowego prawa karnego muszą być, co do zasady, popełnione umyślnie. Kontrowersyjny wyjątek stanowi jedynie odpowiedzialność dowódcy za zbrodnie popełnione przez podwładnych – zob. m.in. D. Nersessian, *Whoops, I Committed Genocide! The Anomaly of Constructive Liability for Serious International Crimes*, „The Fletcher Forum of World Affairs”, nr 30, s. 81–106.

¹⁷ K. Wierczyńska, *Hierarchia zbrodni w prawie międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 1, s. 65.

¹⁸ S. Dilipkumar, *The Evolution of International Criminal Jurisprudence*, „World Affairs: The Journal of International Issues” 2019, nr 23, s. 13.

zbrodnią¹⁹. W przeciwieństwie do zbrodni wojennych nie muszą być powiązane z konfliktem zbrojnym, a więc ich popełnienie możliwe jest również w czasie pokoju²⁰. Katalog czynów mogących stanowić stronę przedmiotową zbrodni przeciwko ludzkości (tzw. *actus reus*) różni się w zależności od danej kodyfikacji i zawiera czyny zwyczajowo zakazane w prawie międzynarodowym, takie jak zgwałcenie, zabójstwo, tortury, wymuszenie zaginięcia osób, czy niewolnictwo²¹. W kontrowersyjnej, choć wielokrotnie podnoszonej, hierarchii zbrodni prawa międzynarodowego, ciężar gatunkowy zbrodni przeciwko ludzkości plasuje je ponad zbrodniami wojennymi²².

Trudno nie zgodzić się jednak ze stwierdzeniem, że to zbrodnia ludobójstwa najbardziej wyróżnia się na tle omawianego katalogu pod względem „siły rażenia”, jaką niesienie za sobą sam termin „genocyd”²³. Historycznie, przedmiotowa zbrodnia weszła do katalogu międzynarodowego prawa karnego już w pierwszych latach po drugiej wojnie światowej, tj. w momencie uchwalenia przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa w dniu 9 grudnia 1948 r.²⁴ Genocyd nie znalazł się jednak wśród czynów karanych przez powojenne trybunały wojskowe. Pierwszy raz sądownictwo międzynarodowe pochyliło się nad ludobójstwem dopiero w latach dziewięćdziesiątych, za sprawą orzecznictwa międzynarodowych trybunałów *ad hoc* – Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (dalej jako: „MTKJ”) oraz Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy (dalej jako: „MTKR”).

Już sam źródłostów pojęcia genocydu mówi dużo o znamionach zbrodni ludobójstwa. Sformułowanie to, skonstruowane przez polskiego prawnika Rafała Lemkina, zostało stworzone z połączenia słów *genos* (z greckiego: plemię) i *cide* (z łaciny: zabijanie) do określenia „skoordynowanego planu różnorodnych działań, mających na celu unicestwienie grupy samej w so-

¹⁹ P. Hofmański, H. Kuczyńska, *Międzynarodowe prawo karne*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 120–121.

²⁰ W.J. Fenrick, Crimes in combat: the relationship between crimes against humanity and war crimes. Wykład gościnny dla Biura Prokuratora MTK, dostępny online: <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/E7C759C8-C5A4-4AD3-8AB5-EF6ED68AC1D4/0/Fenrick.pdf>> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

²¹ Statut Rzymski wymienia katalog czynów mogących stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości w art. 7.

²² K. Wierczyńska, *Hierarchia zbrodni...*, s. 67.

²³ Wstęp prof. dr. hab. Romana Kuźniara do polskiego wydania R. Lemkin, *Rządy państw Osi w okupowanej Europie Prawa okupacyjne, analiza rządzenia, propozycje zadośćuczynienia*, przekład: A. Bieńczyk-Missala, P. Grzebyk, B. Lackoroński, M. Madej, wyd. Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013.

²⁴ Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 18 lipca 1950 r.), Dz.U. 1952 nr 2 poz. 9, dalej jako: „konwencja z 1948 r.”

bie. Celem takiego planu byłyby dezintegracja instytucji politycznych i społecznych, kultury, języka, uczuć narodowych, religii i podstaw ekonomicznej egzystencji grup narodowych, jak również odebranie bezpieczeństwa osobistego, wolności, zdrowia, godności, a nawet życia jednostek należących do takich grup”²⁵.

Definicja zbrodni ludobójstwa, przyjęta w konwencji z 1948 r., a następnie konsekwentnie powielana w statutach sądów międzynarodowych, stwierdza, iż ludobójstwem jest którykolwiek z następujących czynów, dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych, jako takich:

- a) zabójstwo członków grupy,
- b) spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy,
- c) rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego,
- d) stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy,
- e) przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy członkom innej grupy²⁶.

Zbrodnia ludobójstwa jest zatem złożona i składa się zarówno ze znamion przedmiotowych (tzw. czynów ludobójczych lub *actus reus*), jak i ze specyficznego modelu strony podmiotowej, określanej jako tzw. zamiar specjalny (*dolus specialis*). Do jej znamion zalicza się również specjalną cechę ofiary, którą musi być status członka jednej z konwencyjnie chronionych grup.

Katalog czynów ludobójczych jest zamknięty, chociaż, jak zostanie to rozwinięte w dalszej części tekstu, poszczególne jego elementy cechują się szerszym lub węższym zakresem znaczeniowym. Przykładem czynu wymienionego w definicji ludobójstwa, który można interpretować szeroko, jest chociażby spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego, jak również rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego.

Najważniejszym elementem zbrodni genocydu pozostaje jednak specjalny zamiar, który w podstawowy sposób odróżnia przedmiotowe na-

²⁵ R. Lemkin, *Rządy państw Osi w okupowanej Europie Prawa okupacyjne, analiza rządu, propozycje zadośćuczynienia*, przekład: A. Bieńczyk-Missala, P. Grzebyk, B. Lackoroński, M. Madej, wyd. Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013, s. 111.

²⁶ Art. II konwencji z 1948 r., powielony następnie, przykładowo w art. 6 Statutu Rzymskiego, art. 4 statutu MTKJ, czy art. 2 statutu MTKR.

ruszenie od zbrodni przeciwko ludzkości²⁷. Zamiar ludobójczy składa się z trzech następujących elementów: (1) zamiaru zniszczenia grupy, (2) w całości lub w części, (3) w sytuacji, w której grupę tę można zakwalifikować jako etniczną, rasową, narodową lub religijną²⁸.

Przedstawiona powyżej rekonstrukcja podstawowych cech analizowanych zbrodni prawa międzynarodowego prowadzi do kilku wniosków. Po pierwsze, proces materialnoprawnej ewolucji norm międzynarodowego prawa karnego przebiegał w bezpośredniej korelacji do procesu instytucjonalizacji przedmiotowej gałęzi prawa. Po drugie, chronologia wykształcania się poszczególnych typów zbrodni międzynarodowych odpowiada również gradacji ich ciężaru gatunkowego. Społeczność międzynarodowa, nauczona doświadczeniami konfliktów zbrojnych XX wieku, stawała się bardziej wyczulona na systemowość naruszeń, wspieranych polityką państwa. Czyny traktowane uprzednio jako konieczny efekt uboczny prowadzonych konfliktów zaczęły być penalizowane ze zwiększoną mocą w momencie wykrycia ich systemowości lub towarzyszącego im wyjątkowo napiętnowanego zamiaru wyniszczenia członków konkretnej grupy.

Zobrazowana powyżej ewolucja w szczególności wpłynęła na kryminalizację i zmianę postrzegania zbrodni natury seksualnej w prawie międzynarodowym. Podobnie jak w przypadku innych naruszeń prawa humanitarnego penalizacja zbrodni zgwałcenia przeszła drogę obrazującą zmniejszanie się tolerancji społeczności międzynarodowej na jej występowanie w realiach konfliktów zbrojnych.

III. Zgwałcenie jako zbrodnia międzynarodowego prawa karnego

Poniższa analiza przedstawia miejsce czynu zgwałcenia w zarysowanym systemie zbrodni międzynarodowego prawa karnego. Jak zostało to zasygnalizowane, penalizacja przedmiotowej zbrodni w warunkach konfliktów zbrojnych przeszła ewolucję świadczącą o rosnącej świadomości społeczności międzynarodowej ciężaru gatunkowego, jaki niosą ze sobą akty przemocy seksualnej, w szczególności popełniane na tle traumatycznych wydarzeń wojennych.

Przed przystąpieniem do dalszej analizy przedmiotowej problematyki należy w pierwszej kolejności przybliżyć przyjętą w międzynarodowym prawie karnym definicję czynu zgwałcenia.

²⁷ K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa Międzynarodowych Trybunałów Karnych ad hoc*, wyd. Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 38.

²⁸ *Ibidem*, s. 39.

Statut Rzymski definiuje zgwałcenie jako akt, w którym: (1) sprawca zaatakował ciało osoby ze skutkiem w postaci penetracji, nawet lekkiej, jakiegokolwiek części ciała ofiary lub sprawcy za pomocą narządu płciowego lub penetracji odbytu lub otworu płciowego ofiary za pomocą jakiegokolwiek przedmiotu lub innej części ciała, a jednocześnie (2) atak ten był dokonany siłą lub pod groźbą siły lub pod przymusem, takim jak strach przed przemocą, nacisk, psychologiczna presja lub wykorzystanie przewagi nad daną lub inną osobą, lub przez wykorzystanie przymusowego położenia, lub atak został dokonany przeciwko osobie niebędącej w stanie udzielić rzeczywistej zgody²⁹.

Przytoczona powyżej definicja, choć rozbudowana, a wręcz kazuistyczna, wymaga szerszego komentarza.

Po pierwsze, stworzenie legalnej definicji zgwałcenia w prawie międzynarodowym jest nową koncepcją, wprowadzoną dopiero w systemie MTK. Funkcjonujące uprzednio trybunały międzynarodowe *ad hoc* konstruowały elementy przedmiotowej zbrodni na przestrzeni polemizującego między sobą orzecznictwa³⁰.

Po drugie, kształt omawianej definicji przyjęty przed MTK jest wynikiem wspomnianej powyżej, trwającej przez kilka lat debaty składów orzekających MTKJ oraz MTKR nad optymalnym ujęciem znamion zgwałcenia³¹. Przykładem standardu wypracowanego przez orzecznictwo lat dziewięćdziesiątych, który został zaimplementowany do przyjętej definicji zgwałcenia, jest możliwość wykazania przymusowego charakteru warunków, w jakich doszło do aktu (np. przebywanie w obozie jenieckim), które zastępują konieczność przesłuchania ofiary na okoliczność wyrażenia zgody na odbycie stosunku³². Co więcej, częściowo precedensowy charakter międzynarodowego sądownictwa sprawia, iż wypracowane w toku przywołanej debaty orzecznictwo dotyczące poszczególnych elementów zbrodni wciąż jest pomocniczo wykorzystywane przed MTK³³.

Po trzecie, warto pamiętać, iż ostatecznie przyjętą legalną definicję zgwałcenia cechuje relatywna progresywność, osiągnięta w dużej mierze dzięki wzmożonej aktywności środowisk zajmujących się ochroną praw

²⁹ Elementy Definicji Zbrodni Statutu Rzymskiego: 7(1)(g)-1, 8(2)(b)(xxii)(1), 8(2)(e)(vi)-1.

³⁰ L. Schneider, *Defining Rape: Coercion or Consent-Based Approach? Toward a Definition of Rape in Wartime in International Criminal Law*, „International Journal of Humanities and Social Science Review” 2020, nr 6, s. 35–36.

³¹ A. Szpak, *Ewolucja definicji gwałtu w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, „Polityka i Społeczeństwo” 2018, nr 4/16, s. 125–126.

³² N.B. Maier, *The Crime of Rape Under the Rome Statute of the ICC: with a special emphasis on the jurisprudence of the Ad Hoc Criminal Tribunals*, Amsterdam Law Forum, wydanie 3/2, sierpień 2011, s. 149.

³³ M. Królikowski, *Problem prawa karnego międzynarodowego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, nr 7, s. 82–85.

człowieka w trakcie trwania konferencji w Rzymie³⁴. Przyjęcie definicji zgwałcenia w tym kształcie stanowi więc jeden z ostatnich kroków międzynarodowego prawa karnego na drodze w kierunku ochrony ofiar przemocy seksualnej w warunkach konfliktów zbrojnych. Jak wynika z poniższej analizy, droga ta jest długa i wciąż niezakończona.

Ewolucja kryminalizacji zgwałcenia w międzynarodowym prawie karnym przebiegała równoległe do opisanego powyżej procesu kształtowania się poszczególnych typów zbrodni międzynarodowych.

Pierwszym aktem rangi międzynarodowej ujmującym zakaz zbrodni natury seksualnej w związku z sytuacją konfliktu zbrojnego była konwencja haska z 1907 r. dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej³⁵. Co istotne, przedmiotowe czyny nie są w konwencji haskiej wskazane wprost, a w jedynym artykule odnoszącym się do omawianych czynów nakazane jest uszanowanie „honoru i praw rodzinnych”³⁶. Fakt ten wpisuje się w ogólną tendencję widoczną we wcześniejszych aktach z dziedziny prawa humanitarne-go, które czyny przeciwko wolności seksualnej ujmują w sposób odwracający uwagę od faktycznej ofiary zbrodni na rzecz odebrania czci jej rodzinie, mężowi, czy ojcu³⁷. Wyniesienie zgwałcenia do rangi zbrodni wojennej nastąpiło wprost dopiero w 1949 r., przy okazji podpisania konwencji genewskich, będących głównym źródłem międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych. Wciąż jednak przedmiotowe zbrodnie ujmowane były w sposób eufemistyczny, jako „zamach na cześć” lub „obrona wstydlivosti”³⁸.

Przełomem na drodze do międzynarodowej kryminalizacji zbrodni natury seksualnej okazało się orzecznictwo późnych MTKJ i MTKR, powszechnie określane zbiorczym pojęciem międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc*³⁹, drugiej połowy lat dziewięćdziesiątych XX wieku. Nie spo-

³⁴ Zob. szerzej: T.F.Acuna, *The Rome Statute's Sexual Related Crimes: an Appraisal under the Light of International Humanitarian Law*, „Humanitäres Völkerrecht”, styczeń 2006, s. 189–194.

³⁵ Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (Dz.U. 1927 Nr 21, poz. 161) – dalej: konwencja haska.

³⁶ K.D. Askin, *War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crime Tribunals*, „American Journal of International Law”, 93/3, lipiec 1999, s. 295.

³⁷ C. Powell, *You Have No God: An Analysis of the Genocidal Rape in International Criminal Law*, „Richmond Public Interest Law Review” 2017, nr 20/1, s. 4.

³⁸ Art. 27: Kobiety będą specjalnie chronione przed wszelkimi zamachami na ich cześć, zwłaszcza przed gwałceniem, zmuszeniem do prostytucji i wszelką obrazą wstydlivosti.

³⁹ Należy zaznaczyć, że sformułowanie *ad hoc* odnosi się do procesu tworzenia przedmiotowych trybunałów, tj. powołania ich doraźnie, w celu osądzenia naruszeń związanych z konkretnymi konfliktami. Odróżnia się je więc od MTK, którego jurysdykcja określona jest w sposób generalny. MTKJ i MTKR nie są jedynymi międzynarodowymi trybunałami powołanymi w związku z konkretnym konfliktem. Tytułem przykładu można wskazać Nadzwyczajne Izby Sądu Kambodży, Specjalny Trybunał dla Libanu, czy powołane stosunkowo niedawno Specjalne Izby dla Kosowa. W literaturze przedmiotu pojęcie międzynarodowego trybunału *ad hoc* tradycyjnie oznacza jednak MTKJ i MTKR, zapewne w związku z ich największą popularnością. Powyższa uwaga odnosi się również do niniejszego tekstu.

sób przecenić roli, jaką ww. trybunały odegrały w budowaniu świadomości społeczności międzynarodowej co do skali zjawiska przemocy seksualnej we współczesnych konfliktach zbrojnych. Powszechne powiązanie tematyki międzynarodowej sprawiedliwości karnej w przypadku masowych zgwałceń z orzecznictwem trybunałów karnych *ad hoc* wydaje się wynikać z dwóch podstawowych przyczyn. Jedną z nich jest szokująca liczba ofiar dotkniętych przemocą seksualną zarówno w związku z konfliktem w byłej Jugosławii, jak i w Rwandzie, szacowana, według różnych źródeł, odpowiednio na 50 tys. i 250 tys. osób⁴⁰. Innej przyczyny można szukać w szeroko udokumentowanym, szczególnym okrucieństwie, z jakim w obu konfliktach wykorzystywano zgwałcenie jako metodę walki z wrogą grupą etniczną⁴¹. Z obu tych względów orzecznictwo MTKR oraz MTKJ stało się przełomowe dla omawianej tematyki, co doskonale ilustrują opisane poniżej przykłady.

Po pierwsze, omawiane orzecznictwo jednoznacznie potwierdziło miejsce zgwałcenia w katalogu zbrodni wojennych, m.in. w wyrokach w sprawie Kunarac⁴², Delalic⁴³, czy Furundžija⁴⁴, będącej jednocześnie pierwszą sprawą międzynarodowego prawa karnego, w której wszystkie zarzuty dotyczyły naruszeń na tle seksualnym⁴⁵. Po drugie, trybunały *ad hoc* jako pierwsze organy międzynarodowej sprawiedliwości karnej osądziły bezpośrednich sprawców przemocy seksualnej, a nie tylko, jak w przypadku trybunałów powojennych, jedynie dowódców wojskowych i przywódców politycznych pośrednio odpowiedzialnych za naruszenia⁴⁶. Po trzecie, zarówno w samych statutach trybunałów *ad hoc*, jak i w ich późniejszym orzecznictwie zgwałcenie zostało wprost zawarte w katalogu czynów mogących stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości. Mimo iż ten rodzaj zbrodni prawa międzynarodowego był znany doktrynie już od czasów powojennych trybunałów wojskowych, dopiero konflikty lat dziewięćdziesiątych sprawiły, że społeczność międzynarodowa zauważyła rolę, jaką przemoc seksualna odgrywa w planowanych atakach wymierzonych przeciwko ludności cywilnej. Bez wątpienia stanowiło to duży krok na drodze do pełnej kryminalizacji

⁴⁰ A. Stiglmayer, *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, University of Nebraska Press, 1994.

⁴¹ S.L. Russell-Brown, *Rape as an Act of Genocide*, „Berkeley Journal of International Law”, wydanie 21, 2003, s. 353.

⁴² MTKJ, wyrok Izby Apelacyjnej w sprawie Prokurator przeciwko Dragoljub Kunarac et al., IT-96-23-A, 12.06.2002 pkt 195.

⁴³ MTKJ, wyrok Izby Orzekającej w sprawie Prokurator v. Zejnil Delalić et al., IT-96-21-T, 16.11.1998; dalej: „wyrok w sprawie Delalić”.

⁴⁴ MTKJ, wyrok Izby Orzekającej w sprawie Prokurator przeciwko Furundžija, IT-95-17/1-T, 10.12.1998, dalej: „wyrok w sprawie Furundžija”.

⁴⁵ S.F. Gagro, *The Crime of Rape in the ICTY's and ICTR's Case Law*, „Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu” 2010, nr 60/6, s. 1319.

⁴⁶ A. Szpak, *op. cit.*, s. 126.

zbrodni przeciwko wolności seksualnej na polu prawa międzynarodowego, a co za tym idzie – do zwalczania tego zjawiska.

Co jednak najistotniejsze z punktu widzenia obranej tematyki, w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc*, a mówiąc ściślej – w jednym z orzeczeń MTKR⁴⁷ potwierdzono, iż zgwałcenie wpisuje się w co najmniej jeden z zamkniętego katalogu czynów ludobójczych, a w konsekwencji, w sytuacji zamiaru specjalnego sprawcy może być elementem zbrodni ludobójstwa. Główne założenia wspomnianego wyroku w sprawie *Akayesu*, a także samej koncepcji tzw. gwałtu ludobójczego zostały szerzej opisane poniżej.

*IV. Koncepcja gwałtu ludobójczego*⁴⁸

Sprawę Akayesu powszechnie uznaje się za przełomową w rozwoju międzynarodowego prawa karnego z co najmniej kilku powodów. Poza tym, że, jak już zasygnalizowano, otworzyła dyskusję orzeczniczą co do możliwości uznania zgwałcenia za czyn ludobójczy, była także jedną z ważniejszych spraw odnośnie do koncepcji odpowiedzialności dowódcy, która, tradycyjnie wiązana z przywództwem w ramach struktur wojskowych, w przedmiotowej sprawie została zaaplikowana wobec przywódcy cywilnego⁴⁹.

Jean-Paul Akayesu został skazany na dożywotnie pozbawienie wolności za swój udział w ludobójstwie w Rwandzie w 1994 r. W tamtym okresie pełnił funkcję burmistrza (*mayor*) w tzw. komunie Taba, będącej średniego stopnia jednostką terytorialnego podziału administracyjnego w Rwandzie. W związku ze swoją funkcją w inkryminowanym okresie był odpowiedzialny za utrzymanie bezpieczeństwa oraz porządku publicznego w ramach lokalnej społeczności. W momencie rozpoczęcia masowego pogromu ludności Tutsi przez ekstremistycznych przedstawicieli grupy etnicznej Hutu, do których należał Akayesu, nie tylko nie zapobiegał zbrodniom, o których wiedział, ale także zachęcał do nich i ułatwiał ich popełnianie. Szczególnie drastyczny wydaje się fragment stanu faktycznego sprawy, zgodnie z którym Akayesu umożliwił dokonanie eksterminacji ludności Tutsi, która w poszukiwaniu schronienia wobec trwającej masakry ukryła się w uprzednio udostępnionym im przez burmistrza urzędzie gminy⁵⁰.

⁴⁷ Mowa o wyroku w sprawie Prokurator p. Jean Paul Akayesu z 2 września 1998 r., nr sprawy: ICTR-96-4-T, dalej jako: „sprawa Akayesu”.

⁴⁸ W niniejszym segmencie pracy użyte zostały fragmenty z niepublikowanej pracy dyplomowej autorki pt. *Zgwałcenie jako zbrodnia ludobójstwa w świetle międzynarodowego prawa karnego*.

⁴⁹ Zob. szerzej A. Zahar, *Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide*, „Leiden Journal of International Law” 2001, nr 14.

⁵⁰ Dokładniejsze streszczenie stanu faktycznego sprawy Akayesu jest dostępne online, np. pod adresem: <<https://blogs.lse.ac.uk/vaw/landmark-cases/a-z-of-cases/jean-paul-akayesu-case/>> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

Wśród czynów, których, za pozwoleniem Akayesu, dopuszczono się w komunie Taba, znalazły się liczne akty przemocy seksualnej, przede wszystkim w postaci zgwałcenia. Co istotne, zarówno kontekst popełnianych zbrodni, jak i bezpośrednio zeznania świadków doprowadziły Izbę Orzekającą do wniosku o specyficznej stronie podmiotowej sprawców naruszeń, porównywalnej do ludobójczego *dolus specialis*.

Jak stwierdzono w wyroku, ofiary przemocy seksualnej w Taba nie były dobierane przypadkowo. Zgwałcenia dopuszczano się jedynie wobec kobiet pochodzących z grupy etnicznej Tutsi, co bezpośrednio wynika zarówno z zeznań świadków, jak i sprawców. W zeznaniach przytoczono np. sytuację, w której kobieta nie stała ofiarą zgwałcenia, ponieważ dokonujący pogromu ekstremiści nie mieli pewności co do jej przynależności etnicznej do ludu Tutsi⁵¹. Świadczy to o wymierzeniu ataku w konkretną grupę, w dodatku objętą ochroną konwencyjnej definicji ludobójstwa, tj. grupę etniczną⁵².

W związku z wykazaniem istnienia zamiaru specjalnego sprawcy opisanych aktów zgwałcenia do zasądzenia dopuszczenia się przez nich zbrodni ludobójstwa pozostawało wykazać, iż udowodnione naruszenie mieści się w zamkniętym katalogu czynów ludobójczych. Jak wynika z poniższej analizy, MTKR w orzeczeniu Akayesu trafnie opowiedział się za możliwością uznania zgwałcenia za czyn mieszczący się w co najmniej jednym z wymienionych w konwencji zachowań.

Mimo zamkniętego katalogu czynów ludobójczych z artykułu II konwencji *actus reus* zbrodni ludobójstwa został ujęty stosunkowo szeroko. W konsekwencji, zbrodnia zgwałcenia może wyczerpywać znamiona aż trzech z pięciu czynów ludobójczych, tj.: 1) stosowania środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy (art. II lit. d konwencji), 2) spowodowania poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy (art. II lit. b konwencji) oraz 3) zabójstwa członków grupy (art. II lit. a konwencji).

Pierwszy przypadek, związany z celowym wstrzymaniem urodzeń w obrębie grupy, najczęściej ilustrowany jest przykładami praktyk stosowanych w obozach dla ludności cywilnej podczas konfliktu w byłej

⁵¹ Wyrok w sprawie Akayesu, pkt 732.

⁵² Na marginesie warto dodać, iż w doktrynie międzynarodowego prawa karnego trwa ciągła dyskusja w przedmiocie, z jednej strony, słuszności zamkniętego katalogu grup chronionych przed zbrodnią ludobójstwa, do którego nie zalicza się chociażby grup politycznych, a z drugiej strony – kryteriów, które decydują o przyporządkowaniu danej grupy do którejś z kategorii grup chronionych. Orzecznictwo MTKR jednomyślnie uznało, iż ludność Tutsi spełnia kryteria grupy etnicznej – zob. szerzej W.A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, wyd. Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 109.

Jugosławii⁵³. Zgwałcenie może prowadzić do zmniejszenia liczby urodzeń w grupie reprezentowanej przez ofiarę na kilka sposobów. Po pierwsze, ofiara może stać się jednocześnie ofiarą wymuszonej ciąży, w wyniku czego urodzi dziecko przynależne etnicznie, zgodnie z patriarchalnym schematem społecznym, do grupy reprezentowanej przez ojca, będącego sprawcą. W ten sposób może potencjalnie zniszczyć jednolitość etniczną grupy matki⁵⁴. Po drugie, zgwałcenie nakłada stygmy na ofiarę, w związku z którą może ona nie zostać zaakceptowana przez członków swojej pierwotnej społeczności. Taka konsekwencja gwałtu często występuje w tradycyjnych społeczeństwach muzułmańskich, dalej łączących zbrodnie przemocy seksualnej ze zhańbieniem kobiety i pozbawieniem jej zdolności do przyszłego wejścia w związek małżeński. Wykluczenie społeczne kobiet w naturalny sposób przyczynia się do zmniejszenia urodzeń w obrębie ich grupy etnicznej⁵⁵. Po trzecie, nawet jeśli ofiara nie zostałaby wykluczona, trauma pozostała po zgwałceniu lub fizyczny uraz będący jego skutkiem może uniemożliwić jej przyszłe poczęcie dziecka lub nawet jakiegokolwiek współżycie seksualne⁵⁶.

Kolejny czyn ludobójczy, mogący realizować się przez zgwałcenie, to spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy. Nie ulega wątpliwości, iż czyn zgwałcenia może doprowadzić zarówno do uszkodzenia ciała, jak i rozstroju zdrowia psychicznego. Warto dodać, że w wyroku w sprawie Akayesu MTKR stwierdził, iż uszkodzenie to nie musi mieć trwałego charakteru i może *de facto* mieć miejsce jedynie w trakcie lub jakiś czas po dokonaniu czynu⁵⁷. Nie trzeba tłumaczyć, iż jest to istotne ułatwienie dowodowe zaistnienia ludobójstwa w konkretnych przykładach zgwałceń, które nie skutkowały długotrwałymi i nieuleczalnymi uszkodzeniami ciała ofiary.

Zgwałcenie będące jednocześnie zabójstwem członków grupy najczęściej utożsamiane jest z masowymi i celowymi praktykami zarażania ofiar gwałtów wirusem HIV, co miało miejsce w czasie ludobójstwa w Rwandzie. Z zebranych głównie przez organizacje pozarządowe statystyk wynika, iż nawet 70% zgwałconych w tym czasie kobiet zostało jednocześnie zarażonych AIDS. Ich oprawcy, będący często specjalnie zwerbowanymi do tego zadania pacjentami ośrodków leczniczych, wprost mówili, iż kobiety czeka

⁵³ Zob. szerzej: A. Marino, *Bosnia v. Serbia and the Status of Rape as Genocide under International Law*, „Boston University International Law Journal” 2009, nr 27, s. 205 i n.

⁵⁴ S.L. Russell-Brown, *op. cit.*, s. 355.

⁵⁵ J.M.H. Short, *Sexual Violence as Genocide: The Developing Law of the International Criminal Tribunals and the International Criminal Court*, „Michigan Journal of Race and Law”, wydanie 8, 2003, s. 509.

⁵⁶ K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa...*, *op. cit.*, s. 154.

⁵⁷ Wyrok w sprawie Akayesu, pkt 502.

powolna i bolesna śmierć oraz poprzedzające ją życie z chorobą będącą wynikiem gwałtu⁵⁸.

Przełomowość wyroku w sprawie Akayesu polegała m.in. na potwierdzeniu, że opisane powyżej elementy ludobójczego *actus reus* mogą być przypisane sprawcy zgwałcenia. Równie istotne było stwierdzenie Izby Orzekającej, iż przy udowadnianiu ludobójczej *dolus specialis* w przypadku gwałtu można posiłkować się kontekstem, w jakim zbrodnia została popełniona, a szczególnie innymi karalnymi aktami skierowanymi przeciwko danej grupie, a więc w tej konkretnej sytuacji – trwającym w 1994 roku ludobójstwem⁵⁹. Co ważne, zabieg taki nie może całkowicie zastąpić brakującego zamiaru ludobójczego sprawcy. Jednak trzeba pamiętać, że zgodnie z pierwotną koncepcją Lemkina czynów ludobójczych nie powinno się fragmentaryzować⁶⁰. Stanowią one przeważnie część większego planu mającego na celu wyniszczenie danej grupy w całości lub w części. Całościowego charakteru planu nie można stracić z pola widzenia, nawet przy podjętych w niniejszej pracy rozważaniach nad tym, czy jeden konkretny czyn może sam w sobie stanowić ludobójstwo.

Wszystko wskazuje na to, iż gwałt ludobójczy na stałe wpisze się w katalog zbrodni międzynarodowego prawa karnego. Świadczyć może o tym trwające przed MTK postępowanie w sprawie byłego prezydenta Sudanu Omara al-Bashira. Drugi wydany w niniejszej sprawie nakaz aresztowania zawiera sformułowany przez prokuratora zarzut ludobójstwa popełnionego przez organizowanie masowych zgwałceń kobiet z grup etnicznych Fur, Masali i Zaghawa w regionie Darfuru⁶¹. Jest to pierwsza sprawa tocząca się przed Trybunałem w Hadze zawierająca zarzut ludobójstwa, w dodatku powiązanego z aktami przemocy seksualnej. Podobnie jak w przypadku zgwałceń towarzyszących ludobójstwu w Rwandzie, również zeznania świadków zbrodni popełnianych w Darfurze świadczą o celowym doborze ofiar ze względu na ich przynależność grupową. Dodatkowo, aktom przemocy seksualnej towarzyszyły niekiedy deklaracje sprawców potwierdzające ich ludobójczy zamiar. Tytułem przykładu można przytoczyć zeznania jednej z ofiar zawarte w opisującym sytuację w Sudanie raporcie Amnesty International⁶². W otwierającym raport zeznaniu kobieta opisała sytuację,

⁵⁸ C. Powell, *op. cit.*, s. 34.

⁵⁹ K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa*, *op. cit.*, s. 128.

⁶⁰ R. Lemkin, *op. cit.*, s. 123.

⁶¹ Decyzja w sprawie drugiego wniosku Prokuratora o nakaz aresztowania z dnia 12 lipca 2010 r., Prokurator v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, dalej: „Decyzja w sprawie drugiego wniosku o nakaz aresztowania al-Bashira”.

⁶² Amnesty International, *Sudan, Darfur: Rape as a weapon of war. Sexual violence and its consequences*, <<https://www.amnesty.org/en/documents/AFR54/076/2004/en/>>.

w której sprawca zwrócił się do swoich ofiar słowami: „wy, czarne kobiety, wytępimy was, nie macie Boga”⁶³.

Sytuacja tak umotywowanej, masowej akcji zgwałceń raczej nie budzi wątpliwości co do swojego ludobójczego charakteru. W sprawie al-Bashira prokurator utrzymuje, że sudańskie siły rządowe dopuściły się tysięcy zgwałceń kobiet z konkretnych grup etnicznych⁶⁴.

V. Zarzut gwałtu ludobójczego w związku z konfliktem na Ukrainie

Jak wynika z powyższej analizy, ewolucja kryminalizacji zgwałcenia na szczeblu międzynarodowego prawa karnego doszła już do momentu, w którym powszechnie uznaje się, iż przedmiotowa zbrodnia, wyposażona w dowiedziony zamiar specjalny, może wypełniać znamiona ludobójstwa. Jednocześnie należy jeszcze raz zaznaczyć, iż zbrodnia gwałtu ludobójczego jest zaledwie jedną z możliwych klasyfikacji czynów zgwałcenia w międzynarodowym prawie karnym. Dyskusja nad zasadnością determinowania ludobójczej natury zgwałceń w kontekście konfliktu na Ukrainie nie powinna zastępować rozważań w kwestii popełnianych w czasie wojny zbrodni wojennych czy zbrodni przeciwko ludzkości, a jedynie je uzupełniać. Co więcej, przedstawione powyżej dane, zebrane w toku analizy ogólnodostępnych materiałów, w oczywisty sposób nie mogą być uznane za wystarczające do pełnego potwierdzenia hipotezy o dokonaniu przez przedstawicieli rosyjskich służb zbrojnych zbrodni ludobójstwa. Informacje odnoszące się do udokumentowanych przypadków zgwałceń, czy innych ataków o naturze seksualnej, mogą więc w przyszłości stać się podstawą do postawienia zarzutów innych zbrodni międzynarodowych.

Orzecznictwo sądów międzynarodowych, chociaż coraz częściej potwierdzające zasadność koncepcji gwałtu ludobójczego, wciąż nie wydaje się utrwalone, a sprawy, w których zarzuty na tle przemocy seksualnej zostały sklasyfikowane jako naruszenie konwencji z 1948 r., należą do rzadkości. Zapewne jest to związane ze, szczęśliwie, mniejszą liczbą tak poważnych i systemowych naruszeń, które skutkowałyby ich ludobójczą kwalifikacją. Jednocześnie można odnieść wrażenie, że gwałt ludobójczy wciąż budzi pewne zastrzeżenia, podczas gdy „tradycyjne” ujęcie zgwałceń w ramy zbrodni wojennych czy zbrodni przeciwko ludzkości wpisuje się w stabilny, kilkudziesięcioletni nurt orzeczniczy.

⁶³ *Ibidem*, s. 3.

⁶⁴ Decyzja w sprawie drugiego wniosku o nakaz aresztowania al-Bashira, s. 105.

W związku z powyższym tym bardziej zasadna wydaje się analiza możliwości stwierdzenia dopuszczenia się zbrodni ludobójstwa w formie zgwałcenia przez przedstawicieli rosyjskich sił zbrojnych w związku z trwającym konfliktem na Ukrainie. Sąd, któremu ewentualnie przypadnie rola oceny naruszenia norm prawa międzynarodowego w wojnie na Ukrainie, stanie bowiem przed szansą wydania pierwszego w XXI wieku wyroku potwierdzającego rozpoczęcia linii, mającą ewidentnie gwarancyjny charakter. W niniejszej części tekstu zaprezentowano analizę bazującą na wnioskach wyprowadzonych wcześniej, która zmierza do odpowiedzi na pytanie postawione we wstępie – czy akty zgwałcenia, których dopuszczono się na Ukrainie i wobec osób narodowości ukraińskiej, mogą same w sobie być zakwalifikowane jako zbrodnia ludobójstwa?

Oczywistym jest, że w toku teoretycznej dyskusji akademickiej, toczonej w dodatku na obecnym etapie trwającego konfliktu, a więc bez dostępu do zweryfikowanych danych dotyczących czynów, precyzyjna odpowiedź na przywołaną powyżej hipotezę nie jest możliwa. Mimo to, jak zostanie to rozwinięte w dalszej części analizy, dyskusja wydaje się warta podjęcia z co najmniej kilku względów.

Na wstępie należy poczynić jednak uwagę metodologiczną, odnosząc się do problemu dostępu do wiarygodnego materiału dowodowego. W toku prac nad niniejszym tekstem dokonano selekcji dostępnych publicznie materiałów, podających relewantne, z punktu widzenia obranej problematyki, informacje dotyczące skali przemocy seksualnej powiązanej z trwającym konfliktem. W ramach selekcji wybrano materiały o relatywnie wysokim poziomie wiarygodności, często wynikającym z autorytetu udostępniającej je organizacji, tak jak np. w przypadku raportu OBWE. Wszystkie użyte publikacje zostały precyzyjnie wskazane w przypisach odnoszących się do pochodzących z nich danych. Wobec braku innej możliwości Czytelnikowi pozostawiono ostateczną ocenę w kwestii ich wiarygodności. Jednocześnie, równoległe z powyższym zastrzeżeniem, warto przypomnieć, że wszelkiego rodzaju materiały prasowe czy raporty przygotowywane przez organizacje międzynarodowe, odnoszące się do potencjalnego naruszenia, grają ważną rolę w postępowaniu dowodowym przed MTK, a niekiedy są wręcz niezbędne do wykazania dopuszczalności danej sprawy do osądzenia przez Trybunał⁶⁵.

Odrębny problem z dostępem do miarodajnych informacji o skali opisywanego zjawiska wiąże się ze specyfiką zbierania materiału dowodowego w przypadkach przestępstwa przeciwko wolności seksualnej. Ze względu

⁶⁵ Zob. szerzej: J. Laux, *A New Type of Evidence? Cyberinvestigations, Social Media, and Online Open Source Video Evidence at the ICC* [w:] S. Boysen, M. T. Kotzur, R. Uerpmann-Wittzack (red.), *Archiv des Völkerrechts*, wrzesień 2018.

na takie czynniki, jak chociażby wtórna wiktyimizacja ofiary zgwałceń często nie zgłaszają dokonanych wobec nich czynów⁶⁶. W związku z powyższym przytoczone poniżej dane mogą okazać się niedoszacowane.

Powyższy fenomen, bezpośrednio związany z trwającym i szeroko komentowanym konfliktem na Ukrainie, dokładnie opisał prof. William Schabas, jeden z najbardziej poważanych specjalistów z zakresu prawa humanitarnego oraz międzynarodowego prawa karnego⁶⁷. Zdaniem prof. Schabasa pojęcie ludobójstwa spowszedniało w toku powszechnej narracji dotyczącej naruszeń związanych z wojną na Ukrainie. Przytaczane przez niego wypowiedzi polityków, w tym głów państw, oderwane są od legalnej definicji przedmiotowej zbrodni i opierają się na uproszczonym rozumieniu jej jako czynu o wysokim ciężarze gatunkowym.

Obserwując debatę publiczną w wątku naruszeń prawa międzynarodowego przez rosyjskie siły zbrojne, nie sposób nie podzielić przytoczonego poglądu. Oskarżenia o dopuszczenie się ludobójstwa padają bowiem regularnie, i to w odniesieniu do obu stron konfliktu⁶⁸. Stąd tym bardziej uzasadnione wydaje się podjęcie w przedmiotowej kwestii merytorycznej dyskusji.

Jak wynika z omówionej już definicji zbrodni ludobójstwa, a więc również – ludobójczego gwałtu, wykazanie faktu jej popełnienia jest dwuetapowe. W pierwszej kolejności należy ustalić, czy potencjalny sprawca dopuścił się jednego z enumeratywnie wskazanych czynów ludobójczych. Przekładając to na grunt obranej tematyki, należy zebrać materiał dowodowy świadczący o faktycznym dopuszczeniu się zgwałcenia przez sprawcę. Następnie dowiedziony musi być również zamiar specjalny, czyli kwalifikowana postać zamiaru bezpośredniego. Jak zostanie to wskazane w dalszej części, dowiedzenie strony podmiotowej ludobójstwa jest dużo trudniejsze. To właśnie konieczność wykazania tego elementu zbrodni zdaje się umykać w przytoczonym już powszechnym dyskursie w kwestii dotyczącej potencjalnej kwalifikacji ludobójczej naruszeń popełnianych na Ukrainie.

Podążając wyznaczoną powyżej kolejnością argumentacji, należy zacząć od zilustrowania strony przedmiotowej gwałtu ludobójczego w świetle oko-

⁶⁶ Problem z pozyskiwaniem materiału dowodowego w postępowaniach dotyczących zbrodni natury seksualnej był poruszony w jednym z raportów strategicznych Prokuratora MTK: Policy Paper on Sexual and Gender-Based Crimes, The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, czerwiec 2014 r. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/otp/Policy_Paper_on_Sexual_and_Gender-Based_Crimes-20_June_2014-ENG.pdf> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

⁶⁷ Mowa o głośnym artykule pt. *Genocide and Ukraine. Do Words Mean What We Choose them to Mean?*, „Journal of International Criminal Justice” 2022, nr 20, s. 843–857.

⁶⁸ Przykładem opisanej tendencji jest toczący się obecnie proces przed Międzynarodowym Trybunałem Sprawiedliwości, zapoczątkowany przez Ukrainę wysuwającą oskarżenie o złamanie zasad konwencji w sprawie zapobiegania i ścigania zbrodni ludobójstwa przez Rosję. W odpowiedzi przedstawiono zarzuty przeciwne. Podejmowane na bieżąco czynności w postępowaniu można śledzić pod linkiem: <<https://www.icj-cij.org/en/case/182>>.

liczności dotyczących przedmiotowego konfliktu. Dane dotyczące skali zgwałceń, których dopuszczają się członkowie rosyjskich sił zbrojnych wobec ukraińskiej ludności cywilnej, różnią się i pochodzą od źródeł o niejednorodnym stopniu wiarygodności. Zgodnie z danymi zebranymi przez Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. praw człowieka do 29 czerwca 2022 r. udało się pozytywnie zweryfikować 23 przypadki napaści na tle seksualnym, w tym przypadki „gwałtów, masowych gwałtów, tortur, wymuszonego publicznego obnażenia, gróźb użycia przemocy seksualnej, czy innej formy przemocy seksualnej”⁶⁹. O udokumentowanych przypadkach co najmniej kilkunastu zgwałceń informowała również organizacja Human Rights Watch, powołując się na zeznania świadków i ofiar wydarzeń⁷⁰. Bazując chociażby na powyższych danych, zakładając ich wiarygodność, można już na ten moment stwierdzić wypełnienie znamion zbrodni zgwałcenia, a więc równocześnie co najmniej trzech z pięciu czynów ludobójczych w rozumieniu konwencji z 1948 r.

W tym miejscu warto odnieść się do kwestii liczby ofiar, wymaganej do uznania danego czynu za *actus reus* zbrodni ludobójstwa. Nie ma wątpliwości, iż przytoczone powyżej statystyki są niepełne. Wynika to chociażby z samej treści źródeł, w których podkreśla się, iż większość zgłoszeń nie była możliwa do weryfikacji w związku z wciąż trwającym konfliktem, co, w oczywisty sposób, nie może przesądzić o ich braku wiarygodności. W opinii publicznej może jednak powstać wątpliwość, czy raptem kilkadziesiąt wykazanych przypadków zbrodni jest wystarczające, aby uznać czyn za ludobójczy?

Przekonanie to ma swoje źródło w wielokrotnie podkreślanym już najwyższym miejscu, jakie zbrodnia ludobójstwa zajmuje w hierarchii międzynarodowego prawa karnego. I, choć zdaniem Autorki, nie ma ona pokrycia ani w dorobku orzecznictwa, ani w zgodnej z zasadami logicznego rozumowania interpretacji znamion zbrodni, w doktrynie można spotkać jej zwolenników.

Orzecznictwo sądów międzynarodowych skłania się ku pogładowi, zgodnie z którym liczba ofiar jest irrelevantna w określaniu, czy dany czyn kwalifikuje się jako ludobójstwo⁷¹. Jednak, jak wskazuje Ireneusz Kamiński,

⁶⁹ Situation of Human Rights in Ukraine in the Context of the Armed Attack by the Russian Federation, Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Praw Człowieka, 29 czerwca 2022 r., pkt 100. <<https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/countries/ua/2022-06-29/2022-06-UkraineArmedAttack-EN.pdf>> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

⁷⁰ <<https://www.hrw.org/news/2022/04/03/ukraine-apparent-war-crimes-russia-controlled-areas>> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

⁷¹ Przykładowo: jeśli sprawcy zostanie udowodniony *dolus specialis*, zabicie przez niego jednej osoby, reprezentującej chronioną grupę może zostać uznane za ludobójstwo; Human Rights Watch, *Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity. A Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for Rwanda*, <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ictr0110webcover.pdf>>, s. 29.

„w doktrynie pojawiła się [...] sugestia, by konstrukcję ludobójstwa łączyć z pokaźną, znaczącą liczbą ofiar”⁷². Autor przywołuje pracę socjologa L. Kupera (*Genocide. Its Political use in the Twentieth Century*), w której wskazuje on, że „aby pojęcie ludobójstwa nie uległo »dewaluacji lub rozmyciu«, powinny zostać uwzględnione kwestie odnoszące się do skali i całkowitej liczby”⁷³. Zgodnie z tym poglądem zgwałcenie pojedynczej jednostki nie będzie kwalifikowało się jako zbrodnia ludobójstwa, nawet mimo udowodnienia sprawcy zamiaru specjalnego. Ku takiemu punktowi widzenia skłaniał się sam MTK w decyzji dotyczącej aresztowania al-Bashira, w której stwierdzono, że „tylko wtedy zostanie wypełnione znamię kierowania ataku przeciwko grupie chronionej, jeżeli dane zachowanie przedstawia konkretne zagrożenie dla istnienia danej grupy lub jej części. Zagrożenie to musi być realne, a nie jedynie hipotetyczne”⁷⁴. Należy jednak pamiętać, że zorganizowana akcja zgwałceń wymierzona w członków konkretnej grupy etnicznej spełnia to wymaganie.

Krytycy koncepcji gwałtu ludobójczego powołują się również na potencjalne zagrożenie utracenia przez ofiarę swojej podmiotowości na rzecz zwrócenia uwagi na atak skierowany przeciwko całej reprezentowanej przez nią grupie. Innymi słowy, uważają, że uznając gwałt za czyn popełniony w zamiarze zniszczenia w całości lub części danej grupy, uwagę odwraca się od bezpośredniej ofiary przemocy. Gwałt nie jest odbierany wtedy jako zbrodnia przeciwko jednostce, ale przeciwko reprezentowanej przez nią grupie⁷⁵.

Gwałt ludobójczy zderza ze sobą dwie tragedie na raz, obie całkowicie rozpoznające sytuację indywidualnej ofiary. Z jednej strony jest to tragedia związana z inwazją na integralność psychofizyczną człowieka, godząca bezpośrednio w jego godność osobową. Z drugiej strony – atak na jego tożsamość grupową, związaną z przynależnością do tak pierwotnych struktur, jak grupa etniczna, narodowa, religijna czy rasowa. Mając na uwadze powyższe, przesłankę *actus reus* gwałtu ludobójczego w badanych okolicznościach należy więc uznać za dowiedzioną.

Kolejnym krokiem na drodze do udowodnienia ludobójczego charakteru popełnionych zgwałceń jest wykazanie istnienia zamiaru specjalnego po stronie sprawców. Nie ma wątpliwości, że strona podmiotowa ludobójstwa jest trudniejsza do udowodnienia od odpowiedniego *actus reus*. Być może z tych względów konieczność jej wykazania jest zwykle pomija-

⁷² I. Kamiński, *Kwalifikacja prawna antykurdyjskiej operacji Al-Anfal*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, wyd. 16, Kraków 2018, s. 119.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 117.

⁷⁵ S.L. Russell-Brown, *op. cit.*, s. 351.

na w przytoczonym powyżej dyskursie politycznym dotyczącym naruszeń międzynarodowego prawa karnego w związku z konfliktem na Ukrainie.

Zgodnie z konwencyjną definicją zbrodni dla uznania czynu za ludobójstwo musi być on popełniony w zamiarze zniszczenia w całości lub w części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej, jako takiej⁷⁶. Ponownie więc konstrukcja dowodowa musi zostać podzielona na części. Po pierwsze, należy wykazać zamiar zniszczenia grupy jako takiej, w całości lub w części. Po drugie, grupa ta musi mieścić się w zamkniętym katalogu grup konwencyjnie chronionych.

Pewnym ułatwieniem dowodowym może być ustanowiony w doktrynie katalog źródeł, mogących świadczyć o posiadaniu *dolus specialis* przez potencjalnych sprawców. Jak trafnie wskazuje prof. K. Wierczyńska, dowody potwierdzające przedmiotową postać zamiaru mogą być „rozproszone i niejednolite [...] [Mogą to być] fragmenty oficjalnych mów, rozmów, artykułów prasowych, propagandy telewizyjnej, zeznań świadków, w tym rosyjskich żołnierzy i ludności ukraińskiej – wszystkie będą miały na celu wykazanie, że istniał specjalny plan, ukierunkowany na to, aby [...] doprowadzić do psychicznego i fizycznego wyniszczenia konkretnej grupy”⁷⁷.

Treść wypowiedzi propagandowych, zarówno samego prezydenta Federacji Rosyjskiej, jak i innych, wysokich rangą polityków może potencjalnie służyć jako dowód w procesie wykazywania istnienia planu mającego na celu wyniszczenie narodu ukraińskiego.

Jednym z ważniejszych materiałów mogących w przyszłości pełnić funkcje dowodu na okoliczność ludobójczego planu prezydenta Federacji Rosyjskiej jest esej jego autorstwa, opublikowany jeszcze przed inwazją na Ukrainę, pt. „O historii jedności Rosjan i Ukraińców”⁷⁸. Zgodnie z głównymi tezami tekstu Ukraińcy oraz Rosjanie tworzą jedną wspólnotę etniczną, a odrębna państwowość ukraińska nie sprzyja optymalnemu rozwojowi jej członków. Władimir Putin przestrzega obywateli Ukrainy przed zewnętrznymi siłami, chcącymi oddalić ich Rosji, obiecując w zamian złudną niepodległość⁷⁹.

⁷⁶ Na marginesie warto zwrócić uwagę na błędne tłumaczenie definicji przedmiotowej zbrodni w polskim tłumaczeniu Statutu Rzymskiego MTK, w której zamiast sformułowania „jako takich” pojawia się „takich jak”, co w oczywisty sposób zmienia znaczenie przepisu, a w konsekwencji – kwalifikuje się do poprawy.

⁷⁷ K. Wierczyńska, *Specjalna operacja wojskowa Rosji w Ukrainie – indywidualna odpowiedzialność za zbrodnię ludobójstwa i zbrodnie przeciwko ludzkości*, „Państwo i Prawo” 2022, nr 9, s. 87.

⁷⁸ Tłumaczenie tekstu na j. angielski jest dostępne online, pod adresem: <<https://www.prlib.ru/en/article-vladimir-putin-historical-unity-russians-and-ukrainians>> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

⁷⁹ W bardziej szczegółowym zakresie warto zapoznać się z analizą eseju przeprowadzoną przez Ośrodek Studiów Wschodnich. Materiał dostępny jest online, pod adresem: <<https://www.osw.waw.pl/pl/publikacje/analizy/2021-07-13/putin-ukraincy-to-rosjanie-ukraina-to-anty-rosja>> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

Potencjalna relewantność ww. eseju w kontekście problematyki *dolus specialis* sprowadza się do negacji istnienia odrębnej narodowości ukraińskiej przez prezydenta FR. Należy przyznać, że nie jest to bezpośredni dowód na zamiar ludobójczy, jednak może stanowić istotny element ogółu okoliczności, które, rozpatrywane łącznie, doprowadzą organ orzekający do przekonania o istnieniu zamiaru zniszczenia grupy narodowej w całości lub części⁸⁰.

Materiałem, który, zdaniem niektórych, w tym prezydenta Ukrainy⁸¹, należy uznać za bezpośredni dowód *dolus specialis*, jest opublikowany przez rosyjskie medium publiczne artykuł pt. „Co Rosja powinna zrobić z Ukrainą?” (ang. *What Russia Should Do with Ukraine?*)⁸². Tekst upubliczniono 4 kwietnia 2022 r., tj. w dzień odkrycia dowodów masowych egzekucji przeprowadzonych na terenach Ukrainy uprzednio okupowanych przez Rosjan, m.in. w Buczy.

Tekst jednoznacznie neguje ideę ukraińskiej narodowości, a wręcz nawołuje do jej unicestwienia (do tzw. deukrainizacji terenów dzisiejszej Ukrainy) poprzez całkowitą cenzurę ukraińskiej kultury. Jako uzasadnienie postulowanych działań autor – Timofey Sergeystev, powołuje się na konieczność denazyfikacji Ukrainy. Nie ma wątpliwości, iż promowanie powyższej narracji przez powiązane z prezydentem FR media publiczne w jasny sposób wpisuje się w ogół okoliczności mogących świadczyć o istnieniu zamiaru ludobójczego, stojącego za naruszeniami prawa międzynarodowego w związku z trwającym konfliktem.

Na marginesie warto dodać, że jeśli tendencja wzrostowa propagandowej narracji rosyjskiej wymierzonej w Ukrainę utrzyma się, może doprowadzić do typowej dla ludobójstwa dehumanizacji przedstawicieli atakowanej grupy. Przykładowo, w okresie prowadzonej przez Niemcy akcji propagandowej, towarzyszącej zbrodni Holokaustu, Żydzi byli nazywani wężami, świniami, czy małpami. Podobnie w czasie trwającego pogromu ludności Tutsi w Rwandzie przedstawiciele tej grupy określano jako karaluchy czy szczury⁸³. Mimo że przytoczone powyżej przykłady dotyczące kontekstu

⁸⁰ Możliwość udowodnienia *dolus specialis* za pomocą szeregu pośrednich dowodów, wskazujących na ogół okoliczności, w jakich doszło do czynu ludobójczego, została wielokrotnie potwierdzona przez orzecznictwo międzynarodowe – zob. szerzej MTK, wyrok Izby Apelacyjnej z 6 lipca 2009 r. w sprawie Prokurator p. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, par. 19, supra note 44.

⁸¹ Fragment wypowiedzi prezydenta Wołodymyra Zaleńskiego został opublikowany w materiale dostępnym pod adresem: <<https://ua.interfax.com.ua/news/general/821203.html>> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

⁸² Tłumaczenie tekstu na język angielski jest dostępne online, pod adresem: <https://medium.com/@kravchenko_mm/what-should-russia-do-with-ukraine-translation-of-a-propaganda-article-by-a-russian-journalist-a3e92e3cb64> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

⁸³ P. Łubiński, M. Odello (red.), *The Concept of Genocide in International Criminal Law. Developments After Lemkin*, wyd. Taylor & Francis Group 2020, s. 272.

wojny na Ukrainie wydają się na pozór mniej drastyczne, powinny być ocenione jako wpisujące się w krąg wypowiedzi dehumanizujących, których eskalacja wciąż może nastąpić.

Poza wypowiedziami publicznymi, mogącymi świadczyć o ludobójczym planie twórców polityki państwowej, istnienie *dolus specialis* jest wykazywane również za pomocą zeznań świadków, wskazujących na zamiar bezpośrednich sprawców naruszeń.

Przykładowo, w toku zbierania zeznań dotyczących doświadczeń przemocy seksualnej w związku z wojną, ukraińska Rzeczniczka Praw Człowieka – Lyudmyla Denisova, zabezpieczyła wypowiedź, z której wynika, iż sprawca zgwałcenia powiedział swojej ofierze, że podjęty z nią stosunek seksualny ma uniemożliwić jej późniejsze „posiadanie ukraińskich dzieci”⁸⁴. W świetle przytoczonych powyżej uwag o możliwości zakwalifikowania zgwałcenia jako *actus reus* przytoczona wypowiedź nie budzi wątpliwości co do klasyfikacji prawnej czynu sprawcy.

Podsumowując, zarówno publicznie dostępne wypowiedzi, tworzące ogólny kontekst, w jakim dokonano agresji na Ukrainę, jak i dużo trudniejsze do zebrania dowody motywacji sprawców bezpośrednich, pozwalają przypuszczać, iż *dolus specialis* związany z omawianymi naruszeniami może zostać wykazany.

Pokrótkie należy odnieść się również do wątpliwości dotyczącej procesu dowodzenia przynależności ofiar ataku do jednej z konwencyjnie chronionych grup. W tym zakresie wystarczające wydaje się przywołanie powszechnego poglądu orzecznictwa odnośnie do subiektywnej oceny przynależności grupowej z perspektywy sprawcy. Oznacza to, że niezależnie od tego, czy ofiara zgwałcenia w istocie należy do ukraińskiej grupy narodowej, dokonane wobec niej naruszenie może zostać zakwalifikowane jako ludobójstwo, jeżeli w oczach sprawcy reprezentowała naród ukraiński⁸⁵.

Przedstawiona powyżej analiza obejmowała rozważania w zakresie potencjalnego wykazania dopuszczenia się na terytorium Ukrainy gwałtu ludobójczego przez rosyjskie siły zbrojne. Analizie poddano poszczególne przesłanki omawianej koncepcji, tj. zarówno *actus reus*, jak i *dolus specialis*. Czysto teoretyczny aspekt zaprezentowanych uwag nakazuje ostrożność w kwestii adekwatności płynących z nich wniosków do ewentualnego wyniku przyszłego postępowania. Jednocześnie analiza została podparta dostępnymi publicznie danymi, co z kolei świadczy o jej możliwej stosowności.

⁸⁴ Pełna wypowiedź jest dostępna online pod adresem: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-61071243>> [ostatni dostęp: 31.01.2023].

⁸⁵ K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa Międzynarodowych Trybunałów Karnych ad hoc*, wyd. Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010, s. 67.

VI. Zakończenie

Niniejszy tekst stanowi głos w dyskusji odnośnie do możliwych kwalifikacji naruszeń prawa międzynarodowego, związanych z konfliktem na Ukrainie. Bezpośrednią przesłanką do jego przedstawienia stały się wypowiedzi dotyczące ludobójczego charakteru czynów, popełnianych przez przedstawicieli rosyjskich sił zbrojnych.

Podczas gdy definicja ludobójstwa pozostaje szeroka i obejmuje różne rodzaje zachowań, w przedstawionej analizie skupiono się na jej najmniej eksploatowanym dotąd aspekcie, tj. na czynach związanych z przemocą seksualną. Odnosząc się do publicznie dostępnych danych, obrazujących skalę i charakter naruszeń natury seksualnej podczas wojny na Ukrainie, podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy jednym z potencjalnych zarzutów, kierowanych w związku z konfliktem, może stać się gwałt ludobójczy.

Podążając za chronologią procesu dowodzenia zbrodni ludobójstwa, przedstawioną analizę podzielono na zagadnienia związane z przedmiotową i podmiotową stroną czynu. Szczególną uwagę poświęcono konieczności wykazania zamiaru specjalnego sprawców, ze względu na częste pomijanie tego elementu w dyskursie publicznym, odnoszącym się do ludobójczego charakteru rosyjskich naruszeń.

Przedstawione informacje, w kontekście potencjalnego prowadzenia postępowania przygotowawczego w sprawie przez krajowe lub międzynarodowe organy ścigania, wiodą do wniosku o uzasadnionej potrzebie zbierania szerszego materiału dowodowego, również mającego związek z zarzutem gwałtu ludobójczego. Już teraz można jednak stwierdzić, że dostępne dane, z zastrzeżeniem dotyczącym ich nieoczywistej wiarygodności, pozwalają wstępnie ocenić ww. zarzut jako uzasadniony.

Warto również zaznaczyć, że orzecznictwo, zarówno krajowe, jak i międzynarodowe, do tej pory stosunkowo rzadko wypowiadało się odnośnie do koncepcji gwałtu ludobójczego. Niewątpliwym tragicznym charakter zdarzeń związanych z wojną na Ukrainie można rozpatrywać więc również jako szansę na poczynienie kolejnego kroku w stronę rozwoju doktryny dotyczącej przemocy seksualnej związanej z konfliktami zbrojnymi, a co za tym idzie – w stronę szerszej penalizacji przedmiotowych czynów.



A B S T R A C T

This article attempts to assess whether violations of humanitarian law related to sexual violence, committed by representatives of the Russian armed forces in connection with the conflict in Ukraine, may meet the characteristics of so-called genocidal rape. In the introduction, the characteristics of the concept of genocidal rape are presented, drawing attention to the controversies raised in the doctrine related to this form of the crime of genocide. The basic evidentiary difficulties involved in proving the perpetration of genocide are also presented. In the last part of the work, the available information on violations is analyzed in order to decide whether the allegation in question, which often appears in the public debate related to the war in Ukraine, can be considered legitimate.

Keywords: genocidal rape, Ukraine, ICC, genocide, international humanitarian law, international criminal law

Bibliografia

- Acuna T.F., *The Rome Statute's Sexual Related Crimes: an Appraisal under the Light of International Humanitarian Law*, „Humanitäres Völkerrecht” 2006, nr 1
- Askin K.D., *War Crimes Against Women: Prosecution in International War Crime Tribunals*, „American Journal of International Law” 93, nr 3, lipiec 1999
- Dilipkumar S., *The Evolution of International Criminal Jurisprudence*, „World Affairs: The Journal of International Issues” 2019, nr 23
- Gagro S.F., *The Crime of Rape in the ICTY's and ICTR's Case Law*, „Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu” 2010, nr 60/6
- Greenwood Ch., *The relationship between ius ad bellum and ius in bello*, „Review of International Studies, Cambridge University Press” 1983, nr 9
- Grzebyk P., *Definicja zbrodni agresji (po konferencji przeglądowej MTK)*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 1

- Grzebyk P., *Odpowiedzialność karna za zbrodnię agresji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego 2010
- Grzebyk P., *Specjalna operacja wojskowa Rosji w Ukrainie – indywidualna odpowiedzialność za zbrodnię agresji i zbrodnię ludobójstwa*, „Państwo i Prawo” 2022, nr 9
- Hofmański P., Kuczyńska H., *Międzynarodowe prawo karne*, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2020
- Kamiński I., *Kwalifikacja prawna antykurdyjskiej operacji Al-Anfal*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego, Europejskiego i Porównawczego”, wyd. 16, Kraków 2018
- Królikowski M., *Problem prawa karnego międzynarodowego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2007, nr 7
- Kuczyńska H., *Odpowiedzialność przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym za zbrodnie prawa międzynarodowego popełnione w czasie konfliktu w Ukrainie*, „Palestra” 2022, nr 4
- Laux J., *A New Type of Evidence? Cyberinvestigations, Social Media, and Online Open Source Video Evidence at the ICC* [w:] S. Boysen, M.T. Kotzur, R. Uerpmann-Wittzack (red.), *Archiv des Völkerrechts*, wrzesień 2018
- Lemkin R., *Rządy państw Osi w okupowanej Europie Prawa okupacyjne, analiza rządzenia, propozycje zadośćuczynienia*, przekład: A. Bieńczyk-Missala, P. Grzebyk, B. Lackoroński, M. Madej, wyd. Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2013
- Łubiński P., Odello M. (red.), *The Concept of Genocide in International Criminal Law. Developments After Lemkin*, wyd. Taylor & Francis Group 2020
- Maier N.B., *The Crime of Rape Under the Rome Statute of the ICC: with a special emphasis on the jurisprudence of the Ad Hoc Criminal Tribunals*, Amsterdam Law Forum, wyd. 3/2, sierpień 2011
- Marino A., *Bosnia v. Serbia and the Status of Rape as Genocide under International Law*, „Boston University International Law Journal” 2009, nr 27
- Melzer N., *International Humanitarian Law. A Comprehensive Introduction*. International Committee of the Red Cross, 2019
- Nersessian, *Whoops, I Committed Genocide! The Anomaly of Constructive Liability for Serious International Crimes*, The Fletcher Forum of World Affairs, nr 30
- Powell C., *You Have No God: An Analysis of the Genocidal Rape in International Criminal Law*, „Richmond Public Interest Law Review” 2017, nr 20/1

- Reid-Cunningham A.R., *Rape as a Weapon of Genocide*, „Genocide Studies and Prevention” 2008, nr 3
- Russell-Brown S.L., *Rape as an Act of Genocide*, „Berkeley Journal of International Law”, wydanie 21, 2003
- Schabas W., *An Introduction to International Criminal Court*, wyd. 6, Cambridge University Press 2020
- Schneider L., *Defining Rape: Coercion or Concern-Based Approach? Toward a Definition of Rape in Wartime in International Criminal Law*, „International Journal of Humanities and Social Science Review” 2020, nr 6
- Short J.M.H., *Sexual Violence as Genocide: The Developing Law of the International Criminal Tribunals and the International Criminal Court*, Michigan Journal of Race and Law, wydanie 8, 2003
- Socha E., *Jurysdykcja uniwersalna czy międzynarodowa: rozważania nad relacją międzynarodowych trybunałów karnych do sądów krajowych*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2022, nr 5/1/2
- Stiglmayer A., *Mass Rape: The War Against Women in Bosnia-Herzegovina*, University of Nebraska Press, 1994
- Szpak A., *Ewolucja definicji gwałtu w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, „Polityka i Społeczeństwo” 2018, nr 4/16
- Szpak A., *Karanie zbrodni wojennych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, nr 1
- Wierczyńska K., *Hierarchia zbrodni w prawie międzynarodowym*, „Państwo i Prawo” 2016, nr 1
- Wierczyńska K., *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa Międzynarodowych Trybunałów Karnych ad hoc*, wyd. Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2010
- Wierczyńska K., *Przesłanki dopuszczalności wykonywania jurysdykcji przez Międzynarodowy Trybunał Karny. Studium międzynarodowoprawne*, wyd. Wydawnictwo Naukowe Scholar 2016
- Wierczyńska K., *Specjalna operacja wojskowa Rosji w Ukrainie – indywidualna odpowiedzialność za zbrodnię ludobójstwa i zbrodnie przeciwko ludzkości*, „Państwo i Prawo” 2022, nr 9
- Wilt H. van der, *War Crimes and the Requirement of a Nexus with and Armed Conflict*, „Journal of International Criminal Justice” nr 10
- Zahar A., *Command Responsibility of Civilian Superiors for Genocide*, „Leiden Journal of International Law” 2001, nr 14

Katyń – zbrodnia na polskich jeńcach wojennych

Katyn – a crime against Polish prisoners of war

S T R E S Z C Z E N I E

W 1940 r. NKWD rozstrzelało nie mniej niż 21 768 polskich oficerów przetrzymywanych w obozach w Kozielsku, Starobielsku i Ostaszkowie. Ciała pomordowanych złożono w masowych grobach. W kwietniu 1943 r. dokonano ekshumacji ciał ujawnionych w lesie w pobliżu Katynia. Z przyczyn politycznych zbrodnia ta nigdy nie została osądzona, sprawcy nie ponieśli odpowiedzialności prawnej. W czasie procesu przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze Związek Radziecki oskarżył o jej dokonanie żołnierzy niemieckich stacjonujących w okolicach Smoleńska, jednakże po przeprowadzonym postępowaniu Trybunał w wyroku nie odniósł się do kwestii zbrodni katyńskiej. Nie ma w literaturze przedmiotu jednolitego poglądu co do tego, jakiej zbrodni znamiona wyczerpało zachowanie sprawców – czy zbrodni ludobójstwa, czy zbrodni wojennych. Artykuł próbuje odpowiedzieć na pytanie, dlaczego polscy oficerowie internowani w obozach jenieckich zostali zgładzeni. Ocenie poddano motywację sprawców, czy obejmowała ona narodowość ofiar. Publikacja przedstawia zakres znaczeniowy grup podlegających ochronie w kontekście zbrodni ludobójstwa, prezentując orzecznictwo trybunałów międzynarodowych oraz reprezentantów doktryny.

Słowa kluczowe: ludobójstwo, zbrodnie wojenne, jeńcy wojenni, masowe groby

W kwietniu 2023 r. obchodzić będziemy 80. rocznicę ujawnienia zbrodni katyńskiej. Dokładnie 13 kwietnia 1943 r. władze niemieckie opublikowały komunikat o odkryciu masowych grobów w okolicach Smoleńska. Okoliczności związane z podaniem do wiadomości publicznej informacji o rozstrzelaniu polskich oficerów oraz reakcja mocarstw światowych ściśle związane były z manipulowaniem Polakami (raport ppłk. Johna van Vlieta, amerykańskiego jeńca wojennego przywiezionego przez Niemców do Katynia

¹ Dr Jarosław Duś – sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku.

w 1943 r., został utajony na lata w waszyngtońskim archiwum), niemniej jednak obecny stan wiedzy pozwala na niebudzące wątpliwości wskazanie sprawców tej zbrodni, nie tylko kierowniczych, ale w miarę dokładnie również wykonawców. Zabicie ponad 20 tysięcy przedstawicieli polskiej inteligencji nie zostało nigdy osądzone. Żaden ze sprawców nie został postawiony w stan oskarżenia. Obecnie, 83 lata od popełnienia zbrodni, uznać można, że żaden ze sprawców już nie żyje, a nawet gdyby udało się ustalić tożsamość jakiegoś stulatka mającego na rękach polską krew, to możliwość wymierzenia mu sprawiedliwości zależałaby od miejsca jego zamieszkania (wydaje się to możliwe w przypadku przebywania na terytorium Ukrainy, ujawnienie sprawcy w Rosji albo na Białorusi w dalszym ciągu gwarantowałoby jego bezkarność). W literaturze wyrażano natomiast różne zapatrywania co do podstaw odpowiedzialności karnej za zbrodnię katyńską², zachowanie sprawców kwalifikowano w kontekście wyczerpania znamion zbrodni wojennych albo ludobójstwa. W uzasadnieniu postanowienia o wszczęciu polskiego śledztwa katyńskiego z 30 listopada 2004 r. uznano, że masowe zabójstwa przez rozstrzelanie nie mniej niż 21 768 obywateli polskich stanowiły nie tylko „zbrodnię wojenną w ścisłym tego słowa znaczeniu, w rozumieniu art. VIb Karty (Statutu) Międzynarodowego Trybunału Wojskowego”, lecz także zbrodnię przeciwko ludzkości w jej najcięższej postaci – ludobójstwa, ponieważ motywem działania sprawców była likwidacja obywateli polskich z powodu ich przynależności narodowościowej, co miało „zapobiec w przyszłości odrodzeniu, w oparciu o ich potencjał intelektualny, polskiej państwowości”³.

17 września 1939 r. Związek Radziecki, w realizacji paktu Ribbentrop-Mołotow, bez wypowiedzenia wojny, wtargnął na terytorium Polski. W następstwie tego aktu agresji polscy oficerowie zostali internowani przez radzieckie władze okupacyjne. Trafili m.in. do obozów w Kozielsku, Ostaszkowie i Starobielsku. Tysiące z nich powołano w 1939 r. z rezerwy. Jako cywile byli prawnikami, lekarzami, nauczycielami, profesorami uniwersytetów, artystami – „umysłem i sercem Polski”⁴. W obozach przetrzymywani byli do wiosny 1940 roku. 5 marca 1940 r. Biuro Polityczne KC WKP (b) zaakceptowało zawarty w tajnym piśmie nr 794/B wniosek Ł. Berii (Ludowego Komisarza Spraw Wewnętrznych ZSRR) o rozstrzelanie oficerów Wojska Polskiego i funkcjonariuszy Policji Państwowej więzionych w wymienionych obozach oraz polskich więźniów przetrzymywanych przez NKWD na terenie przedwojennych wschodnich polskich województw. Ł. Beria argumentował, że „w obozach NKWD dla jeńców wo-

² W. Kulesza, *Katyń jest ludobójstwem!*, „Rzeczpospolita”, <www.rp.pl> [dostęp: 15.01.2023]; K. Wierczyńska, *Katyń – zbrodnia wojenna czy ludobójstwo?*, <www.katyn.eu> [dostęp: 28.01.2023].

³ *Zbrodnia Katyńska, polskie śledztwo*, „Zeszyty Katyńskie” 2005, nr 20, s. 10.

⁴ J. Zawodny, *Katyń*, Paryż 1989, s. 72.

jennych i w więzieniach zachodnich obwodów Ukrainy i Białorusi w chwili obecnej przetrzymywana jest wielka liczba byłych oficerów armii polskiej, byłych pracowników polskiej policji i organów wywiadu, członków polskich nacjonalistycznych, kontrrewolucyjnych partii, członków ujawnionych kontrrewolucyjnych organizacji powstańczych, uciekinierów i innych. Wszyscy oni są zawziętymi wrogami władzy radzieckiej, pełnymi nienawiści do ustroju radzieckiego [...] próbują kontynuować działalność kontrrewolucyjną, prowadzą agitację antyradziecką. Każdy z nich oczekuje oswobodzenia, by uzyskać możliwość aktywnego włączenia się w walkę przeciwko władzy radzieckiej [...] w obozach dla jeńców wojennych przetrzymywanych jest ogółem (nie licząc szeregowców i kadry podoficerskiej) – 14 736 byłych oficerów, urzędników, obszarników, policjantów, żandarmów, służby więziennej, osadników i agentów – według narodowości ponad 97% Polaków”⁵. Szef NKWD domagał się, by wszystkie sprawy internowanych jeńców rozpatrywać w trybie specjalnym, bez przedstawiania zarzutów, bez zwywania osadzonych, bez decyzji o zakończeniu śledztwa i bez sporządzania aktu oskarżenia, z zastosowaniem wobec nich najwyższego wymiaru kary – rozstrzelania. Radziecki kodeks postępowania karnego miał być niestosowany. Wniosek zatwierdzili J. Stalin (Sekretarz Generalny KC KPZR), K. Woroszyłow (Ludowy Komisarz Obrony ZSRR), W. Mołotow (Ludowy Komisarz Spraw Zagranicznych ZSRR) i A. Mikojan (Wiceprzewodniczący Rady Ministrów ZSRR). Na marginesie dokumentu nakreślono odręcznie zapisek o treści „Kalinin – za, Kaganowicz – za”⁶. 3 kwietnia 1940 r. przystąpiono do przewożenia jeńców z obozu w Kozielsku. W lesie w okolicach Katynia zamordowano ich strzałami w tył głowy. 5 kwietnia 1940 r. rozpoczęto wywozić jeńców z obozów w Ostaszkowie i Starobielsku. Ich los był taki sam jak więźniów Kozielska, ginęli od strzału w tył głowy. Zwłoki ofiar pogrzebano w dołach śmierci w Katyniu, Miednoje, Charkowie-Piatichatkach.

13 kwietnia 1943 r. niemieckie radio poinformowało, że w lesie katyńskim w pobliżu Smoleńska odkryto zbiorowe groby dziesięciu tysięcy polskich oficerów⁷. Od 1943 r. Sowietnicy uparcie zaprzeczali swojemu sprawstwu, od początku jako winnych mordy polskich oficerów wskazywali Niemców. Wspomagani byli w tej manipulacji przez ówczesnych sojuszników, USA i Wielką Brytanię. Zbrodnia katyńska dopiero w latach powojennych posłużyła USA jako środek do walki propagandowej z ZSRR. Niestety każde zwycięskie mocarstwo w zależności od sytuacji politycznej syciło się polską krwią wypływającą z katyńskiej rany. W 1943 r. przeprowadzono eks-

⁵ A. Paul, *Katyń*, Warszawa 2006, s. 377 i n.

⁶ *Ibidem*.

⁷ W. Abarinow, *Oprawcy z Katynia*, Kraków 2007, s. 23.

humacje, które szczegółowo udokumentowano. Być może przeczuwając, że w przewidywanym procesie przed międzynarodowym trybunałem wojennym przywódcy III Rzeszy zostaną oskarżeni o dopuszczenie się mordu w lesie katyńskim, Joseph Goebbels spowodował decyzję władz niemieckich o nadzwyczaj pieczołowitym zabezpieczeniu materiału dowodowego ujawnionego podczas ekshumacji. Postanowiono również przewieźć go na Zachód, albowiem był jedynym świadectwem wskazującym na faktycznych sprawców⁸. Jak wskazuje J. Zawodny, „władze niemieckie pilnie ich strzegły, a zarówno polskie podziemie, jak i sowiecka służba bezpieczeństwa planowały ich wykradzenie. Osobiste rzeczy pomordowanych wypełniały dziewięć olbrzymich drewnianych skrzyń. Niemcy zezwolili polskim specjalistom medycyny sądowej i kryminologii na zbadanie tych danych. Mając ustalić ich pochodzenie i autentyczność, czy to przez porównanie ich z innymi dokumentami tego typu, czy przez skontaktowanie się z rodzinami, bądź też w inny sposób. Niemcy najwyraźniej wyczuwali, że będzie to dodatkowy atut, mimo iż rząd sowiecki utrzymywał, że wszystkie dokumenty zostały sfalszowane”⁹. Dokumenty zostały dostarczone do Instytutu Medycyny Sądowej w Krakowie. Zespół pod kierownictwem dr. Jana Robla dokonał systematycznych i dokładnych badań zebranych w miejscu zbrodni dowodów, w tym listów i pamiętników. Lekturą co ważniejszych tekstów zajmował się osobiście sekretarz generalny Polskiego Czerwonego Krzyża¹⁰. Przy ofiarach odnaleziono 22 ręcznie napisane dzienniki. Wszystkie one kończyły się w kwietniu – maju 1940 r., a niektóre fragmenty sprawiały wrażenie, że zostały napisane na kilka minut przed egzekucją. Wiele z podanych oględzinom dokumentów powielono i sfotografowano¹¹. W momencie gdy Armia Czerwona nadciągała do Krakowa, szef niemieckiej policji wydał kierownikowi Instytutu Medycyny Sądowej w Krakowie dr. W. Beckowi polecenie zniszczenia wszystkich dokumentów, by nie dopuścić do ich przejęcia przez żołnierzy radzieckich. Dr W. Beck początkowo próbował ukryć dowody w prywatnych domach w Krakowie, jednak odór był tak silny, że mieszkańcy nie mogli go znieść i je oddali. Zdecydowano wówczas o przewiezieniu materiałów do Niemiec. Dokumenty umieszczono w 14 skrzyniach, które załadowano na 2 samochody ciężarowe, transport następnie wysłano do Wrocławia. J. Zawodny przytacza, że „skrzynie [...] zostały złożone na parterze wrocławskiego uniwersytetu. Mógł je tam zlokalizować nawet ślepiec, wystarczyło bowiem pociągnąć nosem. W czasie walk o miasto przybył oddział SS, zabrał skrzynie i dr. Becka, który

⁸ J. Zawodny, *Katyń*, op. cit., s. 57.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ K. Skarżyński, *Katyń i Polski Czerwony Krzyż*, „Kultura” 1955, nr 5/91, s. 140.

¹¹ J. Zawodny, *Katyń*, op. cit., s. 57–58.

wciąż ich pilnował – i udał się na zachód w kierunku centralnej części Niemiec. Z Wrocławia dokumenty przetransportowano do Berlina, a następnie ciężarówka z dokumentami dojechała do miasta Radebeul, między Dreznem a Miśnią¹². Dr W. Beck ulokował skrzynie zawierające materiał dowodowy zabezpieczony z ekshumacji u zawiadowcy dworca kolejowego w Radebeul z poleceniem ich spalenia w przypadku zbliżania się Armii Czerwonej do miasta. Sowietci nie weszli w posiadanie ww. dokumentów, istotnie zostały one w ostatniej chwili spalone¹³, tym samym utracone bezpowrotnie.

Od 26 czerwca do 8 sierpnia 1945 r. odbyła się w Londynie konferencja specjalna zwyciężskich mocarstw, której celem było wypracowanie porozumienia w sprawie procedur ścigania i osądzenia głównych zbrodniarzy wojennych w Europie. W rezultacie przyjęto Porozumienie i Kartę Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, które stanowiły podstawy prawne procesu norymberskiego. Konferencję zwołały rządy USA, ZSRR, Wielkiej Brytanii i Francji. Państwa te podzieliły między siebie zadania procesu: USA miały sądzić winnych za prowadzenie wojny, ZSRR za zbrodnie przeciwko ludzkości popełnione na Wschodzie, zaś Wielka Brytania za pogwałcenie traktatów oraz za zbrodnie popełnione na wodach eksterytorialnych. Od listopada 1945 r. do października 1946 r. w Norymberdze odbył się proces przeciwko 22 głównym przywódcom III Rzeszy¹⁴. Akt oskarżenia obejmował rozstrzelanie w okolicach Katynia polskich oficerów przez żołnierzy niemieckich. Oskarżenie Niemców za zbrodnię katyńską oparto na dwóch twierdzeniach: po pierwsze, że polscy jeńcy wojenni pracowali od wiosny do lipca 1941 r. w radzieckich obozach pracy na terenie i w pobliżu Smoleńska, a następnie zostali przejęci przez armię niemiecką, i po drugie, że żołnierze niemieccy rozstrzelali jeńców późnym latem 1941 r. i pogrzebali ich w masowych grobach¹⁵. Publiczne odczytanie aktu oskarżenia miało miejsce 18 października 1945 r. Rozdział „C” aktu oskarżenia opatrzone był tytułem „Mordy i znęcanie się nad jeńcami wojennymi i członkami sił zbrojnych państw, z którymi Niemcy znajdowali się w stanie wojny”. 8 lutego 1946 r. gen. R. Rudenko (główny prokurator radziecki w procesie norymberskim) oskarżył Niemców o eksterminację Polaków, na co H. Goering (wicekanclerz III rzeszy) zdjął słuchawki, a na pytanie sądu, dlaczego to zrobił, udzielił odpowiedzi: „Nie sądziłem, że będą na tyle bezczelni, aby wspomnieć o Polsce”¹⁶.

¹² *Ibidem*, s. 59.

¹³ *Ibidem*, s. 60.

¹⁴ J. Tyszkiewicz, E. Czapiewski, *Historia Powszechna, wiek XX*, Warszawa 2012, s. 508.

¹⁵ J. Zawodny, *op. cit.*, s. 73.

¹⁶ *Ibidem*, s. 61.

Zgodnie z art. XXI Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego Trybunał nie będzie żądał dowodu na fakty powszechnie znane, ale będzie je brał pod sędziowską rozwagę. Będzie również brał pod rozwagę oficjalne dokumenty rządowe i sprawozdania Narodów Zjednoczonych, włączając w to akta i dokumenty komitetów utworzonych w różnych krajach sojusznicznych dla badania zbrodni wojennych, jak również protokoły i ustalenia osiągnięte przez wojskowe i inne trybunały każdego z Narodów Zjednoczonych. Przepis ten pozwolił delegacji radzieckiej na próbę wprowadzenia do procesu raportu Burdenki¹⁷, jednakże sędziowie nie wyrazili na to zgody.

Z wniosku oskarżenia przesłuchani zostali w charakterze świadków dr W. Prozorowski, który wykonywał sekcje zwłok w czasie prac komisji Burdenki, prof. B. Bazylewski, który zeznał, że słyszał od mieszkańców Katynia, „jakoby Polacy zostali zlikwidowani przez wojska niemieckie. Trzeci świadek, dr Markov, wywołał prawdziwą sensację. Jako członek komisji międzynarodowej powołanej przez władze niemieckie podpisał raport orzekający o winie rządu sowieckiego. Teraz przybywał, aby świadczyć na jego korzyść. Dr. Markova sprowadzono z rodzinnej Bułgarii okupowanej już przez wojska sowieckie [...] Dr Markov zupełnie zmienił swą poprzednią opinię. Nie tylko zakwestionował fachowość i wyniki dochodzenia komisji międzynarodowej, której był członkiem, ale stwierdził również, że wszyscy partycypujący w jej pracach podpisali raport pod presją niemiecką. Jediną rzeczą, jaka nosiła znamiona badania naukowego, była sekcja zwłok”¹⁸. W 1946 r. radziecki prokurator płk J. Pokrowski, występując przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym, powiedział: „My stwierdziliśmy, w akcie oskarżenia, że jednym z najważniejszych aktów przestępczych, za które odpowiedzialni są główni przestępcy wojenni, była masowa egzekucja polskich jeńców wojennych rozstrzelanych w lesie katyńskim w pobliżu Smoleńska przez niemieckich faszystowskich najeźdźców [...] była to „fizyczna eksterminacja narodów słowiańskich”¹⁹. Wedle radzieckiego oskarżenia rozstrzelania polskich jeńców dokonano pod dowództwem płk. F. Ahrensa, który „przez tydzień składał zeznania zasypywany pytaniami przez sowieckich oskarżycieli. Nie był on dowódcą jednostki w czasie dokonywania masakry, jak napisano w Sprawozdaniu sowieckim. Nie był nawet w czasie, który prokurator sowiecki wskazał jako czas morderstwa. Wobec tego oskarżenie sowieckie obrało inną linię

¹⁷ Raport Burdenki – opublikowany 26 stycznia 1944 r., wskazujący winę Niemców, zawierający fałszywe dane na temat liczby ofiar zbrodni, tj. 11 000.

¹⁸ J. Zawodny, *op. cit.*, s. 62.

¹⁹ *Trial of The Major War Criminals International Military Tribunal Official Text*, Norymberga 1947, t. 7, s. 425.

– winnym stał się poprzednik Ahrensa²⁰. Zeznał on, że w 1943 r. ujawniono masowe mogiły, zrelacjonował rozmowę z rosyjskim małżeństwem, które na skraju lasu hodowało pszczoły i podało, że wiosną 1940 r. widzieli przybycie Polaków, a potem słyszeli dobiegające z lasu krzyki oraz strzały²¹. Inny świadek obrony, R. von Eichborn, wyjawiał, że wszystkie depeche z Berlina przechodziły przez jego biurko i w żadnej nie było informacji o polskich jeńcach po wkroczeniu w okolice Smoleńska²². Po zakończeniu przesłuchań świadców adwokat O. Stahmer (obrońca H. Goeringa) przedstawił pięćdziesięciostronicowy dokument polskiego rządu emigracyjnego o zbrodni katyńskiej, którego anglojęzyczną wersję otrzymał od polskiego oficera, który na polecenie gen. W. Andersa przybył do Norymbergii. Dokument opierał się na raporcie sporządzonym w 1943 r. przez sekretarza Polskiego Czerwonego Krzyża – Kazimierza Skarżyńskiego. Prokurator R. Rudenko podjął próbę zdeprecjonowania dokumentacji, określając ją jako „faszystowski pamflet”, w konsekwencji czego domagał się jej konfiskaty przez sąd. Sędziowie włączyli jednak dokument do akt sprawy²³. Obrona oskarżonych skutecznie podważyła wartość dowodów przedstawionych przez oskarżenie. W szczególności wersji przedstawionej przez prokuratorów radzieckich przeczyły takie fakty, jak to, że po otwarciu grobów nie natknięto się w nich na owady. Gdyby bowiem zbrodnia popełniona została późnym latem, wówczas nieunikniona byłaby obecność martwych owadów w grobach. Ponadto doskonały stan obuwia jeńców, na których nie było widać śladów znoszenia, wykluczał, by przez kilka miesięcy pracowali oni przy budowie dróg i zostali zabici późnym latem 1941 r. Interesującą okoliczność wskazuje J. Zawodny, pisząc, że „członkowie komisji wskazywali dane zwłoki, które były następnie wyjmowane z grobu i kładzione na stole, gdzie od razu przeprowadzano sekcję. Wyklucza to, sugerowaną przez sowietów, wersję o podrzuceniu przez Niemców sfabrykowanych dokumentów. Inny problem, jakim cudem wiosną 1943 r. Niemcy mieliby wiedzieć, jakie gazety były rozprowadzane w Kozielsku wiosną 1940 r.”²⁴

O. Stahmer w mowie końcowej skupił się na punkcie oskarżenia dotyczącym zbrodni katyńskiej. Podkreślił, że płk F. Ahrens nie mógł prowadzić egzekucji, bo późnym latem 1941 r. nie był jeszcze na froncie wschodnim. Ponadto zimowa odzież, w którą ubrani byli zamordowani, co po-

²⁰ J. Zawodny, *op. cit.*, s. 64.

²¹ T. Urban, *Katyń, zbrodnia i walka propagandowa wielkich mocarstw*, Warszawa 2019, s. 495.

²² *Ibidem*, s. 497.

²³ *Ibidem*, s. 500.

²⁴ J. Zawodny, *op. cit.*, s. 77.

twierdził W. Markov jako świadek oskarżenia, implikuje wniosek, że nie mogli oni zostać rozstrzelani latem²⁵.

30 września i 1 października 1946 r. ogłoszono wyrok Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, w którym kwestię odpowiedzialności za zbrodnię katyńską pominięto, jak gdyby nie była ona w ogóle objęta aktem oskarżenia. W żadnej cywilizowanej procedurze nie przewidziano możliwości pozostawienia oskarżenia bez rozpoznania. Po przeprowadzonym procesie, po zapoznaniu się z materiałem dowodowym, sąd orzeka o winie, może w zależności od dowodów uznać oskarżonego za winnego popełnienia zarzuconych mu czynów albo go uniewinnić. Międzynarodowy Trybunał Wojskowy doszedł do przekonania, że dowody nie potwierdzają supozycji aktu oskarżenia i przestał dostrzegać problem. To nie radzieccy prokuratorzy przegrali batalię o Katyń w Norymberdze, przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym przegrała sprawiedliwość, zaś proces, który dla wielu stanowi po dziś dzień wzorzec rozliczania zbrodni prawa międzynarodowego, odślania wadliwość procedowania. Czy wyrok taki może być szanowany? Traktowany poważnie? Czy nie jest jednoznacznym dowodem, że sędziowie w nim zasiadający ulegali naciskom, orzekali wedle potrzeb politycznych. Z pewnością ustalenie winnych zabójstwa polskich jeńców i przeprowadzenie osobnego śledztwa nie należało do kompetencji tego trybunału, niemniej jednak ciążył na nim obowiązek odniesienia się do każdego punktu aktu oskarżenia.

W 1952 r. sędzia R. Jackson (główny oskarżyciel USA na procesie przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym) ujawnił: „nie mogliśmy na międzynarodowym procesie podjąć się trudnego zadania oddzielenia prawdy od fałszu. Podał cztery argumenty na poparcie tej tezy:

- nie wydaje się, aby możliwe było udokumentowanie czy też solidne potwierdzenie odpowiedzialności za masakrę;
- nie wiedzieliśmy o istnieniu żadnych wiarygodnych świadków mogących udzielić ustnych informacji pomocnych w ustaleniu tożsamości sprawców;
- nie musieliśmy udowodniać odpowiedzialności nazistów za mord w Katyniu, aby stwierdzić, iż reżim nazistowski, jak i poszczególni oskarżeni byli winni spisku i planu eksterminacji wielkiej liczby Polaków;
- ciążyła na nas niezwykle silna presja kontynuowania procesu”²⁶.

W. Churchill zanotował w swoim dzienniku, iż rządy zwycięskich mocarstw rozstrzygnęły, że „sprawa ta powinna być pominięta i zbrodnia katyńska nigdy nie została dokładnie zbadana”²⁷.

²⁵ T. Urban, *op. cit.*, s. 502.

²⁶ J. Zawodny, *op. cit.*, s. 66–67.

²⁷ J. Zawodny, *op. cit.*, s. 67.

Bezspornym jednak dorobkiem Międzynarodowego Trybunału Wojskowego są zasady norymberskie, które współcześnie mają status prawa zwyczajowego. Przewidują one, że:

- a) każdy, kto dopuszcza się czynu, który stanowi zbrodnię prawa międzynarodowego, jest odpowiedzialny za swoje zachowanie i podlega karze;
- b) nie zwalnia z odpowiedzialności pełnienie obowiązków głowy państwa lub urzędnika publicznego;
- c) nie zwalnia z odpowiedzialności wykonanie rozkazu;
- d) nie zwalnia z odpowiedzialności okoliczność, że dany czyn stanowiący zbrodnię prawa międzynarodowego nie jest karalny w świetle prawa krajowego;
- e) każdemu gwarantuje się sprawiedliwy proces.

Pojęcia ludobójstwa po raz pierwszy użyto w akcie oskarżenia przed ww. trybunałem. Za autora tego terminu uważa się polskiego prawnika R. Lemkina, który posłużył się tym słowem w opublikowanej w 1944 r. książce i rozumiał je jako „zniszczenie narodu lub grupy etnicznej”²⁸.

W rozumieniu Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa przyjętej 9 grudnia 1948 r. zbrodnia ta może być popełniona w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup rasowych, narodowych, etnicznych lub religijnych. Po pół wieku społeczność międzynarodowa w Statucie Rzymskim uznała, że ochrona przed ludobójstwem pozostaje ograniczona do grup rasowych, narodowych, etnicznych i religijnych. Doświadczenia konfliktu zbrojnego na Bałkanach oraz ludobójstwa w Rwandzie, które miały miejsce kilka lat wcześniej, nie doprowadziły do poszerzenia ochrony prawa międzynarodowego na inne grupy. Odmienne kwestię tę rozwiązał polski Kodeks karny, który statuuje w art. 118 § 1 odpowiedzialność karną za wyniszczenie w całości albo w części grupy narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub grupy o określonym światopoglądzie.

Zgodnie z poglądem B. Harffa i T.R. Gurra ludobójstwo i czystki polityczne polegają na propagowaniu oraz realizowaniu przez państwo i jego przedstawicieli polityk, które skutkują śmiercią istotnej części grupy. Różnica pomiędzy ludobójstwem a czystką polityczną na szeroką skalę polega na szczególnej właściwości charakteryzującej członków grupy, poprzez którą są oni identyfikowani przez sprawcę. W przypadku ludobójstwa ofiary są dobierane przeważnie ze względu na wspólne cechy takie jak na przykład przynależność do grupy narodowej, etnicznej czy wyznawaną religię. W przypadku czystek politycznych pokrzywdzony definiowany jest

²⁸ R. Lemkin, *Rządy państw Osi w okupowanej Europie*, Warszawa 2014, s. 110.

ze względu na jego pozycję w hierarchii albo na jego polityczną opozycję w stosunku do panującego systemu i panującej grupy²⁹.

W 1994 r. I.W. Charny nazwał ludobójstwo zabijaniem „na szeroką skalę znaczącej liczby istot ludzkich, z wyłączeniem działań wojennych przeciwko siłom zbrojnym zdeklarowanych wrogów, w warunkach zasadniczej bezbronności i bezradności ofiar”³⁰.

Również trybunały międzynarodowe uściśliły znaczenie pojęcia ludobójstwa, w szczególności odnosząc się do rozumienia poszczególnych grup objętych ochroną konwencyjną.

W kontekście zbrodni katyńskiej doniosła jest kwestia, czy można uznać działanie sprawców za ukierunkowane na zniszczenie grupy narodowej. Grupą narodową określa się wspólnotę, której tożsamość wyrasta z przynależności do uznanego narodu albo państwa. Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy stwierdził, że grupa narodowa to zbiorowość ludzi, która poczuwa się do więzi opartej na wspólnym obywatelstwie, powiązanej wzajemnymi prawami i zobowiązaniami³¹.

R. Lemkin pisał „świat reprezentuje tylko tyle kultury i intelektualnego wigoru, ile wykreują wchodzące w jego skład grupy narodowe. W swej istocie idea narodu oznacza konstruktywną współpracę i oryginalny wkład, wynikające z autentycznych tradycji, autentycznej kultury i dobrze rozwiniętego charakteru narodowego. Konsekwencją zniszczenia narodu jest utrata jego przyszłego wkładu w rozwój świata. Ponadto takie unicestwienie obraża nasze poczucie moralności i sprawiedliwości w taki sam sposób, jak czyni to przestępstwo zabicia pojedynczego człowieka: morderstwo jest zbrodnią zarówno w jednym, jak i w drugim wypadku, choć na znacznie większą skalę. Wśród zasadniczych czynników, które wyznaczyły postęp cywilizacyjny, znajdują się szacunek oraz uznanie narodowych odrębności i właściwości wnoszonych do kultury światowej przez różne narody – cech i właściwości, które [...] stanowią wkład państw słabych militarnie”³².

K. Wierczyńska definiuje grupę narodową jako zbiór jednostek, które identyfikują się poprzez wspólne państwo pochodzenia i w żaden sposób nie należy pojęcia tego identyfikować z obywatelstwem³³.

Wśród ofiar zbrodni katyńskiej, w przeważającej części narodowości polskiej, znajdowały się również osoby narodowości żydowskiej, ukraiń-

²⁹ B. Harff, T.R. Gurr, *Toward empirical theory of genocides and politicides: Identification and Measurement of Cases Since 1945*, „International Studies Quarterly” 1988, vol. 32, no. 3, s. 359–371.

³⁰ D. Drózd, *Zbrodnia ludobójstwa w międzynarodowym prawie karnym*, Warszawa 2010, s. 131–132.

³¹ ICTR-96-4, J.P. Akayesu <unictr.unmict.org/en/cases/ictr-96-4> [dostęp: 16.01.2023].

³² R. Lemkin, *op. cit.*, s. 121–122.

³³ K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów ad hoc*, Warszawa 2010, s. 43.

skiej i białoruskiej. W. Kulesza zauważa, że w dokumentach sowieckich nie wymieniono ich odrębnie, wszystkich jeńców potraktowano jako „obywatele byłego państwa polskiego”. Według tego autora podlegali oni eksterminacji jako Polacy, na co wskazywać ma zamiar sprawców sprowadzający się do uniemożliwienia odrodzenia się w przyszłości całej polskiej grupy narodowej, jako zagrażającej radzieckiej władzy okupującej ziemie polskie, których obywatelami byli członkowie tej grupy³⁴.

Uwzględniając przeprowadzone w 1940 r. deportacje Polaków w głąb Związku Radzieckiego, należy stwierdzić, że polityka J. Stalina nosiła niewątpliwie znamiona eksterminacji pewnej części Polaków, ale nie może być oceniana jako wymierzona w grupę narodową polską, tylko w obywateli II RP, zaś zabójstwa i uwięzienia służyć miały również wytworzeniu uległości u pozostałych, co ukierunkowane było na cele polityczne. Zamiar zniszczenia dotyczył wyodrębnionej grupy politycznej czy też o określonym światopoglądzie. Sprawcy zakwalifikowali do niej w oparciu o oceny polityczne osoby, które w ich przekonaniu stałyby na przeszkodzie wprowadzania rządów sowieckich w Polsce. Kryterium to można nawet sprowadzić do „testu patriotyzmu”. Ci, którzy wyrzekli się niepodległej Polski czy sprawiali takie wrażenie, wolni byli od eksterminacyjnych działań. Represje były skierowane wobec osób kojarzonych z II RP, przeważnie w przedstawicieli jej elit. Była to zatem grupa polityczna, do której należeli przedstawiciele różnych narodów (Polacy, Żydzi, Ukraińcy, Białorusini) oraz wyznawcy różnych religii (katolicy, grekokatolicy, prawosławni, protestanci, wyznawcy judaizmu). Powody uwolnienia 3% jeńców nie w każdym przypadku zostały poznane, niemniej jednak Z. Berling twierdził, że to zadeklarowaniu w przeprowadzonej w obozie starobielskim ankiecie chęci pozostania w ZSRR zawdzięczał swe dalsze życie. Wśród ocalałych znalazła się grupa około 100 internowanych, którzy sympatyzowali z ZSRR bądź też złamali się podczas przesłuchań, wskutek czego zadeklarowali współpracę agenturalną ze służbami radzieckimi.

Masowe zabójstwa polskich jeńców wojennych w 1940 r. bez wątpienia kwalifikować należy jako zbrodnie wojenne, zachowanie sprawców nie było bowiem skierowane przeciwko grupie narodowej, ich celem było unicestwienie niepodległego państwa polskiego, które do 1939 r. tworzyli nie tylko Polacy, ale również Żydzi, Ukraińcy, Białorusini, Niemcy. Zabijano elity państwa, w dużej mierze narodu polskiego, niemniej jednak wśród ofiar znaleźli się przedstawiciele mniejszości narodowych, co świadczyć musi o tym, że celem sprawców było zniszczenie polskości nieograniczającej się do narodowości, ale obejmującej istotę niepodległego państwa.

³⁴ W. Kulesza, *Zbrodnia Katyńska jako akt ludobójstwa (geneza pojęcia)*, s. 56, <www.ipn.gov.pl> [dostęp: 29.01.2023].

Polscy jeńcy nie zostali zamordowani dlatego, że byli Polakami, oddali życie przez to, że byli polskimi patriotami, którzy nie wyrzekli się niepodległej ojczyzny.



A B S T R A C T

In 1940, the NKVD executed no less than 21,768 Polish officers held in camps in Kozielsk, Starobielsk and Ostashkov. The bodies of the murdered were laid in mass graves. In April 1943, the bodies discovered in the forest near Katyn were exhumed. For political reasons, this crime was never tried, the perpetrators were not held legally responsible. During the trial before the International Military Tribunal in Nuremberg, the Soviet Union accused German soldiers stationed in the vicinity of Smolensk of committing it, however, after the proceedings, the Tribunal did not refer to the issue of the Katyn Massacre in its verdict. There is no uniform view in the law literature as to what crime the perpetrators' behavior has exhausted, or the crime of genocide or war crimes. The article tries to answer the question why Polish officers interned in prisoner-of-war camps were exterminated. The motivation of the perpetrators was assessed, whether it included the nationality of the victims. The publication presents the scope of meaning of groups subject to protection in the context of the crime of genocide, presenting the jurisprudence of international tribunals and representatives of doctrine.

Keywords: genocide, war crimes, prisoners of war, mass graves

Bibliografia

- Abarinow W., *Oprawcy z Katynia*, Kraków 2007
- Drózdź D., *Zbrodnia ludobójstwa w międzynarodowym prawie karnym*, Warszawa 2010
- Harff B., Gurr T.R., *Toward empirical theory of genocides and politicides: Identification and Measurement of Cases Since 1945*, „International Studies Quarterly” 1988, vol. 32, no. 3
- Kulesza W., *Katyń jest ludobójstwem!*, „Rzeczpospolita” <www.rp.pl>
- Kulesza W., *Zbrodnia Katyńska jako akt ludobójstwa (geneza pojęcia)*, <www.ipn.gov.pl>
- Lemkin R., *Rządy państw Osi w okupowanej Europie*, Warszawa 2014
- Paul A., *Katyń*, Warszawa 2006
- Skarżyński K., *Katyń i Polski Czerwony Krzyż*, „Kultura” 1955, nr 5/91
- Trial of The Major War Criminals International Military Tribunal Official Text, t. 7, Norymberga 1947
- Tyszkiewicz J., Czapiewski E., *Historia Powszechna, wiek XX*, Warszawa 2012
- Urban T., *Katyń, zbrodnia i walka propagandowa wielkich mocarstw*, Warszawa 2019
- Wierczyńska K., *Katyń – zbrodnia wojenna czy ludobójstwo?*, <www.katyn.eu>
- Wierczyńska K., *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów ad hoc*, Warszawa 2010
- Zawodny J., *Katyń*, Paryż 1989
- Zbrodnia Katyńska, polskie śledztwo*, „Zeszyty Katyńskie” 2005, nr 20

*Stwierdzenie bezprawnego utrudniania
przez skazanego wykonania kary
pozbawienia wolności*

*Pronouncing unlawful obstruction of
a custodial sentence execution by the
convicted person*

S T R E S Z C Z E N I E

Przedmiotem opracowania jest ocena wprowadzonego nowelą do kodeksu karnego wykonawczego z 5 sierpnia 2022 r. przepisu art. 14b k.k.w., regulującego instytucję prawną dotychczas nieznaną w polskim porządku prawnym, jaką jest stwierdzenie przez sąd bezprawnego utrudniania wykonania kary pozbawienia wolności w postępowaniu karnym wykonawczym (art. 14b k.k.w.). Analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, że nie budzi on wątpliwości interpretacyjnych, które – *de lege ferenda* – uzasadniałyby konieczność jego korekty.

Słowa kluczowe: bezprawne utrudnianie wykonania kary pozbawienia wolności, niestawiennictwo skazanego do jednostki penitencjarnej, odbywanie/wykonywanie kary pozbawienia wolności, wprowadzenie do wykonania kary, zasada bezzwłocznego wszczęcia postępowania wykonawczego

I. Wprowadzenie

Wyrażona w przepisie art. 9 § 1 k.k.w. reguła bezzwłocznego wszczęcia postępowania wykonawczego, gdy orzeczenie stało się wykonalne, nabiera szczególnego znaczenia w przypadku konieczności wykonania kary izolacyjnej.

Obserwacje własne autora oraz wyniki badania praktyki sądowej, przeprowadzonego przez autora opracowania², uprawniają do twierdzenia, że skazani dosyć niechętnie zgłaszają się do jednostek penitencjarnych, nie ponosząc z tego tytułu praktycznie żadnych konsekwencji prawnych, albowiem – *de lege lata* – niestawiennictwo do odbycia kary nie jest penalizowane.

¹ Dr Jarosław Tekliński – prezes Sądu Okręgowego w Ostrołęce, wykładowca Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury. ORCID: 0000-0003-4118-0397.

² Szerzej na temat wyników badania danych statystycznych, dotyczących przyczyn nieosadzenia skazanych w jednostkach penitencjarnych, *vide* J. Tekliński, *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności w statystyce sądowej*, „Probacja” 2020, nr 4, a w szczególności s. 130–134.

Stwierdzenie bezprawnego utrudniania przez
skazanego wykonania kary pozbawienia wolności

Skalę tego zjawiska obrazują dane statystyczne zawarte w tabeli za lata 2012–2021.

Tabela 1³

Suma osób prawomocnie skazanych na pozbawienie wolności z wy- łączeniem kar zastępczych, nieosadzonych w jednostce penitencjarnej mimo upływu terminu sta- wiennictwa do odbycia kary – stan w ostatnim dniu okresu sprawozdaw- czego	Sądy Rejonowe										Sądy Okręgowe										
	Kx	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
l.p. *	64946	59737	53646	50144	50864	45884	43073	41969	41737	42237	2412	2503	2487	2587	2789	2541	2643	2703	2841	2879	
Niezgłoszenie się skaz. pomi- no wezwania lub jego niedo- prowadzenie do jednostki penitencjarnej ⁴	l.p.	11436	10983	10390	10034	10982	11738	11131	10797	11063	10436	238	291	232	324	279	312	260	289	278	243
		17,6	18,4	19,4	20,0	21,6	25,6	25,8	25,7	26,5	24,7	9,9	11,6	9,3	12,5	10,0	12,3	9,8	10,7	9,8	8,4

*l.p. – liczba bezwzględna.

³ Obliczenia własne.

⁴ Poczynając od statystyki za 2017 r., w wierszu tym wskazuje się również osoby, wobec których wydano zarządzenie o ustaleniu miejsca pobytu.

Przytoczone dane uprawniają do twierdzenia, że w przypadku sądów rejonowych liczba skazanych nieosadzonych w jednostkach penitencjarnych z omawianej przyczyny, poczynając od 2012 r., sukcesywnie rosła do roku 2018, w latach 2018–2019 kształtowała się na praktycznie jednakowym, bardzo wysokim poziomie, w 2020 r. wzrosła, by nieznacznie spaść w 2021 r. do poziomu poniżej tego, jaki odnotowano w latach 2017–2019. Jej fluktuacja nie wynika z większej niechęci skazanych do stawiennictwa w jednostkach penitencjarnych, ale z obserwowanej przez autora sukcesywnie postępującej niewydolności i zmniejszenia skuteczności Policji, związanych z jednej strony z odejściem ze służby doświadczonych policjantów, znających „środowisko”, z drugiej zaś z okresowymi brakami kadrowymi, z jakimi boryka się wspomniana formacja. Ostatni fakt znajduje potwierdzenie w danych statystycznych zawartych w poniższej tabeli⁵.

Tabela 2.
Stan zatrudnienia w polskiej Policji

Rok	Stan zatrudnienia	Przyjęcia do służby	Zwolnienia ze służby
31.12.2012	96 225	5150	6305
31.12.2013	97 697	5787	4333
31.12.2014	98 804	4073	2983
31.12.2015	98 843	3033	3007
31.12.2016	99 938	5092	3989
31.12.2017	98 771	4151	5364
31.12.2018	98 759	4518	4470
31.12.2019	98 820	4655	4567
31.12.2020	97 899	4 373	5 234
31.12.2021	100 557	6 684	4 053

Nieco inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku sądów okręgowych. Te częściej stosują tymczasowe aresztowanie w postępowaniu międzyinstancyjnym⁶, co ma przełożenie na skuteczność wprowadzania do wykonania bezwzględnych kar pozbawienia wolności.

Problematyka niestawiennictwa skazanych do jednostek penitencjarnych i związane z nią poszukiwanie środków przeciwdziałających temu zjawisku nie stanowią novum w polskiej polityce kryminalnej. Próba wprowadzenia do porządku prawnego przepisu penalizującego tego typu zachowania pojawiła się już w projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁷. W przepisie art. 1 pkt 136 projektu zaproponowano nowe brzmienie art. 242 k.k. o treści:

⁵ Tabela pochodzi ze strony <<https://policja.pl/pol/aktualnosci/212843,Rekordowy-stan-zatrudnienia-w-polskiej-Policji.html>> [dostęp: 08.12.2022].

⁶ Obserwacje własne autora.

⁷ Sejm V kadencji, druk nr 1756 z 2007 r., <http://orka.sejm.gov.pl/SOL.nsf/_poskomprocall?OpenAgent&5&1756>, zwany dalej projektem [dostęp: 18.12.2022].

„Art. 242. § 1. [...],

§ 2. Kto, korzystając z przerwy w odbywaniu kary, przepustki lub zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru, bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci w ciągu trzech dni po upływie wyznaczonego terminu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

§ 3. Tej samej karze podlega, kto bez usprawiedliwionej przyczyny nie stawi się do zakładu karnego lub aresztu śledczego do odbycia kary najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu”.

W uzasadnieniu do projektu wskazano, że kryminalizacja opisanego zachowania uzasadniona jest względami polityczno-kryminalnymi. Z jednej bowiem strony odnotowuje się dużą liczbę wypadków sabotowania przez skazanych powinności stawienia się do odbycia kary, skutkujących koniecznością prowadzenia niejednokrotnie czasochłonnnych i generujących dodatkowe koszty czynności, zmierzających do ustalenia miejsca pobytu skazanego i doprowadzenia go do jednostki penitencjarnej. Z drugiej strony uzasadnia ją potrzeba kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa (prewencja ogólna), związana z „celowością wzmocnienia respektu zarówno dla sądowych rozstrzygnięć, jak również organów państwa rozstrzygnięcia te wprowadzających w życie”. Zasadnie przy tym podkreślano fakt niespójności i będących tego następstwem nieracjonalnych konsekwencji obowiązujących regulacji prawnych w tym zakresie, zgodnie z którymi umyślne udaremnienie prawidłowego przebiegu wykonywania kary po rozpoczęciu jej odbywania przez skazanego (wskutek samouwolnienia lub niepowrótca do jednostki penitencjarnej) stanowi przestępstwo przewidziane w kodeksie karnym, podczas gdy umyślne zakłócenie rozpoczęcia procesu wykonywania kary, sprowadzające się do sabotowania obowiązku stawiennictwa w jednostce penitencjarnej, w płaszczyźnie prawa karnego pozostaje irrelevantne. Konkludując, wskazano, że penalizacja przewidziana w projektowanym zakresie zapewni „prewencyjne oddziaływanie prowadzące do zmniejszenia liczby takich zachowań, skutkując ponadto obniżeniem kosztów związanych z czynnościami podejmowanymi wobec osób niestawiających się w placówce penitencjarnej w zakreślonym przez właściwy organ terminie”⁸.

W podobnym kierunku zmierzała propozycja nowelizacji kodeksu karnego wysunięta przez Stowarzyszenie Sędziów Polskich „Iustitia” w 2010 r., zgodnie z którą przepisy § 2 i 3 art. 242 k.k. miałyby otrzymać brzmienie:

„§ 2. Kto, korzystając z zezwolenia na czasowe opuszczenie zakładu karnego lub aresztu śledczego bez dozoru, albo z przerwy w odbywaniu ka-

⁸ *Ibidem*, s. 119–120.

ry pozbawienia wolności, bez usprawiedliwionej przyczyny nie powróci najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

§ 3. Karze określonej w § 2 podlega także ten, kto będąc wezwany do stawienia się w zakładzie karnym lub areszcie śledczym w celu odbycia kary pozbawienia wolności, bez usprawiedliwionej przyczyny nie stawia się najpóźniej w ciągu 3 dni po upływie wyznaczonego terminu”.

W uzasadnieniu podniesiono, że „Podstawowym problemem powodującym trudności w postępowaniu wykonawczym przed sądami jest brak jakiegokolwiek sankcji za niestawienie się skazanego do odbycia kary pozbawienia wolności. Takie niestawienie się jest bezkarne i w praktyce przypadki, gdy skazani dobrowolnie stawiają się do odbycia kary, są tylko nieliczne. Zasadą jest niestawianie się skazanych, którzy po odmowie odroczenia wykonania kary (takie wnioski składają w zasadzie wszyscy) zaczynają się ukrywać, często uciekając za granicę, a mają dość czasu, aby się do tego przygotować. Zachęcają ich do tego obowiązujące przepisy, ponieważ skazani wiedzą, że niepowrót z ewentualnej przepustki czy przerwy w karze podlega karze, natomiast niestawienie się do odbycia kary jest bezkarne. Stan ten musi ulec zmianie w celu usprawnienia postępowania wykonawczego, albowiem skazany, wiedząc, że za ukrywanie się grozi mu dodatkowa kara, będzie miał motywację do stawienia się w terminie w zakładzie karnym. Propozycja takiej zmiany była już zgłaszana, była nawet zawarta w projekcie wcześniejszej ustawy, ale z niewiadomych względów od niej odstąpiono”⁹.

Powyższe postulaty częściowo uwzględniła obecna prawodawca, który przepisem art. 1 pkt 6 ustawy z 5 sierpnia 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw¹⁰ wprowadził do kodeksu karnego wykonawczego nowy przepis art. 14b, w brzmieniu:

„§ 1. Po otrzymaniu zawiadomienia o przystąpieniu do wykonania orzeczenia o karze pozbawieniu wolności sąd niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia, może wydać postanowienie stwierdzające, że skazany bezprawnie utrudniał wykonanie kary pozbawienia wolności, jeżeli w zamiarze utrudniania wykonania kary pozbawienia wolności uciekł lub ukrywał się lub podjął działania w celu ucieczki lub ukrycia się.

§ 2. Na postanowienie w przedmiocie stwierdzenia bezprawnego utrudniania przez skazanego wykonania kary pozbawienia wolności przysługuje zażalenie.

⁹ <<https://www.iustitia.pl/dzialalnosc/91-zespoly-problemowe/524-projekt-zmian-kodeksu-karnego-opracowany-przez-iustitie>> [dostęp: 19.12.2022].

¹⁰ Dz.U. 2022 poz. 1855, zwana dalej ustawą nowelizującą.

§ 3. Zażalenie, o którym mowa w § 2, podlega rozpoznaniu w terminie 7 dni od daty wpływu do sądu wyższej instancji.

§ 4. Odpis prawomocnego postanowienia stwierdzającego, że skazany bezprawnie utrudniał wykonanie kary pozbawienia wolności, doręcza się dyrektorowi zakładu karnego”.

Komentowana regulacja, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 37 ustawy nowelizującej, weszła w życie z dniem 1 stycznia 2023 r.

W uzasadnieniu do noweli kodeksu karnego wykonawczego wskazano, że wprowadzenie omawianego przepisu wraz z przepisem art. 14a k.k.w. – regulującym zasady wystawienia listu gończego w postępowaniu wykonawczym, i korektą przepisu art. 79 k.k.w., regulującego zasady stawiennictwa skazanego do jednostki penitencjarnej oraz przepisów art. 78 § 2 k.k. i art. 79 § 1 k.k. regulujących przesłanki formalne warunkowego przedterminowego zwolnienia – ma służyć realizacji zasady bezzwłocznego wykonania kary pozbawienia wolności¹¹.

II. Analiza przepisu art. 14b k.k.w.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 11 § 1 k.k.w. sąd, w celu wykonania orzeczenia, przesyła jego odpis lub wyciąg ze wzmianką o wykonalności, a w wypadku orzeczenia prawomocnego – z datą jego uprawomocnienia się odpowiedniemu organowi powołanemu do wykonywania orzeczenia. Organ ten (§ 5) zawiadamia sąd zarówno o przystąpieniu do wykonania, jak i o zakończeniu wykonywania orzeczenia. Organem właściwym do wykonania orzeczenia o bezwzględnej karze pozbawienia wolności jest dyrektor jednostki penitencjarnej (art. 2 pkt 5 k.k.w.), który po otrzymaniu orzeczenia dokonuje obliczenia okresu wykonywania kary (art. 80 b § 1 k.k.w.).

Zasady obliczania okresu wykonywania kary reguluje szczegółowo rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23 czerwca 2015 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności¹². Obliczenia dokonuje się na druku „Obliczenie kary” (§ 60 ust. 1 rozporządzenia). Przedmiotowy dokument sporządza się w trzech egzemplarzach, z których jeden przesyła się do właściwego sądu – w celu kontroli prawidłowości obliczenia okresu wykonywania kary (§ 62 ust. 1 rozporządzenia).

¹¹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw z 21 czerwca 2022 r.; Druk nr 2376, <<https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12353001/>>, s. 15–18 [dostęp: 02.10.2022].

¹² T.j. z 17 marca 2020 r. (Dz.U. 2020 poz. 869), zwane dalej rozporządzeniem.

Przytoczone regulacje uprawniają do twierdzenia, że pod pojęciem „zawiadomienia o przystąpieniu do wykonania orzeczenia”, w rozumieniu komentowanego przepisu, pojmować należy otrzymanie przez sąd druku „obliczenia kary”, informującego o wprowadzeniu do wykonania kary izolacyjnej. Nie należy przy tym traktować synonimicznie takich wyrażen jak wykonywanie/odbywanie kary czy wprowadzenie do wykonania kary¹³.

Zgodnie z przepisem art. 80a k.k.w., jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, początek wykonywania kary liczy się od dnia:

- 1) przyjęcia skazanego lub ukaranego, w przypadku, gdy dobrowolnie zgłosił się do odbycia kary;
- 2) ich zatrzymania, w przypadku, gdy zostali doprowadzeni do odbycia kary;
- 3) wprowadzenia do wykonania orzeczenia w stosunku do osoby pozbawionej wolności.

Zgodnie z dyspozycją przepisu art. 80 § 1 k.k.w. w razie skazania osoby na kilka kar skutkujących pozbawieniem wolności kary te wykonuje się w takiej kolejności, w jakiej wpłynęły do wykonania orzeczenia, którymi wymierzono te kary. W ostatniej kolejności wykonuje się kary zastępcze: pozbawienia wolności oraz aresztu za nieuiszczoną grzywnę.

Jeżeli skazany ma do odbycia jedną karę, to używając wyrażen takich jak: kara odbywana, wykonywana czy wprowadzona do wykonania, w odniesieniu do tej kary będziemy mieli na myśli właśnie rzeczoną karę. Sprawa komplikuje się w sytuacji zaistnienia przypadku regulowanego przepisem art. 80 § 1 k.k.w., a więc wówczas, gdy skazany ma do odbycia co najmniej dwie kary. W wypadku osadzenia skazanego ten zacznie odbywać jedną karę, kolejne będzie miał wprowadzone do wykonania. W zaistniałym układzie sytuacyjnym sąd będzie uprawniony do wydania postanowienia stwierdzającego bezprawne utrudnianie wykonania kary – w odniesieniu do wszystkich kar, chyba że zostanie ustalone w toku postępowania incydentalnego, że skazany nie miał świadomości co do któregośkolwiek ze skazań (*vide* uwagi niżej).

Sądem uprawnionym do wszczęcia postępowania incydentalnego, tak z urzędu, jak i na wniosek (art. 19 § 1 k.k.w.), jest sąd wykonujący orzeczenie, zgodnie z przepisem art. 3 k.k.w., przy uwzględnieniu wyjątków wskazanych w ustawie. Z uwagi na normę wyrażoną w przepisie art. 22 § 1 k.k.w. właściwym forum procedowania sądu jest posiedzenie niejawne.

Postanowienia w przedmiocie stwierdzenia bezprawnego utrudniania przez skazanego wykonania kary pozbawienia wolności nie będzie mógł

¹³ Szerzej na ten temat *vide* J. Tekliński, *Podstawy zakończenia odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności*, „Probacja” 2020, nr 2, s. 71–73.

wydać referendarz sądowy, sprawy te należą bowiem do kategorii dotyczących wykonania kary pozbawienia wolności (art. 18 a pkt 2 k.k.w.).

Nie budzi wątpliwości fakt, że pod pojęciem kary pozbawienia wolności rozumieć należy również, zgodnie z przepisem art. 242 § 3 k.k.w., zastępczą karę pozbawienia wolności, karę aresztu wojskowego, karę aresztu lub zastępczą karę aresztu, karę porządkową oraz środek przymusu skutkujący pozbawieniem wolności, chyba że ustawa stanowi inaczej.

Zgodnie z wolą ustawodawcy wydanie postanowienia ma nastąpić niezwłocznie, nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania zawiadomienia. Komentowane wyrażenie należy pojmować jako określenie czasu do wydania postanowienia bez nieuzasadnionej zwłoki, nie natychmiast, ale w jak najkrótszym czasie, który to termin determinowany jest koniecznością wykonania niezbędnych czynności o charakterze techniczno-organizacyjnym, jak i procesowym. Niepotrzebnie przy tym ustawodawca postąpił, limitując ową „niezwłoczność”, podobnie jak to czyni dla przykładu przepis § 391 ust. 1 Regulaminu urzędowania sądów powszechnych¹⁴. Ograniczanie tego czasu przez odwołanie się do górnej granicy rozpiętości czasowej należy uznać za zabieg sztuczny. Przekroczenie terminu nie wyklucza możliwości procedowania sądu, ponieważ ma on charakter instrukcyjny.

Do czasu nowelizacji, dokonanej ustawą nowelizującą, kodeks karny wykonawczy nie definiował pojęcia skazanego. Lukę tę wypełniała doktryna¹⁵. Stan ten uległ zmianie z dniem 1 stycznia 2023 r. za sprawą przepisu art. 1 pkt 95a ustawy nowelizującej, która wprowadziła do art. 242 k.k.w. przepis § 1a w brzmieniu: „Jeżeli niniejszy kodeks używa w znaczeniu ogólnym określenia «skazany», należy przez to rozumieć również ukaranego karą orzeczoną za wykroczenie lub karą porządkową oraz osobę, wobec której zastosowano środek przymusu skutkujący pozbawieniem wolności”. Nie wdając się szczegółowo w ocenę poprawności wprowadzonej definicji¹⁶, zauważyć należy, że obejmuje ona osoby, wobec których orzeczono karę pozbawienia wolności jako karę pierwotną, kary zastępcze wymierzone jako for-

¹⁴ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18 czerwca 2019 r. (t.j. z 8 listopada 2022 r.; Dz.U. 2022 poz. 2514). Przepis ten stanowi m.in., że orzeczenie wykonalne z chwilą uprawomocnienia wykonuje się bezzwłocznie, nie później jednak niż w terminie 14 dni, liczonym od daty uprawomocnienia się orzeczenia lub zwrotu akt sądowi I instancji.

¹⁵ Szerzej *vide* przykładowo: K. Postulski, *Status skazanego w postępowaniu przed sądem*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2, s. 203; A. Gerecka-Żołyńska [w:] A. Gerecka-Żołyńska, W. Sych, *Prawo karne wykonawcze. Zagadnienia procesowe*, Warszawa 2014, s. 69; M. Kuć, *Prawo karne wykonawcze*, wyd. 3, Warszawa 2017, s. 30; J. Lachowski [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, (red. J. Lachowski), wyd. 2, Warszawa 2016, s. 28.

¹⁶ Szerzej na ten temat *vide* J. Tekliński, *Wstrzymanie wykonania orzeczenia w trybie art. 9 § 4 k.k.w. Uwagi na tle nowelizacji art. 9 k.k.w. z dnia 5 sierpnia 2022 r.*, WPP 2022, nr 4, s. 66–68.

my modalne kary grzywny i ograniczenia wolności, orzeczone za przestępstwa, przestępstwa skarbowe oraz wykroczenia, ale również i: kary aresztu wojskowego, kary aresztu lub zastępcze kary aresztu oraz kary porządkowe i środki przymusu skutkujące pozbawieniem wolności¹⁷. Pomija natomiast ukaranych za wykroczenia skarbowe oraz sprawców, wobec których wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci detencji psychiatrycznej¹⁸.

Wydanie postanowienia stwierdzającego, że skazany bezprawnie utrudniał wykonanie kary pozbawienia wolności, możliwe jest w przypadku ustalenia:

- 1) ucieczki lub
- 2) ukrycia się lub
- 3) podjęcia przez skazanego działań w celu ucieczki lub ukrycia się – którym to zachowaniem towarzyszył zamiar utrudniania wykonania kary pozbawienia wolności.

Zastosowanie funktora alternatywy „lub” oznacza, że wydanie postanowienia pozytywnego będzie możliwe także wówczas, gdy skazany podejmie tylko jedno z działań wskazanych w przepisie. Użyte przez prawodawcę pojęcia: utrudniać, uciekać i ukryć się nie budzą wątpliwości interpretacyjnych.

Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN utrudniać to «stanowić lub stworzyć przeszkodę»¹⁹, uciec – uciekać to m.in. 1. «oddalić się szybko z jakiegoś miejsca, aby uniknąć niebezpieczeństwa, kłopotów lub nieprzyjemności», 2. «uwolnić się od kogoś lub wydostać się skądś»²⁰, zaś ukryć się – ukrywać się to «znaleźć gdzieś bezpieczne schronienie»²¹.

Podjęcie działań to przedsięwzięcie czynności ukierunkowanych na osiągnięcie celu w postaci ucieczki lub ukrycia się, a więc skazanemu towarzyszyć musi zamiar, który – posługując się nomenklaturą karnistyczną – możemy określić jako kierunkowy. Może on być uzewnętrzniony dopiero po orzeczeniu kary izolacyjnej, podobnie jak realizacja czynności ukrycia się lub ucieczki. Usprawiedliwiony brak świadomości wydania orzeczenia określającego ww. karę wyklucza zatem możliwość zastosowania omawianej konstrukcji. Wystąpi on w tych wszystkich przypadkach, w których skazanemu nie będzie można przypisać winy za brak świadomości orzecz-

¹⁷ Vide przepis art. 242 § 3 k.k.w.

¹⁸ J. Tekliński, *Wstrzymanie...*, op. cit., s. 66–68.

¹⁹ <<https://sjp.pwn.pl/slowniki/utrudnia%C4%87.html>> [dostęp: 08.12.2022].

²⁰ <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiq4cK1v4f7AhWFwsKHSMMBp4QFnoECA8QAAQ&url=https%3A%2F%2Fsjp.pwn.pl%2Fslowniki%2Fucieka%25C4%2587.html&usg=AOvVaw29bWfR2_MjQvxywtMrX71> [dostęp: 30.10.2022].

²¹ <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwigkvmuwo f 7 A hVL_CoKHfLEdaYQFnoECBIOAAQ&url=https%3A%2F%2Fsjp.pwn.pl%2Fsjp%2Fukrywac-sie%3B2532470.html&usg=AOvVaw2QVHNYE7JfYSkPlk8l_sKm> [dostęp: 30.10.2022].

nia wobec niego kary izolacyjnej. Typowym przykładem będzie sytuacja, w której skazany poinformuje np. sąd o zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu, czy też adresu korespondencyjnego, a ten pomimo tego będzie kierował korespondencję na znany poprzednio adres lub wystawi nakaz doprowadzenia skazanego przez funkcjonariuszy Policji do jednostki penitencjarnej ze wskazaniem nieaktualnego adresu skazanego. Nieusprawiedliwiony brak świadomości wystąpi natomiast wówczas, gdy skazany, nie podając nowego adresu, zmieni miejsce zamieszkania lub pobytu lub w przypadku, gdy np. po uprzednim zgłoszeniu wniosku o dokonywanie doręczeń na adres oznaczonej skrytki pocztowej, nie zawiadomił organu o zmianie tego adresu lub zaprzestaniu korzystania ze skrytki (art. 139 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.).

Działania podejmowane przez skazanego, zorientowane na osiągnięcie celu wskazanego przez prawodawcę, nie muszą być bezprawne, tj. sprzeczne z normą prawną²².

Do zastosowania komentowanego przepisu wystarczy przedsięwzięcie czynności przygotowawczych o:

- 1) charakterze pośrednio wskazującym na cel działania, np.:
 - podjęcie starań o wydanie wizy i paszportu,
 - podjęcie gotówki zdeponowanej w banku w sytuacji, gdy nie jest to uzasadnione żadnymi racjonalnymi względami poza zamiarem ucieczki lub ukrycia się,
 - zakup biletu lotniczego,
 - wejście w posiadanie fałszywego dokumentu lub autentycznego, ale wystawionego na inną osobę, a uprawniającego do przekroczenia granicy,
 - bezpodstawne porzucenie świadczonej pracy itp.;
- 2) charakterze bezpośrednio wskazującym na cel działania, np.:
 - nieotworzenie drzwi na wezwanie funkcjonariuszy Policji,
 - czynny opór przy zatrzymaniu, szczególnie wówczas, gdy skazany komunikuje niechęć do zatrzymania w związku z koniecznością odbycia kary,
 - podjęcie próby nielegalnego przekroczenia granicy,
 - podjęcie próby samobójczej lub samouszkodzenie, jeżeli zostały przedsięwzięte w celu uniknięcia lub odsunięcia w czasie inkarceracji.

Nie stanowi przesłanki do podjęcia pozytywnego postanowienia usprawiedliwione niestawiennictwo do jednostki penitencjarnej spowodowane np.:

²² <<https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/bezprawnos;3876810.html> 9> [dostęp: 11.12.2022].

- nagłą chorobą, szczególnie wówczas, gdy skazany został hospitalizowany,
- zaistnieniem sytuacji, którą można określić mianem kolizji obowiązków, tj. np. powinnością stawiennictwa na wezwanie sądu, organu administracji państwowej, samorządowej, szczególnie wówczas, gdy niestawiennictwo zagrożone jest sankcją karną, a czynności nie będzie można podjąć w późniejszym terminie lub wzięciem udziału w akcji ratunkowej, gdy na skazanym ciążył taki obowiązek,
- koniecznością pilnej pomocy członkowi rodziny, np. zawiezienia go do szpitala w sytuacji nagłej, w szczególności, gdy pomocy takiej nie mogła udzielić inna osoba lub instytucja, a jej brak naraziłby osobę zagrożoną na daleko idące negatywne konsekwencje.

Zgoła inaczej natomiast należy ocenić zamiar wzięcia udziału w uroczystościach o charakterze okolicznościowym, np.: chrzest, ślub, komunia itp. Tego typu sytuacje planowane są z pewnym wyprzedzeniem, co daje skazanemu możliwość wystąpienia do sądu z wnioskiem o wezwanie go do stawienia w jednostce penitencjarnej w wyznaczonym terminie²³. Oczekiwanie na rozpoznanie takiego wniosku przez sędziego nie usprawiedliwia niestawiennictwa skazanego do jednostki penitencjarnej, podobnie jak oczekiwanie na rozpoznanie wniosku o wstrzymanie wykonania orzeczenia w trybie art. 9 k.k.w.

Ustalenie okoliczności, o których mowa w komentowanym przepisie, nastąpić może przy wykorzystaniu wszelkich dostępnych źródeł dowodowych – tak osobowych, jak i rzeczowych. Nie wydaje się przy tym za celowe wymaganie, by skazany, w przypadku choroby, legitymował się zaświadczeniem od lekarza sądowego, stwierdzającym niemożność stawiennictwa do jednostki penitencjarnej. Wystarczające w takiej sytuacji będzie posiadanie zaświadczenia wystawionego przez lekarza rodzinnego, byleby wskazywało ono na istnienie przeciwwskazań zdrowotnych do natychmiastowej izolacji penitencjarnej skazanego. Co istotne, przyjąć należy, że ciężar wykazania podjęcia przez skazanego określonych działań i ich celu, spoczywa na sądzie, gdy ten będzie działał z urzędu lub na prokuratorze inicjującym postępowanie incydentalne (art. 19 § 3 k.k.w.). Dowodzenie będzie ułatwione w przy-

²³ Zgodnie z przepisem art. 79 § 1 k.k.w. skazanego na karę pozbawienia wolności sąd poleca zatrzymać i doprowadzić do aresztu śledczego, zaś zgodnie z przepisem § 1a te same jednostki redakcyjnej „W uzasadnionym wypadku, na wniosek skazanego, sąd może wezwać skazanego do stawienia się w wyznaczonym terminie w areszcie śledczym, położonym najbliższym miejsca jego stałego pobytu, wraz z dokumentem stwierdzającym tożsamość, jeżeli dotychczasowa postawa i zachowanie skazanego uzasadniają przypuszczenie, że skazany stawia się na wezwanie. Zarządzenie wymaga uzasadnienia”.

padku uprzedniego zawieszenia postępowania wykonawczego i wystawienia listu gończego – art. 15 § 2 k.k.w. w zw. z art. 14 a § 1 k.k.w. Fakt ten jednak, zgodnie z zasadą samodzielności jurysdykcyjnej sądu karnego, nie będzie legitymował sądu *meriti* do poprzestania na odwołaniu się do wyników ustaleń sądu zawieszającego postępowanie, bez poddania ich analizie, czyniącej załość wymogom określonym m.in. w przepisie art. 7 k.p.k. (art. 8 § 1 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.)²⁴. Istotne jest to, by w uzasadnieniu postanowienia sąd wskazał konkretne zachowania skazanego składające się na bezprawne utrudnianie wykonania kary pozbawienia wolności, tak by zasadność decyzji sądu mogła być poddana kontroli instancyjnej.

Kodeks karny wykonawczy nie precyzuje sankcji stwierdzenia bezprawnego utrudniania wykonania kary pozbawienia wolności. Ta natomiast wynika z przepisów znowelizowanego ustawą nowelizującą kodeksu karnego.

Zgodnie ze znowelizowanym przepisem art. 78 § 2 k.k. osoba, wobec której wydano prawomocne postanowienie o bezprawnym utrudnianiu wykonania kary pozbawienia wolności, może ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie, podobnie jak multirecydywista, po odbyciu $\frac{3}{4}$ kary. Dotyczy to również skazanego, wobec którego orzeczono kilka kar niepodlegających łączeniu w sytuacji, gdy np. co do jednej z nich zapadło wskazane wyżej orzeczenie (art. 79 § 1 k.k.).

Zważywszy na fakt, że warunkowe przedterminowe zwolnienie nie dotyczy osób, wobec których wymierzono karę zastępczą, karę aresztu, karę porządkową oraz środki przymusu skutkujące pozbawieniem wolności, obostrzenie wskazane w ww. przepisach ustawy karnej nie będzie miało w takich przypadkach zastosowania.

Ustawodawca dostrzega wagę postanowienia stwierdzającego bezprawne utrudnianie przez skazanego wykonania kary pozbawienia wolności w kształtowaniu jego sytuacji prawnej, o czym świadczą dwa rozwiązania. Pierwsze wprowadza przepis § 4 komentowanej jednostki redakcyjnej, który

²⁴ *Vide* wyrok SN z 3 grudnia 2007 r., V KK 96/07, Legalis nr 164535, gdzie czytamy, że „Jakkolwiek jest oczywiste, że sąd karny, poza wyjątkami, nie jest związany orzeczeniem sądu karnego zapadłym w innej sprawie (art. 8 k.p.k.), a także ustaleniami faktycznymi z innej sprawy oraz oceną przeprowadzonych w niej dowodów, to jednak nie ulega wątpliwości, że takie rozstrzygnięcie, zapadłe w innej sprawie, dotyczące zdarzeń, które nie są wprawdzie tożsame, ale są ściśle związane ze zdarzeniami będącymi aktualnie przedmiotem osądu, winno być rozważone na płaszczyźnie oceny całokształtu okoliczności ujawnionych i podlegających ujawnieniu w toku rozpoznania sprawy. Rzecz więc nie w tym, by wynik rozpoznania drugiej ze spraw, czy też możliwa odmienna ocena wiarygodności dowodów (np. wypowiedzi poszczególnych osób) miały ważyć na rozstrzygnięciu rozpoznawanej sprawy, lecz w tym, że zainteresowaniu orzekającego sądu winien podlegać już sam fakt wydania tego orzeczenia i jego treść, a w tym zwłaszcza to, czy w podstawach ustaleń faktycznych orzeczenia zapadłego w innej sprawie nie znalazły się dowody istotne również z punktu widzenia rozpoznawanej sprawy, dotąd w niej nieprzeprowadzone”.

w odniesieniu do decyzji pozytywnej odstępuje od reguły wyrażonej w art. 9 § 3 k.k.w., wskazującej, że postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym stają się wykonalne z chwilą ich wydania. Nakazuje on bowiem doręczenie prawomocnego odpisu stwierdzającego bezprawne utrudnianie wykonania kary dyrektorowi jednostki penitencjarnej, rzecz jasna temu, w której skazany jest osadzony, ale nie według stanu na dzień podjęcia decyzji, ale w dacie wysyłania korespondencji. Drugie polega na przyznaniu stronom postępowania (skazanemu, obrońcy i oskarżycielowi publicznemu) prawa do zaskarżenia postanowienia w przedmiocie stwierdzenia bezprawnego utrudniania wykonania kary. Mowa tu zatem tak o decyzji pozytywnej, jak i negatywnej. By umożliwić realizację rzeczonożego prawa, sąd zobligowany jest, w trybie art. 100 § 4 k.p.k. i art. 140 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w., doręczyć odpis postanowienia z pouczeniem ww. podmiotom.

Zażalenie przysługuje do sądu wyższej instancji, przy czym sąd ten ma 7 dni na jego rozpoznanie, licząc od daty wpływu zażalenia wraz z aktami sprawy (§ 3 art. 14 b k.k.w.)²⁵. Przepis ten nie statuuje po stronie sądu powinności podjęcia decyzji w sprawie – w terminie 7 dni – a rodzi powinność wyznaczenia posiedzenia, które ma się odbyć w czasie do 7 dni od daty wpływu zażalenia.

Komentowany przepis jest przepisem szczególnym w stosunku do tego, wypełniającego treść art. 20 § 4 k.k.w., który stanowi, że sąd wyższej instancji rozpoznaje zażalenie w terminie 21 dni od daty jego przekazania przez sąd pierwszej instancji, chyba że ustawa przewiduje rozpoznanie zażalenia na posiedzeniu, w którym uprawnione osoby mogą wziąć udział²⁶. W posiedzeniu sądu odwoławczego nie bierze udziału skazany, jego obrońca, ani też prokurator (art. 22 § 1 k.k.w.).

W podsumowaniu dotychczasowych uwag, wychodząc naprzeciw oczekiwaniom praktyki, można zaproponować następującą sentencję:

- postanowienia pozytywnego:
„stwierdza bezprawne utrudnianie przez skazanego [...] wykonania kary/kar pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem/postanowieniem z dnia [...] Sądu [...] w [...] w sprawie o sygn. akt [...]”;
- postanowienia negatywnego:
nie stwierdza bezprawnego utrudniania przez skazanego [...] wykonania kary/kar pozbawienia wolności, orzeczonej wyrokiem/postanowieniem z dnia [...] Sądu [...] w [...] w sprawie o sygn. akt [...]”.

²⁵ Należy przy tym odnotować, że kodeks karny wykonawczy nie wprowadza bezwzględnej powinności przekazania zażalenia sądowi wyższej instancji, albowiem sąd, do którego wpłynęło zażalenie, orzekając w tym samym składzie, może się do niego przychylić (art. 20 § 2 k.k.w.).

²⁶ Szerzej na ten temat *vide* J. Tekliński, *Wstrzymanie...*, *op. cit.*, s. 75–76.

III. Wnioski końcowe

Analiza strony deskryptywnej przepisu prowadzi do wniosku, że w tym zakresie nie budzi on wątpliwości interpretacyjnych. Te nie pojawiają się również w przedmiocie odkodowania celu wprowadzenia omawianej regulacji. Chodzi bowiem o to, by jak najszybciej wprowadzić do wykonania karę, a w przypadku skazanych, którzy zostali wezwani do stawiennictwa w jednostce penitencjarnej, dodatkowo zmotywować ich do dobrowolnego wykonania powinności – co z jednej strony służyć ma realizacji zasady szybkości wykonania kary, z drugiej zaś pozwala na oszczędności, tak o charakterze rzeczowym (odpadają koszty np. doręczenia korespondencji, prowadzenia poszukiwań skazanego, jego doprowadzenia do jednostki penitencjarnej), jak i osobowym (brak angażowania pracowników wymiaru sprawiedliwości i funkcjonariuszy służb w proces wykonania orzeczenia o karze izolacyjnej). Zważywszy na skutki wynikające z przepisów art. 78 i 79 k.k. oraz brak możliwości zastosowania tych przepisów w odniesieniu do kar izolacyjnych, innych niż kara pozbawienia wolności orzeczona jako kara pierwotna, zasadne będzie sięgnięcie po omawianą konstrukcję przede wszystkim w przypadku orzeczenia wyrokiem kary pozbawienia wolności, w tym i uprzednio warunkowo zawieszanej, której wykonanie sąd zarządził. Nie należy przy tym zakładać *ex ante* braku zasadności stosowania omawianej instytucji w przypadkach pozostałych kar izolacyjnych. Jej zastosowanie bowiem może pozwolić sądowi penitencjarnemu np. na ocenę prognozy przestrzegania przez skazanego obowiązującego porządku prawnego, w przypadku ubiegania się przez niego o udzielenie przerwy w odbywaniu kary czy też o wyrażenie zgody na odbycie kary w SDE.



A B S T R A C T

The subject matter of this paper is an assessment of a provision art. 14b of the Penal Enforcement Code, introduced with an amendment to the Penal Enforcement Code of 5 August 2022. This provision regulates the legal institution, which has not been known in Polish law so far, that is pronouncing by the court unlawful obstruction of a custodial sentence execution in the penal enforcement proceedings (art. 14b of the Penal Enforcement Code).

The analysis of the provision mentioned above leads to a conclusion that it does not raise doubts as to the interpretation, which would justify the necessity to amend it as the law should be.

Keywords: unlawful obstruction of a custodial sentence execution, non-appearance of the convicted person at the penal institution, serving/ execution of a custodial sentence, introduction to a sentence execution, a rule of instituting immediate execution proceedings

Bibliografia

Literatura

- Gerecka-Żołyńska A. [w:] A. Gerecka-Żołyńska, W. Sych, *Prawo karne wykonawcze. Zagadnienia procesowe*, Warszawa 2014
- Kuć M., *Prawo karne wykonawcze*, wyd. 3, Warszawa 2017
- Lachowski J. [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, (red. J. Lachowski), wyd. 2, Warszawa 2016
- Postulski K., *Status skazanego w postępowaniu przed sądem*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 1–2
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. IV, WKP 2017
- Zgoliński I. [w:] *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz* (red. J. Lachowski), wyd. 3, Warszawa 2018, Legalis
- Tekliński J., *Podstawy zakończenia odroczenia wykonania kary pozbawienia wolności*, „Probacja” 2020, nr 2
- Tekliński J., *Odroczenie wykonania kary pozbawienia wolności w statystyce sądowej*, „Probacja” 2020, nr 4
- Tekliński J., *Wstrzymanie wykonania orzeczenia w trybie art. 9 § 4 k.k.w. Uwagi na tle nowelizacji art. 9 k.k.w. z dnia 5 sierpnia 2022 r.*, WPP 2022, nr 4

Akty prawne

- Ustawa z 5 sierpnia 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2022 poz. 1855)
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 23 czerwca 2015 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności (t.j. z 17 marca 2020 r.; Dz.U. 2020, poz. 869)
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 18 czerwca 2019 r. Regulaminu urzędowania sądów powszechnych (t.j. z 8 listopada 2022 r.; Dz.U. 2022, poz. 2514)

Zabezpieczenie majątkowe na kryptowalutach – sądowy portfel kryptowalutowy (część I)

Security on property on the cryptocurrencies – judicial cryptocurrency wallet (part I)

S T R E S Z C Z E N I E

Cyberprzestępczość to stale rozwijający się rodzaj przestępczości, który aktualnie rozciąga się na waluty wirtualne, w szczególności na kryptowaluty. Nie dziwi zatem fakt, że kryptoaktywa znajdują coraz większe zainteresowanie u organów ścigania. Wobec powyższego postanowiono rozstrzygnąć, w jakich warunkach i czy w ogóle sąd powinien utworzyć portfel kryptowalutowy.

Prezentowany artykuł składa się z dwóch części. Pierwsza z nich sprowadza się do opisu podstawowych pojęć i rozwiązań technologicznych cechujących kryptowaluty na przykładzie Bitcoina oraz Ethereum. Wyjaśnia, czym różnią się między sobą: waluta cyfrowa, waluta wirtualna i kryptowaluta oraz charakter portfela kryptowalutowego, jakie są jego cechy i rodzaje, a także sposoby generowania portfela do wykorzystania go w postępowaniu sądowym.

Część druga traktuje o zabezpieczeniu majątkowym i tymczasowym zajęciu mienia ruchomego na kryptoaktywach. Autor rozważy możliwość uznania waluty wirtualnej za mienie ruchome, a także wymieni organy dysponujące w postępowaniu karnym portfelami sprzętowymi. Poruszona zostanie kwestia przypadku generującego konieczność założenia sądowego portfela sprzętowego.

Słowa kluczowe: zabezpieczenie majątkowe, tymczasowe zajęcie mienia ruchomego, waluty wirtualne, blockchain, kryptowaluty, Bitcoin, Ethereum, mienie, portfel kryptowalutowy

I. Wprowadzenie

Zabezpieczenie majątkowe na kryptowalutach to aktualnie popularny temat specjalistycznych szkoleń dla sędziów, prokuratorów i funkcjonariuszy służb. W ocenie autora przyczynkiem do ich organizowania jest

¹ Doktorant Damian Robert Jaworski – Szkoła Doktorska Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, aplikant Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury XIII rocznika aplikacji prokuratorskiej, członek Koła Naukowego Prawa Karnego Materialnego WPiA UKSW w Warszawie. Adres e-mail: d.jaworski.dzialalnosc.naukowa@gmail.com. ORCID: 0000-0002-1069-6916.

potrzeba sprostania narastającym oczekiwaniom kadr organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, które pragną dowiedzieć się, jak w skuteczny sposób stosować instytucję zabezpieczenia majątkowego (względnie tymczasowego zajęcia mienia ruchomego) na „dobrach wirtualnych”, jakimi są kryptowaluty. Jest to szczególnie istotne, albowiem wyżej wymieniona instytucja, jako jeden z dostępnych w procedurze karnej środków przymusu, służy zabezpieczeniu wykonania kar, środków karnych i kosztów sądowych wobec sprawcy czynu zabronionego, gdy w sprawie zachodzi uzasadniona obawa, że bez takiego zabezpieczenia wykonanie prawomocnego orzeczenia będzie niemożliwe albo znacznie utrudnione.

Przestępczość z wykorzystaniem kryptowalut to stale rozwijający się obszar cyberprzestępczości, który traktuje tokeny jako przedmiot przestępstwa oraz „bezpieczny” sposób na ukrycie posiadanych aktywów (pranie pieniędzy), zapłatę za nielegalny towar lub usługę (np. broń, pornografia dziecięca, narkotyki) albo okup na rzecz sprawców (np. przestępstwa typu *ransomware*²). Wreszcie, kryptowaluty za sprawą takich przestępstw jak *cryptojacking*, polegających na kradzieży energii elektrycznej lub mocy obliczeniowej komputerów do wydobywania kryptowalut³, mogą stanowić osiąganą przez sprawców korzyść majątkową. Warto dodać, że kryptowaluty (szczególnie protokół Bitcoin⁴) są już na tyle popularne w Polsce, iż „metoda na bitcoina”, wzorem „metody na wnuczka”, stała się kolejnym przykładem skutecznej „socjotechniki oszustwa” do osiągania przez sprawców milionowych zysków⁵. Opisane zachowania jednoznacznie wskazu-

² *Ransomware* – sensu largo jest to „złośliwe oprogramowanie, które blokuje użytkownikom dostęp do ich systemów lub plików osobistych, a następnie żąda uiszczenia opłaty w zamian za jego przywrócenie”, <<https://pl.malwarebytes.com/ransomware/>> [dostęp: 11.11.2022]. Można wyróżnić trzy rodzaje oprogramowania *ransomware*: *screen-locker* (blokada dostępu do komputera poprzez zablokowanie ekranu), *crypto-ransomware* (zaszyfrowanie poszczególnych plików na dysku i żądanie okupu za ich odszyfrowanie), *disk-encryptor* (zaszyfrowanie całego dysku skutkujące niemożnością uruchomienia systemu operacyjnego), zob. <<https://bitdefender.pl/ransomware-co-to-jest-i-jak-sie-przed-tym-chronic/>> [dostęp: 11.11.2022].

³ P. Opitek, K. Góral, *Analiza kryminalna transferów kryptowalutowych w pracy prokuratora (cz. I)*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 4–5, s. 75.

⁴ Warto poczynić uwagę, że zgodnie z umownym przyjęciem „Bitcoin” pisany wielką literą oznacza nazwę sieci, natomiast „bitcoin” pisany małą literą wskazuje na jednostkę kryptowaluty.

⁵ Przykładowy *modus operandi*: „Bitcoin” (pokrzywdzeni – D.R.J.) kupowali na platformach inwestycyjnych za pośrednictwem serwisu internetowego aspenholding.com, zarejestrowanego przez spółkę z siedzibą [...] na Wyspach Marshalla. O istnieniu takiego serwisu dowiadawali się za pośrednictwem artykułów w mediach elektronicznych, w którym osoby publiczne (bezprawnie wykorzystano wizerunki znanych aktorów i sportowców) zachęcały do inwestycji w kryptowaluty. Linki do artykułów podstawiane były m.in. na popularnych portalach społecznościowych. Aby osoba zainteresowana mogła się zarejestrować, musiała podać swoje dane osobowe, numer telefonu oraz adres e-mail. Na podany numer w niedługim czasie dzwonił «konsultant». Do podjęcia współpracy niezbędne było też wpłacanie opłaty wpisowej w wysokości 250 dolarów, która umożliwiała założenie «indywidualnego konta inwestycyjnego». Połączenia były jednokierunkowe, oddzwonienie nie

ją na potrzebę ciągłego podnoszenia kwalifikacji przedstawicieli organów ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości w zakresie profesjonalnego prowadzenia spraw dotyczących walut wirtualnych. Funkcjonariusze Policji, sędziowie i prokuratorzy powinni posiadać niezbędną wiedzę w zakresie działania oraz opisu i kwalifikacji prawnej czynów dotyczących kryptowalut, co umożliwi m.in. efektywne stosowanie zabezpieczenia majątkowego w sprawach „cyber”. Szczególnie, że przestępczość kryptowalutowa przynosi sprawcom znaczne zyski, a więc reakcja prawnokarna powinna skupiać się na karze *sensu stricto*, a ponadto egzekwować przepadek „owoców przestępstwa” lub środki o charakterze kompensacyjnym związane z naprawieniem szkody wyrządzonej pokrzywdzonemu. Chodzi o to, aby przestępczość z wykorzystaniem kryptowalut jawiła się w oczach przestępców jako nieopłacalna i wysoce ryzykowana, nawet jeśli postępowania karne o cyberprzestępstwa są skomplikowane, a sprawcy trudni do ujawnienia. Wynika to ze żmudnych procedur i praktycznych przeszkód w uzyskiwaniu śladów cyfrowych, trudności w ustaleniu rzeczywistego źródła „ataku” hakerskiego, a także wysokich kosztów finansowych i ludzkich prowadzenia postępowania przygotowawczego⁶.

Zdaniem autora, obowiązujące przepisy prawa pozwalają na realizację zabezpieczenia majątkowego na walutach wirtualnych, nawet jeśli w literaturze przedmiotu pojawiają się głosy przeciwne⁷. W tym kontekście opracowany cykl artykułów ma pokazać, że warto stosować instytucję zabezpieczenia majątkowego, oraz rozstrzygnąć, iloma portfelami powinny dysponować organy prowadzące proces karny i które ich rodzaje należy zastosować szczególnie na etapie postępowania sądowego. Są to zagadnienia niezwykle istotne, albowiem pomimo możliwości sprzedaży zabezpieczonej kryptowaluty w śledztwie można również przekazać ją wraz z aktem oskarżenia do dyspozycji sądu. Nadto, zgodnie z przepisami, zabezpieczenie majątkowe na bitcoiniach (BTC) może nastąpić także na etapie postępowania sądowego.

było możliwe. Osoby zainteresowane inwestowaniem instalowały w swoich komputerach, za namową przestępców, ogólnodostępne, legalne oprogramowania o nazwie AnyDesk lub TeamViewer umożliwiające zdalną obsługę komputera, a tym samym dostęp do zawartości komputera i bankowości on-line. W ten sposób sprawcy dokonywali licznych operacji finansowych przy wykorzystaniu kantorów lub giełd umożliwiających zakup kryptowaluty bitcoin, której jednostki następnie wyprwadane były na specjalnie wygenerowane portfele kryptowalutowe. Transakcje te pokrzywdzeni osobiście autoryzowali w systemie bankowym, wpisując kod SMS, czy podając indywidualny kod zabezpieczający. Niektórzy na poczet szybkich zysków zaciągali kredyty”. R. Horbaczewski, *Ofiary oszustw na „bitcoina” tracą oszczędności życia*, <<https://www.prawo.pl/prawo/oszustwa-na-kryptowaluty-nowa-metoda-przestepcow,508164.html>> [dostęp: 11.11.2022].

⁶ P. Opitek, K. Góral, *Analiza kryminalna transferów kryptowalutowych w pracy prokuratora (cz. II)*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 6, s. 92.

⁷ Zob. np. A. Behan, *Waluty wirtualne jako przedmiot przestępstwa*, Kraków 2022, s. 668.

Przechodząc do kwestii ogólnych, to należy zauważyć, że funkcjonuje wiele różnego rodzaju walut wirtualnych, w tym kryptowaluty i tokeny⁸, ale jako wzór do omówienia tematu posłuży najstarsza z nich, czyli bitcoin (pierwszą transakcję z wykorzystaniem BTC wykonano 12 stycznia 2009 r.⁹). „Alternatywne monety” (ang. *altcoins*)¹⁰ są bowiem bezpośrednią lub pośrednią pochodną rozwiązań przyjętych w protokole Bitcoina¹¹. Nawiązano także do protokołu Ethereum, statuującego jednostkę bitmonety ether (ETH), który cechują określone odmienności technologiczne od Bitcoina. Analityk finansowy Marion Laboure stwierdził, że jeżeli Bitcoin jest nazywany „cyfrowym złotem”, to Ethereum byłoby wówczas „cyfrowym srebrem”¹². Łączne opisanie obu wymienionych rodzajów kryptowalut umożliwi lepsze oddanie prawdziwego potencjału drzemiącego w walutach wirtualnych.

II. Waluta cyfrowa, waluta wirtualna, kryptowaluty

Adam Behan wskazał, iż „złudne jest przekonanie, że prawnik nie musi rozumieć sposobu działania kryptowaluty, żeby prawidłowo kwalifikować poszczególne zachowania sprawcze i dokonać trafnej oceny zaistniałego zdarzenia”¹³. Kryptowaluta jest fenomenem, którego właściwe poznanie wymaga zrozumienia podstawowych założeń technologicznych, wykorzystanych do jej działania. Ważne jest także rozróżnienie pojęć: waluta cyfrowa (ang. *digital currency*), waluta wirtualna (ang. *virtual currency*) oraz kryptowaluta (ang. *cryptocurrency*)¹⁴. Waluta cyfrowa to najszerszy zbiór „zdigitalizowanych walut” służących jako środek wymiany, który jest generowany, przechowywany i przesyłany drogą elektroniczną¹⁵.

Definicja waluty wirtualnej została określona w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu¹⁶. Zgodnie z art.

⁸ Zob. np. wskaźnik liczby rodzajów kryptowalut na stronie CoinMarketCap, <<https://coinmarketcap.com/>> [dostęp: 11.11.2022].

⁹ Zob. D. Majewska-Bielecka, I. Grzelczak, *Bitcoin jako najpopularniejsza kryptowaluta na świecie*, „Zeszyty Naukowe ZPSB Firma i Rynek” 2021, nr 1, s. 77–78.

¹⁰ Zob. K. Piech red., *Leksykon pojęć na temat technologii blockchain i kryptowalut*, s. 9, <https://www.gov.pl/documents/31305/0/leksykon_pojec_na_temat_tehnologii_blockchain_i_kryptowalut.pdf/77392774-1180-79ab-4dd5-089ffab37602> [dostęp: 11.11.2022].

¹¹ Zob. A. Behan, *Waluty wirtualne...*, s. 26.

¹² B. Juraszek, *Deutsche Bank: Bitcoin stanie się cyfrowym złotem XXI wieku*, <<https://coinspector.pl/deutsche-bank-bitcoin-stanie-sie-cyfrowym-zlotem-xxi-wieku/>> [dostęp: 11.11.2022].

¹³ A. Behan, *Waluty wirtualne...*, s. 66.

¹⁴ Zob. S. Bala, T. Kopyściański, W. Srokosz, *Kryptowaluty jako elektroniczne instrumenty płatnicze bez emitenta. Aspekty informatyczne, elektroniczne i prawne*, Wrocław 2016, s. 52.

¹⁵ Zob. I. Wigmore, *Definition digital currency*, <<https://www.techtarget.com/whatis/definition/digital-currency>> [dostęp: 11.11.2022].

¹⁶ Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz.U. z 2022 r. poz. 593 t.j.), dalej: p.p.p.o.f.t.

2 ust. 2 pkt 26 p.p.p.o.f.t. ilekroć w ustawie mowa jest o walucie wirtualnej, rozumie się przez to cyfrowe odwzorowanie wartości, które nie jest (przesłanki negatywne):

- a) prawnym środkiem płatniczym emitowanym przez Narodowy Bank Polski, zagraniczne banki centralne lub inne organy administracji publicznej,
- b) międzynarodową jednostką rozrachunkową ustanawianą przez organizację międzynarodową i akceptowaną przez poszczególne kraje należące do tej organizacji lub z nią współpracujące,
- c) pieniądzem elektronicznym w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych,
- d) instrumentem finansowym w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi,
- e) wekslem lub czekiem

– oraz jest wymienialne w obrocie gospodarczym na prawne środki płatnicze i akceptowane jako środek wymiany, a także (koniunkcja) może być elektronicznie przechowywane lub przeniesione albo może być przedmiotem handlu elektronicznego (przesłanki pozytywne).

Biorąc pod uwagę zachodzącą wyżej koniunkcję przesłanek, dla uznania danej waluty cyfrowej za walutę wirtualną dwa desygnaty pozytywne muszą być spełnione łącznie do przyjęcia, że mamy do czynienia z takimi tokenami, a wystąpienie jakiegokolwiek przesłanki ujemnej (pkt a–e) wyklucza taki status. Przykładowo, cyfrowe odwzorowania wartości wyrażone w postaci jednostek waluty cyfrowej, emitowane przez Narodowy Bank Polski albo inny bank centralny lub organ administracji publicznej oraz uznane za prawny środek płatniczy, nie mogą zostać uznane za waluty wirtualne.

Uwzględniając przywołaną definicję ustawową, waluta wirtualna może funkcjonować jako środek wymiany w szerokim zakresie, mianowicie:

- 1) półotwartej na świat zewnętrzny przestrzeni wirtualnej, co oznacza możliwość zakupu cyfrowych tokenów za „fiaty”, tj. pieniądze,
- 2) otwartej na świat zewnętrzny przestrzeni wirtualnej, a więc dopuszczalnej konwersji pieniądza na waluty wirtualne i na odwrót,
- 3) zamkniętej na świat zewnętrzny przestrzeni wirtualnej, tj. brak możliwości zakupu środków w aplikacji za „fiaty”.

– wydawany przez scentralizowany albo zdecentralizowany system informatyczny (tj. system księgowy lub cyfrową zdecentralizowaną księgę typu DLT)¹⁷.

¹⁷ Zob. S. Bala, T. Kopyściański, W. Srokosz, *Kryptowaluty jako...*, s. 53–54.

Trzecie z wymienionych pojęć – „kryptowaluta”, to „rodzaj tokena cyfrowego opierającego się na kryptografii użytej do cyfrowego podpisywania transakcji oraz do kontroli wzrostu podaży tokenów”¹⁸. Kryptografia ma na celu zapewnienie bezpieczeństwa transakcji oraz tworzenia nowych bitmonet, zabezpieczenie posiadanych środków, a także zapobiegnięcie próbom oszustwa, np. podwójnego wydatkowania tych samych środków¹⁹. Jednostki kryptowaluty nie mają formy materialnej i stanowią wyłącznie zapis binarny.

Rozważając o utworzeniu sądowego portfela kryptowalutowego, należy zatem mieć na uwadze, że dotyczy on wyłącznie jednego z rodzajów walut cyfrowych w postaci kryptowaluty. W tym kontekście kryptowaluta, z zastrzeżeniem wyjątków z art. 2 pkt 26 p.p.p.o.f.t., jest cyfrowym odwzorowaniem wartości, wymiennalnym w obrocie gospodarczym na prawne środki płatnicze, akceptowanym jako środek wymiany, a także może być elektronicznie przechowywane lub przeniesione; stanowi także przedmiot handlu elektronicznego.

III. Technologia blockchain na przykładzie Bitcoina i Ethereum

Blockchain jako technologia to szczególny rodzaj DLT (ang. *Distributed Ledger Technology*, technologia rozproszonego rejestru), a więc elektronicznej rozproszonej księgi²⁰. Rejestry DLT są replikowane, współdzielone i zsynchronizowane w ramach konsensusu wielu osób, firm czy instytucji, rozproszonych na całym świecie. W tym kontekście system DLT jest zatem pojęciem szerszym od technologii łańcucha bloków²¹. W Polsce pojęcie „blockchain” nie doczekało się ustawowej definicji, ale zgodnie z art. 5 ustawy HB2417, przyjętej i podpisanej 29 marca 2017 r. w amerykańskim Stanie Arizona, jest to rozproszona technologia rejestru, wykorzystująca rozproszony, zdecentralizowany, współdzielony i replikowany rejestr publiczny lub prywatny oparty na kryptografii z wykorzystaniem tokenów lub bez tokenizacji. Dane w rejestrze są niezienne i poddawane audyto-

¹⁸ K. Piech red., *Leksykon pojęć...*, s. 9.

¹⁹ <Zob. <https://www.fxmag.pl/arttykul/czym-sa-kryptowaluty-5-podstawowych-cech>> [dostęp: 11.11.2022].

²⁰ Zob. P. Opitek, *Cyberprzestępczość w pracy prokuratora*, „Prokuratura i Prawo” – wydanie specjalne, Warszawa 2018, s. 148.

²¹ Zob. K. Zacharzewski, K. Piech (red.), *Przeгляд polskiego prawa w kontekście zastosowań technologii rozproszonych rejestrów oraz walut cyfrowych, stanowisko strumienia w sprawie kierunków ewentualnych prac legislacyjnych oraz działań regulacyjnych instytucji publicznych*, s. 6 i 8, <https://www.gov.pl/documents/31305/52168/przeгляд_polskiego_prawa_w_kontekście_zastosowan_tehnologii_rozproszonych_rejestrów_oraz_walut_cyfrowych.pdf/f6e74ce0-09e-5-776d-bd3b-c21_fca96cce2> [dostęp: 11.11.2022].

wi oraz zapewnia się ich autentyczność²². Inna definicja głosi, że blockchain to rozproszona, w pełni zdecentralizowana baza danych, utrzymująca nieustannie przyrastającą listę zapisów, które są sprawdzane, weryfikowane, a następnie grupowane w bloki. Każdy z takich bloków zawiera:

- znacznik czasu,
- wyliczoną kryptograficznie sumę kontrolną i
- sumę kontrolną poprzedniego bloku,
- w łańcuchu przechowywana jest cała historia przepływu określonego rodzaju tokenów²³.

Suma kontrolna to inaczej *hash*, a więc algorytm, który przekształca dane wejściowe w postaci dużego zbioru informacji na względnie krótki ciąg znaków umożliwiający szybkie porównanie poszczególnych baz w blockchainie²⁴. Istnieją różne algorytmy *hashujące*, a Bitcoin wykorzystuje algorytm SHA 256²⁵. „Rozproszenie” oznacza natomiast, że w sieci znajdują się węzły (ang. *nodes*), które w sposób od siebie niezależny przechowują i stale aktualizują historię wszystkich zapisów dokonanych w łańcuchu²⁶. W przeciwieństwie do układu zcentralizowanego w sieci rozproszonej brak jest jednego wspólnego serwera i dopóki chociaż jeden węzeł jest aktywny, system może dalej funkcjonować. Likwidacja takiej sieci wymagałaby zatem usunięcia wszystkich węzłów, co jest mało prawdopodobne i to właśnie ta okoliczność stanowi o niezawodności protokołu Bitcoin.

„Protokół”²⁷ stanowi istotę całego systemu. W dniu 31 października 2008 r. na portalu www.metzdowd.com ukazał się artykuł pt. „Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”, autorstwa nieustalonej osoby lub osób, posługujących się pseudonimem Satoshi Nakamoto. Wskazano w nim, że Bitcoin to w pełni elektroniczna wersja gotówki oparta na modelu komunikacji sieciowej *peer-to-peer* (P2P), która umożliwia przesyłanie płatności internetowych bezpośrednio od jednego podmiotu do drugiego, bez konieczności pośredniczenia w operacji instytucji finansowych²⁸. W taki sposób powstała sieć Bitcoin o szczególnych cechach technologicznych:

²² Zob. *ibidem*, s. 38–39. Link do ustawy: <<https://legiscan.com/AZ/text/HB2417/id/1497439>> [dostęp: 11.11.2022].

²³ Zob. M. Grzybowski, Sz. Bentyn, *Kryptowaluty*, Poznań 2018 r., s. 27 i 276 [w:] *Blockchain a prawo*, D. Szostek, Warszawa 2018, s. 38.

²⁴ Zob. <<https://cryps.pl/definicja/hash/>> [dostęp: 11.11.2022].

²⁵ Zob. M. Gates, *Blockchain. Ultimate guide...*, s. 114.

²⁶ Zob. <<https://www.fxmag.pl/arttykul/czym-sa-kryptowaluty-5-podstawowych-cech>> [dostęp: 11.11.2022].

²⁷ „Protokół to zbiór zasad umożliwiających urządzeniom nawiązanie łączności w celu wymiany informacji. Przykładem takiego protokołu może być np. TCP/IP, który został opracowany, aby możliwe było tworzenie sieci komputerowych”. D. Homa, *Sekrety Bitcoina i innych kryptowalut. Jak zmienić wirtualne pieniądze w realne zyski*, Gliwice 2015, s. 26.

²⁸ Zob. A. Behan, *Waluty wirtualne...*, s. 65–66.

- 1) tokeny mogą być przesyłane na całym świecie pomiędzy dowolnymi adresami w sieci,
- 2) transakcje są nieodwracalne,
- 3) system konsensusu zapobiega podwójnemu wydawaniu tych samych bitcoinów,
- 4) transakcje są realizowane w ciągu kilku sekund, a ich weryfikacja trwa poniżej 60 minut,
- 5) przetwarzanie transakcji oraz tworzenie nowych bitcoinów realizowane jest wspólnie przez „górników” (ang. *miners*),
- 6) transakcje dokonują się w sieci, a nie na urządzeniu końcowym, a więc nie zależą od tego, czy komputer odbiorcy BTC pracuje w momencie przesłania środków na jego adres,
- 7) system może wyemitować maksymalnie 21 mln bitcoinów bez możliwości ich „dodrukowania”,
- 8) transakcje zasadniczo są anonimowe,
- 9) BTC dzieli się do 8 miejsc po przecinku: 0,01 BTC = 1 cBTC = 1 bitcent, 0,001 BTC = 1 mBTC = 1 milibitcoin (milibit), 0,000 001 BTC = 1 μ BTC = 1 microbitcoin (microbit), 0,000 000 01 BTC = 1 satoshi [...] ²⁹. Biorąc pod uwagę kurs bitcoina, który na dzień 11 listopada 2022 r. wynosił średnio 76 962,58 zł, jego najmniejsza jednostka, tj. 1 satoshi, była wówczas warta 0,000 796 zł, czyli w przybliżeniu 0,077 gr ³⁰.

W celu zapewnienia Bitcoinowi wyżej wymienionych właściwości system ten został oparty na trzech głównych elementach w postaci kryptografii klucza publicznego, sieci *peer-to-peer* oraz dowodu pracy (ang. *proof of work*) ³¹. Przez kryptografię klucza publicznego (tzw. asymetryczną) rozumie się zarówno klucz publiczny, jak i klucz prywatny ³². Klucz publiczny pełni w uproszczeniu funkcję rachunku bankowego, natomiast klucz prywatny to hasło do konta powiązane z tym rachunkiem ³³. Klucze pozostają ze sobą powiązane matematycznie i mogą wyglądać następująco ³⁴:

- 1) klucz publiczny (in. adres) wraz z kodem QR dla kryptowaluty Bitcoin wygenerowany na stronie bitaddress.org: 1KCEvB8Z1ee****jvnBgCTanA QYjcoFzHZ;



²⁹ Zob. D. Homa, *Sekrety Bitcoina...*, s. 20–21.

³⁰ Zob. <https://www.google.com/finance/quote/BTC-PLN?sa=X&ved=2ahUKEwjJ8cXotX6A-hXhkYsKHT_ICaYQ-fUHegQIBhAe> [dostęp: 11.11.2022].

³¹ Zob. D. Homa, *Sekrety Bitcoina...*, s. 25.

³² Zob. *ibidem*, s. 27.

³³ P. Opitek, *Cyberprzestępczość...*, s. 149 i 152.

³⁴ Poniższe klucze zostały ocenzone w ten sposób, że niektóre ze znaków zostały zastąpione gwiazdkami, a kody QR zasłonięte białymi polami.

- 2) klucz prywatny (tzw. hasło) wraz z kodem QR dla kryptowaluty Bitcoin wygenerowany na stronie bitaddress.org: L4wpBUutYmaQPdU83*****
***`HSK ZDArtxvWWL1eDFzXuNcoA`.



System kluczy generuje podpisy cyfrowe (ang. *digital signatures*), które pozwalają użytkownikowi sieci, po otrzymaniu zaszyfrowanej wiadomości opatrzonej podpisem, na zweryfikowanie poprawności transakcji bez ujawniania jej treści i wyłącznie przy wykorzystaniu podpisu cyfrowego oraz klucza publicznego³⁵. Klucze nie są przechowywane w sieci, tylko zdeponowane w pliku lub prostej bazie danych nazywanej portfelem (ang. *wallet*)³⁶.

Sieć *peer-to-peer* tworzona jest przez system klientów (posiadaczy jednostek kryptowaluty), którzy komunikują się ze sobą jako równorzędne węzły infrastruktury³⁷. Klient pobierający informacje z protokołu jest hostem, a więc serwerem wysyłającym informacje. Oznacza to, że nie ma centralnej jednostki do zarządzania i przetwarzania transakcji, jaką np. w bankowości internetowej pełni oficjalna instytucja finansowa.

Dowód pracy (ang. *proof of work*, POW) jest mechanizmem konsensusu realizowanym w celu osiągnięcia porozumienia w sieci, potwierdzenia transakcji oraz tworzenia nowych bloków w łańcuchu blockchaina³⁸. W protokole Bitcoin brak jest centralnej jednostki do zarządzania i przetwarzania transakcji i na całej sieci spoczywa zadanie zatwierdzania transakcji przez jej użytkowników. Dowód pracy polega na rozwiązaniu matematycznej zagadki, aby dodać blok do łańcucha bloków³⁹. Zagadka to równanie matematyczne, którego wynik musi mieć wartość niższą niż aktualna wartość trudności. Taki proces określany jest jako „kopanie kryptowaluty”. Pojemność 1 bloku w protokole Bitcoina wynosi 1 MB, zaś dodawanie kolejnych bloków następuje co 10 minut⁴⁰. Z tego też powodu z dowodem pracy związana jest trudność jego wydobycia. Biorąc pod uwagę, że *hash* jest wartością losową, węzeł musi szukać rozwiązania metodą prób i błędów. Im większa jest moc obliczeniowa węzłów zatwierdzających, tym wyższa jest trudność równania, tak aby częstotliwość zatwierdzania bloków była równomierna. W praktyce praca górników polega zatem na rozwiązaniu funkcji haszu-

³⁵ Zob. <<https://academy.binance.com/pl/articles/what-is-a-digital-signature>> [dostęp: 11.11.2022].

³⁶ Zob. P. Opitek, *Cyberprzestępczość...*, s. 152–153.

³⁷ Zob. D. Homa, *Sekrety Bitcoina...*, s. 29.

³⁸ Zob. K. Moreland, *What is Proof-of-Work*, <<https://www.ledger.com/academy/blockchain/what-is-proof-of-work>> [dostęp: 11.11.2022].

³⁹ Zob. M. Gates, *Blockchain. Ultimate guide...*, s. 112.

⁴⁰ Zob. <<https://www.fxmag.pl/artykul/co-to-jest-blockchain-i-jak-dziala-2-kurs-bitcoina-od-zera>> [dostęp: 11.11.2022].

jącej kolejnych bloków zawierających transakcje⁴¹. Chodzi o odszukanie odpowiedniej sumy kontrolnej (in. *hasha*) kolejnego bloku, za co protokół Bitcoina „wypłaca” nagrodę w postaci nowych monet. Górnicy pobierają ponadto opłaty transakcyjne (ang. *fee*) za weryfikację operacji⁴². W realiach wirtualnego świata górnik „wydobywa” zatem „cyfrowe złoto” w postaci bitcoina, wykorzystując do tego moc obliczeniową swojego komputera (tzw. koparki), co wymaga z kolei pobrania energii elektrycznej przez maszynę. Choć „wydobyto” już około 90% procent wszystkich bitcoinów, to algorytmy wskazują, że ostatni z nich zostanie „wykopany” dopiero w 2140 r.⁴³ Tak długi proces wydobywania spowodowany jest tzw. *halvingiem*, czyli procesem, w którym liczba generowanych bitcoinów w sieci zostaje cyklicznie zmniejszana o połowę⁴⁴, a po wydobywaniu ostatniej „monety” górnicy będą utrzymywać się wyłącznie z prowizji od opłat transakcyjnych.

Ether różni się technologicznie od bitcoina. Po pierwsze, od 15 września 2022 r. sieć Ethereum, wcześniej funkcjonująca na zasadzie „dowodu pracy”, połączyła się z siecią Ethereum 2.0. i opiera się obecnie na „dowodzie stawki” (ang. *proof of stake*, POS)⁴⁵. Dowód stawki wymaga mniejszej mocy obliczeniowej, co obniża koszty „kopania”, walidacji transakcji, jak również ogranicza zużycie energii elektrycznej. POS nie preferuje tworzenia dużych „mining pool”, a więc jeszcze bardziej decentralizuje całą sieć Ethereum. W dowodzie stawki węzły wybierane są w sposób półlosowy, a prawdopodobieństwo wyboru jest oparte na ilości monet oraz długości czasu ich posiadania przez osobę deklarującą się jako walidator. Algorytm wymaga, aby użytkownik ETH „zamroził” swoje tokeny w formie depozytu w celu wykluczenia fałszywych transakcji: próba ich dokonania spowodowałaby, iż węzeł walidujący taką operację utraciłby swój depozyt na poczet pokrycia straty, jaką spowodował w sieci i w ogóle zostałby wykluczony z systemu⁴⁶. Dowód stawki zachęca zatem do kumulacji coraz to większej ilości kryptowaluty na wzór tradycyjnego konta oszczędnościowego w banku.

W przeciwieństwie do Bitcoina sieć Ethereum pozwala tworzyć tzw. inteligentne kontrakty (ang. *smart contracts*), które automatycznie weryfikują, wykonują i egzekwują umowę na podstawie warunków zapisanych w ko-

⁴¹ Zob. <<https://www.fxmag.pl/artykul/kopanie-bitcoina-btc-i-proof-of-work-co-to-jest-4-kurs-bitcoina-od-zera>> [dostęp: 11.11.2022].

⁴² Zob. M. Gates, *Blockchain. Ultimate guide...*, s. 110.

⁴³ Zob. <<https://businessinsider.com.pl/gielta/kryptowaluty/kryptowaluty-wykopano-juz-90-proc-wszystkich-bitcoinow/pr6zc1p>> [dostęp: 11.11.2022].

⁴⁴ Zob. P. Wójcik, T. Kabarowski, *Kryptowaluty...*, s. 29.

⁴⁵ Zob. A. Kotowski, *Ethereum 2.0 zostało wprowadzone. Aktualizacja Merge zmieni rynek kryptowalut*, <<https://www.komputerswiat.pl/artykuly/redakcyjne/to-wydarzenie-zmieni-rynek-kryptowalut-ethereum-20-zosta-lo-wprowadzone/qj9554>> [dostęp: 11.11.2022].

⁴⁶ *Ibidem*.

dzie. *Smart contracts* są częściowo lub całkowicie samowykonalne⁴⁷, a do ich uruchomienia wykorzystuje się „gaz” (ang. *gas*) pochodzący z konwersji kryptowaluty ether⁴⁸. Dzięki wyżej opisanej technologii w sieci Ethereum, oprócz ETH, mogą funkcjonować dwa inne rodzaje cyfrowych monet:

- 1) tokeny użytkowe (ang. *utility tokens*): są dystrybuowane wśród użytkowników sieci Ethereum w ramach ICO (ang. *Initial Coin Offering*) na wzór pierwszych ofert publicznych IPO (ang. *Initial Public Offering*) na tradycyjnej giełdzie papierów wartościowych⁴⁹,
- 2) tokeny udziałowe (ang. *security tokens*), których dystrybucja przebiega w procesie STO (ang. *Security Token Offering*); stanowi on wyłącznie swojego rodzaju udział w spółce, która odpowiada za emisję tokenów (np. tokeny akcyjne posiadają zabezpieczenie w postaci certyfikatów lub instrumentów finansowych o określonej wartości⁵⁰).

Powyzsze wyliczenie ma charakter otwarty, gdyż w cyberprzestrzeni funkcjonują jeszcze inne rodzaje żetonów, np. tokeny niewymienialne (ang. *non-fungible tokens*, skrót: tokeny NFT), które także mogą stanowić przedmiot zabezpieczenia majątkowego.

IV. Rodzaje portfeli kryptowalutowych

Portfel kryptowalutowy przechowuje listę kluczy prywatnych i publicznych, których pary wykorzystuje się do przeprowadzenia transakcji. W tym kontekście pytanie prokuratora skierowane do biegłego z zakresu informatyki śledczej, czy w pamięci zabezpieczonego komputera znajduje się waluta wirtualna (np. bitcoiny), jest tylko pewnym uproszczeniem. Pod względem technicznym jednostki waluty wirtualnej są bowiem zapisane w księdze rachunkowej określonej mianem łańcucha bloków, natomiast portfel zawiera wyłącznie klucze uprawniające do dysponowania nimi. W praktyce mówi się jednak o zajęciu lub transferze tych jednostek, co też w praktyce odzwierciedla sens przeprowadzanych czynności.

⁴⁷ Zob. M. Gates, *Blockchain. Ultimate guide...*, s. 114.

⁴⁸ Zob. K. Piech red., *Leksykon pojęć...*, s. 7. Gaz odnosi się do jednostki, która mierzy ilość „wysiłku obliczeniowego”, wymaganego do wykonania określonych operacji w sieci Ethereum. Ponieważ każda transakcja Ethereum wymaga zasobów obliczeniowych do wykonania, każda transakcja wymaga opłaty (ang. *fee*). Gaz odnosi się do opłaty wymaganej do pomyślnego przeprowadzenia transakcji na Ethereum. Opłaty za gaz są uiszczane w rodzimej walucie Ethereum, tj. w eterze. Zob. <<https://ethereum.org/en/developers/docs/gas/>> [dostęp: 11.11.2022].

⁴⁹ Zob. P. Wójcik, T. Kabarowski, *Kryptowaluty...*, s. 43.

⁵⁰ Zob. *ibidem*, s. 44.

Na przykładzie protokołu Bitcoina portfele kryptowalutowe dzielą się na:

- 1) „gorące” i „zimne”,
- 2) powiernicze i niepowiernicze,
- 3) wykorzystujące frazę *seed* (tzw. portfele HD) i niewykorzystujące tej frazy.

„Gorący” portfel (ang. *hot wallet*) wymaga połączenia z siecią Internet, aby mógł funkcjonować⁵¹. Takie bazy danych są wygodnym, najczęściej bezpłatnym rozwiązaniem, umożliwiającym sprawne przesyłanie jednostek kryptowaluty. Z drugiej strony są to „portmonetki” obarczone niebezpieczeństwem ataku hakerskiego, w wyniku którego może dojść do „kradzieży jednostek kryptowaluty”, a *sensu stricto* do uzyskania dostępu przez osoby nieuprawnione do klucza prywatnego, czyli hasła do adresu w postaci klucza publicznego. Wyróżnia się trzy rodzaje takich portfeli:

- a) desktopowy: aplikacja dostępna wyłącznie na komputerze stacjonarnym lub laptopie⁵², która zapisuje klucz prywatny na urządzeniu, jednakże ze uwagi na połączenie komputera lub laptopa z siecią Internet uważany jest on za *hot wallet*. Mając na względzie potencjalnie duży wolumen wolnej przestrzeni dyskowej, portfel desktopowy umożliwia wybór pomiędzy portfelem:
 - pełnym (ang. *full node wallet*): wówczas desktopowa baza danych pobiera cały zapis protokołu blockchaina, który w przypadku Bitcoina „waży” 340 GB⁵³. Pełny portfel desktopowy umożliwia potwierdzanie wykonanych transakcji bezpośrednio na lokalnej kopii blockchaina, co zapewnia większe bezpieczeństwo poprzez niwelowanie konieczności pobierania historii transakcji z zewnętrznych serwerów⁵⁴,
 - lekkim (ang. *light wallet*): w tym wariantcie desktopowa baza danych korzysta z łańcucha bloków przechowywanego na zewnętrznym serwerze, co nie obciąża pamięci danego urządzenia oraz umożliwia szybszą synchronizację danych⁵⁵;
- b) mobilny: to „portmonetka”, która występuje jako aplikacja mobilna na urządzeniu typu smartfon⁵⁶;

⁵¹ Zob. <<https://www.binance.com/pl/blog/markets/co-to-jest-gor%C4%85cy-portfel1566142242267530596>> [dostęp: 11.11.2022].

⁵² Zob. *ibidem*.

⁵³ Zob. <<https://kryptopan.pl/portfele-do-bitcoina-kryptowalut/>> [dostęp: 11.11.2022]. Należy odnotować, że autor niniejszego artykułu zaktualizował informację na temat wymaganej przestrzeni dyskowej.

⁵⁴ Zob. <<https://www.fxmag.pl/artykul/zakladamy-portfel-desktopowy-do-bitcoina-btc-16-kurs-btc-od-zera>> [dostęp: 11.11.2022].

⁵⁵ Zob. *ibidem*.

⁵⁶ Zob. <<https://www.binance.com/pl/blog/markets/co-to-jest-gor%C4%85cy-portfel-1566142242267530596>> [dostęp: 11.11.2022].

- c) przeglądarkowy: *wallet*, do którego dostęp możliwy jest zarówno z poziomu przeglądarki komputera, jak i przeglądarki urządzenia mobilnego typu smartfon⁵⁷.

Zimny portfel (ang. *cold wallet*) to „portmonetka” typu offline, czyli baza danych umożliwiająca szyfrowanie oraz przechowywanie kluczy bez połączenia z siecią Internet, co gwarantuje znaczny poziom bezpieczeństwa. Przyjmuje się, że prawidłowo utworzony *cold wallet* w środowisku offline jest w zasadzie niemożliwy do zhakowania⁵⁸. Funkcjonują dwa rodzaje zimnych portfeli:

- a) sprzętowy (ang. *hard wallet*), który z wyglądu przypomina pendrive. W rzeczywistości jest to specjalne urządzenie przeznaczone do przechowywania i ochrony kluczy prywatnych poprzez ich odcięcie od Internetu⁵⁹. W tym celu klucze prywatne przechowywane są na obszarze mikrokontrolera sprzętowego, przez co nie mogą one zostać wyodrębnione w postaci tekstu z urządzenia, nawet jeśli sprzęt został zainfekowany wirusem⁶⁰. Chodzi o to, aby klucze prywatne znajdowały się poza dostępem do sieci Internet, nawet gdy sam komputer taki dostęp aktualnie posiada. Szyfrowanie kluczy prywatnych również odbywa się bezpośrednio na urządzeniu. Do najpopularniejszych portfeli sprzętowych zalicza się marki: Ledger, Trezor i SafePal⁶¹, a każdy z nich to tzw. *multiwallet*, czyli baza danych umożliwiająca przechowywanie kluczy więcej niż jednego rodzaju tokenów (np. bitcoin i ethereum). Cena portfela sprzętowego to kilkaset złotych, a do obsługi *hard walleta* wymagane jest dodatkowe urządzenie typu komputer albo smartfon z dedykowaną do niego aplikacją;
- b) papierowy (ang. *paper wallet*): nie jest *multiwalletem* i pozwala przechowywać klucze wyłącznie do jednego rodzaju kryptowaluty. W takiej bazie danych klucz prywatny tworzony jest przez odpowiedni, bezpłatny generator (np. www.bitaddress.org lub www.bitcoinpaperwallet.com⁶²), a następnie umieszczany w dru-

⁵⁷ Zob. *ibidem*.

⁵⁸ Zob. <<https://www.fxmag.pl/artykul/cold-wallet-hot-wallet-portfel-portfelowi-nierowny-12-kurs-bitcoina-od-zera>> [dostęp: 11.11.2022].

⁵⁹ Zob. S. Bala, T. Kopyściański, W. Srokosz, *Kryptowaluty jako...*, s. 94.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Zob. J. Frank, tłumaczenie K. Nalepa, *Czym jest portfel non-custodial (niepowierniczy), a czym portfel kustodialny?*, <<https://pl.beincrypto.com/learn/portfel-non-custodial-niepowierniczy/>> [dostęp: 11.11.2022].

⁶² Oba generatory opierają się na otwartoźródłowym języku programowania JavaScript.

kowalnym pliku graficznym⁶³. Samo generowanie *paper walleta* oparte jest na danych wejściowych w postaci odczytów położenia kursora podczas swobodnych ruchów myszką komputerową na dedykowanym do tego ekranie aplikacji. Generowanie i obsługa takiego portfela wymaga przestrzegania określonych zasad, tj.:

- uruchomienia generatora portfela w trybie offline, najlepiej na dedykowanym do tego komputerze z „czystym” systemem operacyjnym, który nie miał wcześniej dostępu do Internetu,
 - wydrukowania wygenerowanej „portmonetki” na offline’owej drukarce,
 - usunięcia plików z bufora/kolejki drukowania oraz z pamięci podręcznej drukarki,
 - zabezpieczenia wydrukowanego portfela zarówno przed dostępem osób trzecich do treści klucza prywatnego, jak i przed czynnikami zewnętrznymi, które mogą uszkodzić papier,
 - wypłata środków powinna uwzględnić całość tokenów zgromadzonych na adresie portfela i mieć jednorazowy charakter⁶⁴;
- c) pamięciowy (ang. *brain wallet*): to „portmonetka” działająca na tej samej zasadzie co *paper wallet* z tą różnicą, że zamiast odczytów położenia kursora klucze generowane są na podstawie wybranej frazy (ang. *passphrase*), np. woj.przepl.prawn123!@#\$. Fraza, choć łatwa do zapamiętania, jest jednocześnie mało bezpiecznym rozwiązaniem, gdyż jej ujawnienie umożliwia szybkie i łatwe odtworzenie obu kluczy.

Portfel powierniczy, określane również mianem kustodialnego (ang. *custodial wallet*), to baza danych, którą inwestor powierza do zarządzania stronie trzeciej i przyjmuje ona rolę powiernika wartości⁶⁵. Portfelami takimi zarządzają przede wszystkim scentralizowane giełdy kryptowalutowe: ich użytkownik nie posiada dostępu do swoich kluczy prywatnych, gdyż pozostają one w posiadaniu giełdy; dysponuje natomiast kontem na platformie, które umożliwia mu handel kryptowalutą. Omawiane „portfele” powodują zatem centralizację czegoś, co w założeniu ma być zdecentralizo-

⁶³ Zob. D. Dziduch, *Jaki portfel kryptowalutowy jest dla mnie najlepszy? | #13 Kurs Bitcoina od Zera*, <<https://www.fxmag.pl/arttykul/jaki-portfel-kryptowalutowy-jest-dla-mnie-najlepszy-13-kurs-bitcoina-od-zera>> [dostęp: 11.11.2022].

⁶⁴ Niniejsze wytyczne dotyczące bezpieczeństwa zostały określone na oficjalnej stronie przeznaczonej do generowania portfeli papierowych dla kryptowaluty Bitcoin, Litecoin oraz Dogecoin. Zob. <www.bitcoinpaperwallet.com> [dostęp: 11.11.2022].

⁶⁵ J. Frank, tłumaczenie K. Nalepa, *Czym jest portfel...*, <<https://pl.beincrypto.com/learn/portfel-non-custodial-niepowierniczy/>> [dostęp: 11.11.2022].

wane, a to zaś umożliwi organom ścigania dokonanie skutecznej blokady środków zgromadzonych na giełdzie.

Kolejna grupa portfeli, tzw. niepowierniczych, umożliwia właścicielom BTC bezpośredni dostęp do jego kluczy prywatnych.

Portfele wykorzystujące frazę *seed* (ang. *HD wallet*) to hierarchiczno-deterministyczna baza danych. Fraza *seed*, zwana również frazą odzyskiwania albo mnemoniczną, to ciąg 12 lub 24 anglojęzycznych słów, na podstawie których portfel generuje klucze publiczne i prywatne. Rozwiązanie takie pozwala w szczególności na generowanie nowego adresu publicznego do wpłaty środków oraz odzyskanie kluczy w razie utraty portfela. Co więcej, niektóre *wallety* umożliwiają opatrzenie frazy *seed* dodatkowym hasłem stanowiącym kolejne zabezpieczenie przed cyberatakami⁶⁶. Przykładowa 24-wyrazowa fraza *seed* to: *just reunion kid ask copy high game village project tattoo film baby accuse balcony assault today evil danger top clarify car rebel advance genius*. Aktualnie niemal wszystkie „portmonetki” kryptowalutowe to portfele HD, stąd też przeszukanie należy ukierunkować m.in. na ujawnienie frazy *seed*, gdyż z obawy przed hackingiem niektórzy użytkownicy kryptowalut zapisują ją na kartce papieru. Z tego powodu fraza mnemoniczna może zostać ujawniona nie tylko w przestrzeni dyskowej, ale również w formie manualnego zapisu danych.

Kierując się stopniem bezpieczeństwa poszczególnych „portmonetek”, w trakcie realizacji zabezpieczenia majątkowego na kryptowalucie powinno stosować się najbezpieczniejsze narzędzie informatyczne do składowania tokenów. Postulat taki najlepiej spełnia *cold wallet*, ale z eliminacją opcji portfela „pamięciowego” (*passphrase* może zostać zapamiętana przez osobę generującą portfel, a to grozi nadużyciami). Najprostszym oraz najbardziej bezpiecznym rozwiązaniem będzie zatem utworzenie portfela papierowego. Kartka papieru wytworzona w odpowiednich offline’owych warunkach oraz umieszczona w bezpiecznej kopercie uniemożliwia osobom nieuprawnionym dostęp do treści klucza prywatnego, a organom ścigania pozwala na bezpiecznie, długotrwałe przechowywanie kryptowaluty. W tym miejscu należy jednak poczynić kilka uwag.

Po pierwsze, „papierowa portmonetka” musi być faktycznie utworzona w warunkach *offline*, stosownie do wyżej wymienionych wytycznych. Może się zatem okazać, że w tym celu trzeba będzie zakupić odrębny komputer oraz drukarkę, jak również zadbać o offline’owe aktualizacje ich oprogramowania. Po drugie, z uwagi na to, że *paper wallet* jest oprogramowaniem typu *open source* w sieci istnieją zmodyfikowane wersje generatorów portfe-

⁶⁶ Zob. <<https://www.fxmag.pl/artykul/cold-wallet-hot-wallet-portfel-portfelowi-nierowny-12-kurs-bitcoina-od-zera>> [dostęp: 11.11.2022].

li papierowych, które po nieumyślnym zainstalowaniu mogą spowodować „kradzież” utworzonych kluczy prywatnych. Po trzecie, portfel papierowy nie obsługuje wszystkich rodzajów kryptowaluty. Stawianie zatem wyłącznie na przeszkolenie w zakresie tworzenia tego rodzaju „portmonetki” może okazać się problematyczne w sytuacji, gdy dojdzie do konieczności zabezpieczenia mniej popularnych tokenów. Po czwarte, jednostki kryptowaluty z portfela papierowego należy wypłacić w całości jednym przelewem. Wreszcie po piąte, „przyjęcie” bitcoinów na takiego rodzaju „portmonetkę” wymaga udostępnienia albo zeskanowania kodu QR klucza publicznego. „Przelew” kryptowaluty odbywa się wówczas na bitcoinowym blockchainie, a klucz prywatny pozostaje offline. Nie może dojść do sytuacji odwrotnej, tj. nie sposób wydać „dyspozycji przelewu z kartki papieru”. Klucze muszą zostać zatem z powrotem umieszczone w sieci, przy czym chodzi tutaj o *hot wallet*, np. występujący zarówno w formie mobilnej, jak i desktopowej – Electrum. Zanim zabezpieczone środki w jakikolwiek sposób zostaną rozporządzone, *paper wallet* musi zostać „odtworzony” na jednym z gorących portfeli. W konsekwencji zgromadzone środki wystawione są na właściwe dla *hot walletów* ryzyko ataku hackerskiego, co przy możliwości prześledzenia przez przestępców jawnego rejestru transakcji Bitcoina może być uzasadnione i realne. Prawidłowo utworzony *paper wallet* jest zatem zimną bazą danych tylko na czas przechowywania środków.

Biorąc pod uwagę powyższe, *hard wallet* jest bezpieczniejszym rodzajem portfela do „przechowywania” i późniejszych rozporządzeń zabezpieczonymi jednostkami kryptowaluty. Co prawda nie chroni on przed *clipboard hijackerami*⁶⁷, jednakże inne *wallety* też tego nie czynią. Nadto umożliwia on przechowywanie większego spectrum kryptowalut i tokenów oraz nie wymaga rygorystycznego przestrzegania procedur offline’owego generowania portfela papierowego. Również aktualna cena „sprzętowej portmonetki” nie jest wygórowana, a zakupione urządzenie jest wielorazowego użytku. Istotnym argumentem przemawiającym za portfelem sprzętowym jest także to, że do założenia *hard walleta* wystarczy, że zostanie przeszkolony informatyk zatrudniony odpowiednio w sądzie lub prokuraturze. Czynności związane z utworzeniem i obsługą portfela sprzętowego mogą również zostać zlecone Policji, np. odpowiedniej komórce Centralnego Biura Zwalczania Cyberprzestępczości. Z powyższych względów autor oce-

⁶⁷ *Clipboard hijacker* – rodzaj złośliwego oprogramowania mający na celu zastąpienie skopiowanych do schowka adresów portfeli kryptowalutowych adresami należącymi do cyberprzestępców. Wielu użytkowników dokonuje transakcji, wprowadzając ręcznie adresy portfeli, a następnie kopiując je do schowka. *Clipboard hijacker* wykorzystuje nieuwagę i zastępuje taki adres innym. Zob. T. Meskauskas, *How to prevent financial loss caused through Clipboard Hijacker*, <<https://www.pcrisk.com/removal-guides/15815-clipboard-hijacker-malware>> [dostęp: 11.11.2022].

nia *hard wallet* za najbezpieczniejszy i najbardziej uniwersalny rodzaj bazy danych do przechowywania kluczy prywatnych określonej kryptowaluty. Z tego też powodu dalsze rozważania będą odnosić się do kwestii wygenerowania sądowego portfela sprzętowego.

V. Podsumowanie

A rtykuł stanowi punkt wyjścia do rozważań w przedmiocie możliwości wygenerowania sądowego portfela kryptowalutowego. Kryptowaluty to nie tylko przedmiot przestępstwa, ale również względnie „bezpieczny” sposób na ukrycie posiadanych aktywów, pranie pieniędzy, zapłatę za informacje, a także dokonywanie innych procedurów w cyberprzestrzeni. Biorąc pod uwagę, że postępowania z wykorzystaniem tego typu „walut” są skomplikowane, już na wczesnym etapie rozważań odróżniono od siebie waluty cyfrowe, waluty wirtualne oraz kryptowaluty. W dalszej kolejności omówiono technologię blockchain oraz oparty na niej protokół Bitcoina i Ethereum. Stwierdzono, że w świetle wprowadzonego przez autora podziału walut wirtualnych na sześć różnych odmian Bitcoin jest środkiem wymiany zaprojektowanym do funkcjonowania w zamkniętej na świat zewnętrzny przestrzeni wirtualnej, wydawanym przez zdecentralizowany system informatyczny. W kontekście protokołu Ethereum stwierdzono natomiast, że do zabezpieczenia majątkowego może dojść również na innych niż jednostki kryptowaluty tokenach, w szczególności na tokenach użytkowych, udziałowych oraz tokenach NFT. Dla organów procesowych najbezpieczniejszą „zimną portmonetką” jest tzw. *hard wallet*, czyli specjalne urządzenie przeznaczone do przechowywania i ochrony kluczy prywatnych poprzez ich odizolowanie od połączeń sieciowych. Klucze prywatne są wówczas przechowywane na obszarze mikrokontrolera sprzętowego, przez co nie mogą one zostać wyodrębnione w postaci tekstu z urządzenia, nawet jeśli sprzęt został zainfekowany wirusem. Jednocześnie krytycznie odniesiono się do pozostałych *cold waletów*, tj. portfela pamięciowego oraz papierowego. Wobec tego drugiego podniesiono szereg uwag, w tym wskazano, że zanim zabezpieczone środki w jakikolwiek sposób zostaną rozporządzone, *paper wallet* musi zostać „odtworzony” na jednym z gorących portfeli. W konsekwencji zgromadzone środki wystawione są na właściwe dla *hot waletów* ryzyko ataku hakera, co przy zasadniczej możliwości przesłania przez przestępców jawnego rejestru transakcji np. Bitcoina może być realne. Prawidłowo utworzony *paper wallet* jest zatem zimnym portfelem tylko na czas przechowywania środków i z tego też powodu nie jest on rekomendowany przez autora do realizacji zabezpieczenia majątkowego.



A B S T R A C T

This paper considers the legitimacy of creating a cryptocurrency wallet at the stage of court proceedings. Cybercrime is an ever-growing type of crime that currently extends to virtual currencies, particularly cryptocurrencies. Therefore it is not surprising, that digital currencies are finding increasing interest in the law enforcement community, which tries to fight against this kind of crime. Given the above, the author of this article has decided to resolve under what conditions and whether the judicial cryptocurrency wallet can be created. This paper consists of two parts.

The first one is about generally description elementary issues and cryptocurrency technology. Bitcoin and Ethereum have been used as the examples. The part one explains what the differences are between digital currency, virtual currency and cryptocurrency. It also describes what a cryptocurrency wallet is, what are its features and types, and what variants of this type of database can be taken into account when generating a forensic cryptocurrency wallet. Finally, the author points to the so-called hard wallet.

The second part will treat about the security on property and temporary seizure of movable property. The author will consider the possibility of treating virtual currency as movable property, and will list the authorities permitted in criminal proceedings with hardware wallets. The case in regarding the indisputable establishment of judicial hardware wallet will also be addressed.

Keywords: security on property, temporary seizure of movable property, virtual currency, blockchain, cryptocurrencies, Bitcoin, Ethereum, property, cryptocurrency wallet

Bibliografia

Literatura

- Bala S., Kopyściański T., Srokosz W., *Kryptowaluty jako elektroniczne instrumenty płatnicze bez emitenta. Aspekty informatyczne, elektroniczne i prawne*, Wrocław 2016
- Behan A., *Waluty wirtualne jako przedmiot przestępstwa*, Kraków 2022
- Furieux N., *Investigating Cryptocurrencies. Understanding, Extracting and Analyzing Blockchain Evidence*, Indianapolis 2018
- Gates M., *Blockchain. Ultimate guide to understanding blockchain, bitcoin, cryptocurrencies, smart contracts and the future of money*, Wrocław 2017
- Homa D., *Sekrety Bitcoina i innych kryptowalut. Jak zmienić wirtualne pieniądze w realne zyski*, Gliwice 2015
- Majewska-Bielecka D., Grzelczak I., *Bitcoin jako najpopularniejsza kryptowaluta na świecie*, „Zeszyty Naukowe ZPSB Firma i Rynek” 2021, nr 1
- Opitek P., *Cyberprzestępczość w pracy prokuratora*, „Prokuratura i Prawo” – wydanie specjalne, Warszawa 2018
- Opitek P., Góral K., *Analiza kryminalna transferów kryptowalutowych w pracy prokuratora (cz. I)*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 4–5
- Opitek P., Góral K., *Analiza kryminalna transferów kryptowalutowych w pracy prokuratora (cz. II)*, „Prokuratura i Prawo” 2020, nr 6
- Szostek D., *Blockchain a prawo*, Warszawa 2018
- Szpyt K., *Obrót dobrami wirtualnymi w grach komputerowych. Studium cywilistyczne*, Warszawa 2018
- Wójcik P., Kabarowski T., *Kryptowaluty od zera*, Warszawa 2020

Akty prawne

- Ustawa z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu, (Dz.U. z 2022 r. poz. 593 t.j.)

Źródła internetowe

- Dziduch D., *Jaki portfel kryptowalutowy jest dla mnie najlepszy? | #13 Kurs Bitcoina od Zera*, <<https://www.fxmag.pl/artykul/jaki-portfel-kryptowalutowy-jest-dla-mnie-najlepszy-13-kurs-bitcoi-na-od-zera>>
- Frank J., tłumaczenie Nalepa K., *Czym jest portfel non-custodial (niepowierniczy), a czym portfel kustodialny?*, <<https://pl.beincrypto.com/learn/portfel-non-custodial-niepowierniczy>>
- Horbaczewski R., *Ofiary oszustw na „bitcoina” tracą oszczędności życia*, <<https://www.prawo.pl/prawo/oszustwa-na-kryptowaluty-nowa-metoda-przestepcow,508164.html>>

- Juraszek B., *Deutsche Bank: Bitcoin stanie się cyfrowym złotem XXI wieku*, <<https://coinspector.pl/deutsche-bank-bitcoin-stanie-sie-cyfrowym-zlotem-xxi-wieku/>>
- Kotowski A., *Ethereum 2.0 zostało wprowadzone. Aktualizacja Merge zmieni rynek kryptowalut*, <<https://www.komputerswiat.pl/artykuly/redakcyjne/to-wydarzenie-zmieni-rynek-kryptowalut-ethereum-20-zostal-wprowadzone/qj95544>>
- Meskauskas T., *How to prevent financial loss caused through Clipboard Hijacker*, <<https://www.pcrisk.com/removal-guides/15815-clipboard-hijacker-malware>>
- Moreland K., *What is Proof-of-Work*, <<https://www.ledger.com/academy/blockchain/what-is-proof-of-work>>
- Piech K., *Leksykon pojęć na temat technologii blockchain i kryptowalut*, s. 7, <https://www.gov.pl/documents/31305/0/leksykon_pojec_na_temat_tehnologii_blockchain_i_kryptowalut.pdf/77392774-1180-79ab-4dd5-089ffab37602>
- Wigmore I., *Definition digital currency*, <<https://www.techtarget.com/whatis/definition/digital-currency>>
- Zacharzewski K., Piech K. (red.), *Przegląd polskiego prawa w kontekście zastosowań technologii rozproszonych rejestrów oraz walut cyfrowych, stanowisko strumienia w sprawie kierunków ewentualnych prac legislacyjnych oraz działań regulacyjnych instytucji publicznych*, s. 6 i 8, <https://www.gov.pl/documents/31305/52168/przegląd_polskiego_prawa_w_kontekscie_zastosowan_tehnologii_rozproszonych_rejestrow_oraz_walut_cyfrowych.pdf/f6e74ce0-09e5-776d-bd3b-c21fca96cce2>

*Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego
z 6 października 2020 r., sygn. IV KK 496/19³*

*Commentary to the decision of the Supreme
Court on 6 October 2020, reference numer:
IV KK 496/19*

STRESZCZENIE

Głosowane postanowienie Sądu Najwyższego z 6 października 2020 r. odnosi się do problematyki temporalnej stosowania aktualnie obowiązującego przepisu art. 168 k.p.k.⁴, związanego z instytucją tzw. zgody następczej. W przedmiotowym orzeczeniu Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że wskazany przepis może dotyczyć tylko tych materiałów z kontroli operacyjnej, które uzyskane zostały po dniu 14 kwietnia 2016 r., czyli po uchwaleniu zmian ustawowych w kodeksie postępowania karnego. Problem zgody następczej, a w szczególności legalności i dopuszczalności dowodów uzyskanych w wyniku czynności operacyjno-rozpoznawczych, a zwłaszcza kontroli operacyjnej, wydaje się istotną okolicznością związaną z podstawowymi zasadami wynikającymi zarówno z postanowień konstytucji, jak i zasad kodeksowych, w tym między innymi: zasady rzetelności, swobodnej oceny dowodów, prawdy materialnej czy też legalizmu. Dlatego tak ważnym aspektem z punktu widzenia procedury karnej jest kwestia regulacji dotyczących problematyki wykorzystania w trakcie procesu karnego tego rodzaju materiałów.

Słowa kluczowe: postępowanie karne, czynności operacyjno-rozpoznawcze, dopuszczalność dowodów, zgoda następcza, kontrola operacyjna, Policja, prokuratura, służby specjalne

¹ Anna Mazurek – prokurator del. do Prokuratury Krajowej.

² Dr Grzegorz Ociecek – prokurator Prokuratury Krajowej w stanie spoczynku, Doradca Prokuratora Krajowego, adiunkt UKSW, stały recenzent miesięcznika „Prokuratura i Prawo”, członek Rady Naukowej IWS, WPP oraz OSA. Członek Polskiej Platformy Bezpieczeństwa Wewnętrznego, tworzącej zaawansowane, zintegrowane narzędzia technologiczne, wspomagające działania organów ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości. Uczestnik oraz współorganizator międzynarodowych konferencji poświęconych m.in. zwalczaniu przestępczości zorganizowanej oraz terroryzmu. Uczestnik programu *International Visitor Leadership*, organizowanego przez Departament Stanu USA w zakresie zwalczania przestępczości i terroryzmu. Autor publikacji w zakresie przestępczości zorganizowanej oraz świadków koronnych. ORCID 0000-0002-2785-4677.

³ Postanowienie Sądu Najwyższego z 6 października 2020 r., IV KK 496/19, LEX nr 3277740.

⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2022 r. poz. 1375).

TEZA

Przepis art. 168b k.p.k. może dotyczyć tylko tych materiałów z kontroli operacyjnej, które uzyskane zostały po dniu 14 kwietnia 2016 r.

Sąd Najwyższy w sprawie M.W., S.B., G.B., R.S. i J.F., oskarżonych z art. 229 § 1 i 3 k.k. i innych, po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 6 października 2020 r. kasacji wniesionej przez prokuratora Prokuratury Okręgowej w K. – na niekorzyść od wyroku Sądu Okręgowego w K. z dnia 28 marca 2019 r., sygn. akt IX Ka [...] zmieniającego wyrok Sądu Rejonowego w J. z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt II K [...],

1. oddala kasację jako oczywiście bezzasadną;
2. wydatkami postępowania kasacyjnego obciąża Skarb Państwa.

I. Stan faktyczny

Przedmiotem glosy jest postanowienie Sądu Najwyższego z 6 października 2020 r., sygn. IV KK 496/19, w którym dokonano analizy czasowego zakresu stosowania art. 168b k.p.k. oraz prawnych możliwości wykorzystania materiałów z kontroli operacyjnej uzyskanych przed dniem 14 kwietnia 2016 r. na gruncie wskazanej regulacji.

Wydanie niniejszego postanowienia było poprzedzone ustaleniem przez Sąd Najwyższy następującego stanu faktycznego sprawy. Sąd Rejonowy w J. wyrokiem z 13 lipca 2018 r. w sprawie II K [...] uznał wszystkich oskarżonych: M.W., S.B., G.B., R.S. i J.F. (wydał wyrok także do innych osób) za winnych zarzucanych im czynów z art. 229 § 3 k.k. i art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 271 § 1 k.k. i w zw. z art. 11 § 2 k.k., a także czynów z art. 286 § 1 k.k. i wymierzył tym wszystkim oskarżonym stosowne kary. Podstawą ustaleń faktycznych co do popełnienia zarzucanych oskarżonym czynów sąd pierwszej instancji uczynił zapisy audio-wideo zarejestrowane w ramach kontroli operacyjnej RTRO-[...], wskazując, że bez względu na to, czy istniała następcza zgoda sądu na przeprowadzenie takiej kontroli, to przepis art. 168b k.p.k. stanowi podstawę do wprowadzenia tych zapisów jako materiału dowodowego.

Kolejno na skutek apelacji wniesionych przez oskarżonych M.W. i J.F. oraz obrońców pozostałych oskarżonych Sąd Okręgowy w K. wyrokiem z 28 marca 2019 r., sygn. akt IX Ka [...], zmienił zaskarżony wyrok i w odniesieniu do niektórych czynów oskarżonych uniewinnił od dokonania zarzucanych im czynów, przyjmując, że zapisy audio-wideo z kontroli operacyjnej są materiałem nielegalnie wprowadzonym do procesu, albowiem w dacie ich powstania nie uzyskano zgody następczej sądu, a w konsekwencji, powin-

ny zostać zniszczone. Od tego wyroku kasację na niekorzyść oskarżonych, w zakresie, w jakim oskarżonych uniewinniono, wniósł prokurator. W kasacji postawiono zarzut rażącego naruszenia przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 k.p.k. w zw. z art. 410 k.p.k. w zw. z art. 168b k.p.k. i w zw. z art. 168a k.p.k., w zakresie, w jakim sąd odwoławczy uznał za niedopuszczalny dowód z nagrania audio-wideo zarejestrowany w dniach od 5 maja 2009 r. do 2 czerwca 2009 r. w toku kontroli operacyjnej, a także naruszenia art. 7 k.p.k., polegający na uznaniu za niewystarczający materiał dowodowy zeznań świadka M.W. W konkluzji wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi II instancji. W toku rozprawy kasacyjnej prokurator wniósł o rozpoznanie kasacji.

Sąd Najwyższy w podanym stanie faktycznym, uznając podniesione zarzuty za chybione, oddalił kasację w trybie art. 535 § 3 k.p.k. W ocenie Sądu Najwyższego w analizowanej sprawie nie mogło dojść do naruszenia przepisu art. 168b k.p.k., albowiem przepis ten może dotyczyć tylko tych materiałów z kontroli operacyjnej, które uzyskane zostały po dniu 14 kwietnia 2016 r. Zdaniem Sądu Najwyższego oparcie się przez skarżącego głównie na uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 29 listopada 2016 r., sygn. I KZP 10/16 dla wyprowadzenia tezy, że przepis art. 168b k.p.k. może być stosowany do procesów jeszcze niezakończonych w dacie wejścia w życie tego przepisu, jest chybione, skoro skarżący nie dostrzeża, iż uchwała ta dotyczy tzw. kinetyki procesu (toczenia się procesu), a nie jego elementów statycznych. Do tych ostatnich należy przedmiot czynności procesowych, to jest także wprowadzenie do procesu karnego nielegalnego dowodu uzyskanego na skutek czynności operacyjnych organów ścigania, bo przecież takim nielegalnym dowodem były nagrania, co do których nie uzyskano wymaganej prawem zgody następczej sądu. Sąd orzekający odwołał się do postanowienia SN z 26 czerwca 2019 r., sygn. IV KK 328/18. Kolejno, powołując się na przepis art. 20 ustawy nowelizującej z 11 marca 2016 r., która wprowadziła do porządku prawnego art. 168b k.p.k., Sąd Najwyższy uznał, że ww. regulacja uniemożliwia skuteczne wprowadzenie do procesu karnego, tzw. procesu trwającego po dniu 14 kwietnia 2016 r., takiego dowodu, gdyby został on przeprowadzony w toku postępowania karnego przed dniem 14 kwietnia 2016 r. (skoro w dacie jego przeprowadzenia byłaby to czynność dokonana z naruszeniem ówczesnie obowiązujących przepisów prawa, to nie mogłaby zostać uznana za skuteczną po wejściu w życie tej nowelizacji). Z tych też względów, zdaniem Sądu orzekającego, brak było podstaw do powoływania się na wskazaną już uchwałę SN w sprawie I KZP 10/16 dla postawienia tezy o możliwości wprowadzenia w trybie czynności procesowej (dowodowej) nielegalnego nagrania, które już przecież nie powinno istnieć (zgodnie z ówczesnie obo-

wiązującymi przepisami ustawy o Policji, jeżeli wniosku o zgodę następczą nie złożono w terminie, to w tym zakresie materiał podlegał zniszczeniu). Co więcej – jak wywiódł Sąd Najwyższy – można wyprowadzić również tezę, że składanie wniosków dowodowych przez prokuratora w odniesieniu do nielegalnych materiałów operacyjnych, przy treści art. 20 ww. ustawy z 11 marca 2016 r. oraz świadomości prokuratora, iż taki materiał nie powinien już w obrocie prawnym istnieć fizycznie, stanowi próbę wprowadzenia do procesu nielegalnego materiału – jako dowodu, a więc jest działaniem niezgodnym z prawem. Według Sądu Najwyższego, Sąd odwoławczy naprawił rażąco błąd Sądu pierwszej instancji i w sposób zgodny z prawem ocenił wartość takich nielegalnych materiałów. W konsekwencji z tego samego powodu uznał za chybione także formułowanie w tym zakresie zarzutu naruszenia art. 168a k.p.k., jak i przepisów art. 7 k.p.k. i art. 410 k.p.k.

II. Stan prawny

Przechodząc do oceny głosowanego orzeczenia, na wstępie należy zauważyć, że w obowiązującym stanie prawnym kwestie podejmowania decyzji co do wykorzystania w procesie karnym materiałów z kontroli operacyjnej prowadzonej na podstawie ustaw szczególnych nieobjętych zgodą pierwotną zostały uregulowane w art. 168b k.p.k. Zgodnie z tym przepisem jeżeli w wyniku kontroli operacyjnej zarządzonej na wniosek uprawnionego organu na podstawie przepisów szczególnych uzyskano dowód popełnienia przez osobę, wobec której kontrola operacyjna była stosowana, innego przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego niż przestępstwo objęte zarządzeniem kontroli operacyjnej lub przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego popełnionego przez inną osobę niż objętą zarządzeniem kontroli operacyjnej, prokurator podejmuje decyzję w przedmiocie wykorzystania tego dowodu w postępowaniu karnym. Powyższy przepis wprowadzony został do polskiego porządku prawnego na podstawie ustawy z 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, z mocą obowiązującą od dnia 15 kwietnia 2016 r.⁵ Wprowadzenie tej regulacji spowodowało przeniesienie do Kodeksu postępowania karnego rozwiązań, w oparciu o które możliwe było wykorzystanie materiałów z kontroli operacyjnej prowadzonej na podstawie ustaw szczególnych w procesie karnym, zawarte dotychczas w tych ustawach.

⁵ Ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 437).

W stanie prawnym z czasu zarządzanej kontroli operacyjnej obowiązujące były m.in. przepisy ustawy o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r.⁶ regulujące kontrolę operacyjną. Przepisy tej ustawy określały, że w przypadku uzyskania dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego lub mających znaczenie dla toczącego się postępowania karnego Komendant Główny Policji lub Komendant Wojewódzki Policji przekazuje właściwemu prokuratorowi wszystkie materiały zgromadzone podczas stosowania kontroli operacyjnej, w razie potrzeby z wnioskiem o wszczęcie postępowania karnego (art. 19 ust. 5). Ustawa określała również, że w przypadku zgromadzenia podczas stosowania kontroli operacyjnej materiałów niezawierających dowodów pozwalających na wszczęcie postępowania karnego są one przechowywane po zakończeniu kontroli przez okres 2 miesiące, a następnie dokonuje się ich protokolarnego, komisyjnego zniszczenia. O zniszczeniu materiałów decydował organ Policji, który wnioskował o zarządzenie przedmiotowej kontroli operacyjnej (art. 19 ust. 17). Przepisy te zawierały również regulacje dotyczące warunków i trybu uzyskiwania zgody sądu na prowadzenie kontroli operacyjnej w przypadku niecierpiącym zwłoki oraz terminu i trybu uzyskiwania zgody w tym zakresie czy też niszczenia nieprzydatnych procesowo materiałów (art. 19 ust. 3).

W związku z istniejącymi wątpliwościami na gruncie ww. przepisów ustawy o Policji wypracowane zostały w orzecznictwie warunki, jakie winny być spełnione celem stwierdzenia legalności wykorzystania dowodów pochodzących z kontroli operacyjnej. Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 kwietnia 2007 r.⁷, rozstrzygając tę kwestię, wywiódł, że uzyskane w czasie kontroli operacyjnej dowody popełnienia przestępstw – określonych w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji – przez osobę inną niż objętą postanowieniem wydanym na podstawie art. 19 ust. 2 tej ustawy albo popełnionych wprawdzie przez osobę nim objętą, ale dotyczące przestępstw innych niż wskazane w tym postanowieniu, mogą być wykorzystane w postępowaniu przed sądem, pod warunkiem że w tym zakresie zostanie wyrażona następcza zgoda sądu na przeprowadzenie kontroli operacyjnej.

Problem, który wyłonił się na tle okoliczności faktycznych i prawnych rozstrzyganej przez Sąd Najwyższy w okolicznościach prawnych głosowanej uchwały, dotyczył przede wszystkim oceny, czy dowody z kontroli operacyjnej, co do których nie uzyskano na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów następczej zgody sądu, mogą być wykorzystane w procesie w oparciu o art. 168b k.p.k. Ważnym aspektem była potrzeba zbadania kwestii temporalnego stosowania powyższego przepisu.

⁶ Ustawa o Policji z dnia 6 kwietnia 1990 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277, z późn. zm.).

⁷ Postanowienie składu siedmiu sędziów SN z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007/5/37.

Kontrola operacyjna, z uwagi na jej charakter, może być stosowana wyjątkowo, ponieważ ze swej istoty stanowi poważną ingerencję w sferę podstawowych praw i wolności obywatelskich, usankcjonowanych przepisami Konstytucji RP, do których należą zwłaszcza: prawo do prywatności, w tym prawo do samostanowienia – autonomii jednostki (art. 47), wolność i tajemnica komunikowania się (art. 49), ochrona informacji o osobie, zwłaszcza żądanie usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą (art. 51 ust. 1–4)⁸. Poza sporem pozostaje założenie, potwierdzone wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19 kwietnia 2017 r., iż „Funkcjonariusze demokratycznego państwa prawnego nie mogą obywateli »wodzić na pokuszenie«, sprawdzać praworządności obywateli, wystawiając ich na próbę poprzez nakłanianie do przestępstwa. Funkcjonariusze działający niejawnie [...] powinni zachowywać się w sposób pasywny, a nie aktywny. Prowokowanie oskarżonego przez funkcjonariuszy ABW do zachowań sprzecznych z prawem było nie tylko uzyskaniem dowodu z naruszeniem przepisów postępowania, ale wręcz kreowało takie »wirtualne« zachowania przestępcze”⁹. Podobne konstatacje wyrażone zostały w wielu publikacjach związanych z kwestiami zależności pomiędzy kontrolą operacyjną a rzetelnością procesu karnego¹⁰.

Formy kontroli operacyjnej wymienione zostały w sposób enumeratywny, a następnie szczegółowo opisane w poszczególnych ustawach, które regulują funkcjonowanie dziewięciu służb uprawnionych do prowadzenia kontroli operacyjnej.

Stosunkowo duża grupa podmiotów uprawniona jest do stosowania tego rodzaju kontroli. Do podmiotów tych zaliczamy:

- 1) Agencję Bezpieczeństwa Wewnętrznego na podstawie art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu¹¹;

⁸ P. Wiliński, *Konstytucyjny standard legalności dowodu w procesie karnym* [w:] *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, red. S. Steinborn, K. Woźniewski, Gdańsk 2018, s. 319.

⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19 kwietnia 2017 r., II AKa 236/17, LEX nr 2566565.

¹⁰ Zob. np.: A. Bulat, *Materiały pozyskane w wyniku „prowokacji obywatelskiej” a rzetelność procesu karnego*, „Palestra” 2022, nr 9, s. 129–142; A. Lach, *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018, s. 185–195; A. Matusiak-Frączczak, *Niedozwolona prowokacja jako naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu. Glosa do wyroku ETPCz z 23.10.2014 r., 54648/09*, Warszawa 2015, LEX/el.; wyrok ETPCz z 9 czerwca 1998 r. w sprawie Teixeira de Castro przeciwko Portugalii, skarga nr 258229/94, § 25; wyrok ETPCz z 5 lutego 2008 r. w sprawie Ramanauskas przeciwko Litwie, skarga nr 74420/01, § 73; wyrok ETPCz z 23 października 2014 r. w sprawie Furcht przeciwko Niemcom, skarga nr 54648/09, § 64; postanowienie Sądu Najwyższego z 2 lutego 2022 r., I KK 4/22, LEX nr 3397391.

¹¹ Dz.U. z 2020 r. poz. 27, 2320.

- 2) Centralne Biuro Antykorupcyjne na podstawie art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym¹²;
- 3) Inspektora Nadzoru Wewnętrznego na podstawie art. 11n ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych¹³;
- 4) Krajową Administrację Skarbową na podstawie art. 118 ust. 1 ustawy z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej¹⁴;
- 5) Policję na podstawie art. 19 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji¹⁵;
- 6) Służbę Kontrwywiadu Wojskowego na podstawie art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego¹⁶;
- 7) Służbę Ochrony Państwa na podstawie art. 42 ustawy z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa¹⁷;
- 8) Straż Graniczną na podstawie art. 9e ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej¹⁸;
- 9) Żandarmerię Wojskową na podstawie art. 31 ust. 1 ustawy z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych¹⁹.

Podkreślenia wymaga, iż do chwili obecnej brak jest definicji legalnej czynności operacyjno-rozpoznawczych. Część autorów proponuje, aby za takie czynności uznać czynności dozwolone na podstawie normy ustawowej i realizowane w granicach prawa w sposób poufny z zastosowaniem określonej techniki i taktyki kryminalistycznej z uwzględnieniem zasady celowości, proporcjonalności i ostateczności²⁰.

Nie powinno ulegać także wątpliwości, że regulacje określające tryb i warunki uzyskiwania czy wykorzystywania dowodów, informacji z kontroli operacyjnej czy to w ramach tzw. zgody pierwotnej, czy następczej powinny być restrykcyjnie przestrzegane. Ignorowanie ustalonych zasad

¹² Dz.U. z 2019 r. poz. 1921, z późn. zm.

¹³ Dz.U. z 2020 r. poz. 13, 2320.

¹⁴ Dz.U. z 2021 r. poz. 422, z późn. zm.

¹⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 360, z późn. zm.

¹⁶ Dz.U. z 2006 r. nr 104, poz. 709.

¹⁷ Dz.U. z 2019 r. poz. 828, 1091, 1635, 1726.

¹⁸ Dz.U. z 2020 r. poz. 305, z późn. zm.

¹⁹ Dz.U. z 2021 r. poz. 1214.

²⁰ A. Tomaszuk, D. Piekarski, P. Opitek, *Nadzór prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej* (część I), „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 12, s. 136.

w tym zakresie powoduje doniosłe skutki prawne. Jak podkreśla się w doktrynie²¹, uzyskane informacje, bez zgody sądu lub poza granicami czynności operacyjnych, jako nielegalnie uzyskane, nie mogą być wprowadzone i wykorzystane w procesie karnym.

Wejście w życie art. 168b k.p.k. w brzmieniu aktualnie obowiązującym spowodowało wyłącznie zmianę tak zwanego systemu uzyskiwania zgód, poprzez wyeliminowanie konieczności występowania w tym zakresie do sądu²². Z całą pewnością istotą i celem wprowadzenia tej regulacji nie było stworzenie warunków do obejścia prawa czy łamania ustanowionych gwarancji procesowych. Warto w tym miejscu zauważyć, że w komentarzach do art. 168 b k.p.k. zostało zaakcentowane, że ewentualna decyzja prokuratora o wykorzystaniu nielegalnych dowodów nie może doprowadzić do ograniczenia czy wyłączenia prawa podmiotowego wynikającego z art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, tj. prawa do domagania się usunięcia informacji zebranych w sposób sprzeczny z ustawą. Prawo sformułowane w tym przepisie nie przewiduje odesłania do ustawy zwykłej i jest ujęte w sposób rygorystyczny. Konstytucyjne zatem wymogi działania organów państwowych nakładają na nie obowiązek zachowania zgodności gromadzenia informacji z celami przeprowadzanych czynności, ich przesłankami oraz podmiotowymi, przedmiotowymi i temporalnymi granicami. Wobec zaś braku innego ustawowego trybu podstawę usunięcia dowodów zebranych w sposób sprzeczny z ustawą może stanowić art. 51 ust. 4 Konstytucji RP, stosowany bezpośrednio w sprawach indywidualnych²³. Zaznaczyć należy, iż „uzyskanie zgód pierwotnych w dalszym ciągu reglamentują przepisy szczególne i organy wiążą wyrażone tam zasady, np. w zakresie rodzaju przestępstw, co do których istnieje możliwość uzyskania zgody. Jednakże zupełnie odmiennie reguluje się problematykę związaną z możliwością wykorzystania uzyskanych materiałów”. Kwestią otwartą w odniesieniu do wykorzystania materiałów uzyskanych w trakcie kontroli operacyjnej jest forma, w jakiej prokurator podejmuje decyzję o ich wykorzystaniu. Może ona być wyrażona jako postanowienie, zarządzenie lub też samo oparcie się na wskazanych materiałach (forma dorozumiana)²⁴. Ważną okolicznością jest także termin podjęcia decyzji przez prokuratora w związku z wykorzystaniem materiałów.

²¹ J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym* [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, Prawo karne skarbowe i Prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2017, s. 363.

²² D. Świącki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, wyd. IV, 2018 r., LEX/el.

²³ J. Skorupka, *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym*, *op. cit.*, s. 363 i n.

²⁴ D. Świącki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, wyd. IV, 2018 r., LEX/el.

Od chwili wprowadzenia regulacji art. 168b k.p.k. dotyczącej zgody następczej kwestie zakresu temporalnego były wielokrotnie przedmiotem analizy judykatury. Wyrażane poglądy odnosiły się także do tych zagadnień, które analizował Sąd Najwyższy na gruncie glosowanego orzeczenia.

Przedmiotem analizy Sądu Najwyższego stały się m.in. kwestie nieuregulowane przez ustawę z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw odnoszące się do możliwości wykorzystania materiałów operacyjnych pozyskanych przed datą wejścia w życie art. 168b k.p.k.

I tak, w postanowieniu z 22 maja 2019 roku²⁵ Sąd Najwyższy wyraził pogląd, że dowody uzyskane w toku kontroli operacyjnej, niebędące w czasie obowiązywania art. 19 ust. 15c ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji przedmiotem wniosku, który prokurator był zobligowany skierować do sądu na podstawie tego przepisu, nie mogą być wykorzystane przez sąd w procesie w oparciu o art. 168b k.p.k.

Z kolei w postanowieniu z 26 czerwca 2019 r.²⁶ zostało wywiedzione, że art. 168b k.p.k. ma zastosowanie tylko do faktów objętych dyspozycją tego przepisu, które zaistnieją po 14 kwietnia 2016 r. Zaistniałe zaś przed wejściem w życie ustawy z 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw fakty mogące stanowić dowód w znaczeniu procesowym podlegają ocenie według reguły *tempus regit actum*, a więc według przepisów obowiązujących w dacie zaistnienia takich faktów.

Podobnie w orzeczeniu z 28 marca 2018 r.²⁷ Sąd Najwyższy, powołując się na regułę *tempus regit actum*, wskazał na brak możliwości zastosowania art. 168b k.p.k. do materiału uzyskanego w toku kontroli operacyjnej przeprowadzonej przed jego wejściem w życie. Przeprowadzenie kontroli operacyjnej i uzyskanie na jej podstawie określonego materiału stanowi bowiem – w myśl wskazanej reguły – fakt, a jego dowodowe wykorzystanie w toku postępowania karnego jest wyłącznie skutkiem tego faktu, a nie nowym zdarzeniem podlegającym regulacjom prawnym obowiązującym w czasie jego zaistnienia. Oznacza to, że wprowadzenie materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej jako dowodów do postępowania karnego winno następować na podstawie przepisów obowiązujących w czasie, w którym kontrola ta była dokonywana. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy uznał za nielegalny materiał z kontroli operacyjnej przeprowadzonej niezgodnie z ustawowymi warunkami, czy też niespełniający warunków, z którymi ustawa wiąże możliwość jego dowodowego wykorzystania oraz że materiał

²⁵ Postanowienie SN z 22 maja 2019 r., I KZP2/19, OSNKW 2019/6, poz. 32.

²⁶ Postanowienie SN z 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46.

²⁷ Postanowienie SN z 28 marca 2018 r., I KZP 14/17.

taki nie może być wykorzystany jako dowód w sprawie. Co również odnosiłoby się do materiału dowodowego, o który chodzi w rozpoznawanej przez SN sprawie.

Wypada w tym miejscu dodatkowo zauważyć, że na konieczność stosowania, przy podejmowaniu decyzji o możliwości procesowego wykorzystania materiałów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej, przepisów obowiązujących w chwili jej przeprowadzenia zwrócił już wcześniej uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 3 lipca 2013 r.²⁸, wskazując, że przy ocenie legalności czynności operacyjnych istotny jest stan prawny obowiązujący w czasie stosowania kontroli operacyjnej, który warunkuje też możliwość późniejszego wykorzystania dowodów uzyskanych w czasie tej kontroli – tak jak również trafnie to zostało wywiedzione w głosowanej uchwale.

Przy okazji warto zauważyć, że w doktrynie zostały wypracowane różne teorie odnoszące się do reguł dopuszczalności dowodów. Jedną z przeważających jest koncepcja, która zakłada, że w określonych przypadkach wyniki wadliwie przeprowadzonych czynności procesowych prowadzących (mających prowadzić) do uzyskania dowodu po prostu nie istnieją procesowo, bowiem jedynie czynność spełniająca warunki określone w ustawie i przeprowadzona zgodnie z ustaloną tam formułą może być „ontologicznie” uznana za czynność dowodową – w każdym innym przypadku nie może ona być uznana za dokonaną ważnie i skutecznie „czynność konwencjonalnie doniosłą. Jako czynność nieważna nie może być też w ogóle poddana konwalidacji. Jeśli dojdzie do naruszenia reguł konstytucyjnych danej czynności (elementów konwencjonalizacji), to powoduje to, że nie mamy do czynienia z czynnością dowodową, a przez to jej wytwór nie może stanowić dowodu”²⁹. Koncepcja ta wydaje się być adekwatna do przyjętych przez Sąd Najwyższy założeń w warunkach wydawanego orzeczenia.

Przedmiotem analizy na gruncie głosowanej uchwały stały się także kwestie związane z zasadami wykładni czy stosowaniem przepisu art. 168b k.p.k. Podglądy, które zostały wyrażone w tym zakresie, są w pełni zbieżne z dotychczasowym orzecznictwem (mimo iż wydane orzeczenia nie odnosiły się do tożsamej sytuacji, której dotyczy głosowane orzeczenie) czy poglądami doktryny.

W nauce prawa karnego zaakcentowano, że co do zasady zmiany prawa dowodowego powinny być objęte zakazem retrospektywnego stosowania w toczących się postępowaniach jurysdykcyjnych³⁰. A w przypadku zmian dowodowych niekorzystnych dla oskarżonego w każdym przypadku

²⁸ Wyrok SN z 3 lipca 2013 r., V KK 412/12, LEX nr 1341288.

²⁹ Por. H. Kuczyńska, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Karne z 22.05.2019 r. (I KZP 2/19)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2020, nr 3, s. 68 i 69.

³⁰ Zob. W. Wróbel, *Zasady intertemporalne w prawie karnym procesowym*, Kraków 2017, s. 181.

zakres materiału dowodowego możliwego do wykorzystania należy oceniać według starych przepisów³¹.

W powyższym kontekście Sąd Najwyższy w orzeczeniu dokonał słusznej krytyki argumentacji strony skarżącej, która odwołując się do uchwały Sądu Najwyższego z 29 listopada 2016 r.³² i formuły o tzw. „chwytaniu w locie” (*lex nova*), próbowała wyprowadzić tezę o stosowaniu art. 168b k.p.k. do procesów jeszcze niezakończonych w dacie wejścia w życie tego przepisu. Jak zauważono w judykaturze, w przepisach przejściowych ustawy z 11 marca 2016 r. brak jest regulacji zawierającej *expressis verbis* zasadę stosowania prawa nowego – „chwytania w locie”, która ma charakter dominujący w odniesieniu do przepisów prawa karnego procesowego oraz że znajduje zastosowanie także w stosunku do tych ustaw nowelizujących przepisy procesowe, w których nie jest wprost zapisana, a więc i do ustawy z 11 marca 2016 r. Jednakże regułę tę – jak zauważa Sąd – odnosić należy do przepisów regulujących przebieg postępowania karnego, a nie faktów procesowych zaistniałych wcześniej³³.

W nauce prawa karnego, w kontekście powyższych rozważań, został wyrażony pogląd, iż reguła bezpośredniego działania nowego prawa oznacza tylko tyle, że nowe prawo ma być stosowane wobec tych faktów procesowych, które zajdą od chwili wejścia w życie nowych przepisów³⁴, co sygnalizowano już powyżej. Dlatego w przedstawionym ujęciu nie może dotyczyć to faktów izolowanych, trwających tylko w określonym wąskim fragmencie czasu i zakończonych zarówno w aspekcie faktycznym (fakt zaistniał i już nie trwa w danym czasie, w danej sytuacji prawnej), jak i normatywnym (podstawa prawna do oceny określonych skutków prawnych wynikających z określonego faktu istniała i ocena taka została już dokonana lub mogła i powinna być dokonana) przed wejściem w życie nowej ustawy, a więc ustawy z 11 marca 2016 r. W sprawie rozstrzyganej przez Sąd Najwyższy – jak trafnie wskazano – nie było jakichkolwiek podstaw, aby twierdzić, że przepis art. 168b k.p.k. mógł mieć zastosowanie do zalegalizowania i wprowadzenia do procesu jako dowodu danych uzyskanych w ramach kontroli operacyjnej, co do których nie wystąpiono z wnioskiem w terminie o wyrażenie tzw. zgody następczej, stosownie do ówczynie obowiązujących przepisów w tym zakresie. Podstawy takiej nie stanowiła również uchwała SN w sprawie I KZP 10/16, wskazywana przez stronę skar-

³¹ Zob. P. Pająk, *Zagadnienia intertemporalne zakazów dowodowych dotyczących wykorzystywania materiałów kontroli operacyjnej i procesowej*, CzPKiNP 2013, z. 2, s. 139–140.

³² Uchwała SN z 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16, OSNKW 2016/12/79.

³³ Por. postanowienie SN z 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46.

³⁴ Por. H. Paluszkiwicz, *Zagadnienia intertemporalne w polskim prawie karnym procesowym* [w:] *Problematyka intertemporalna w prawie*, J. Mikołajewicz (red.), Warszawa 2015, s. 338.

żącą. Poza tym, na co słusznie uwagę zwrócił Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu, uchwała w sprawie I KZP 10/16 dotyczy kinetyki procesu, a więc przepisów obejmujących „toczenie się” procesu, nie zaś statyki procesu³⁵. Zgodnie z orzecznictwem sądowym kinetyka procesu to stosowanie przepisów ściśle związanych z tokiem postępowania w ramach rozprawy głównej³⁶. Statyki procesu dotyczy ogół pojęć i zasad odnoszących się do budowy i właściwości mechanizmu procesowego, wśród których wyróżnia się „elementy czynne” obejmujące uczestników procesu oraz „elementy bierne”, w których skład wchodzi: przedmiot procesu, przedmiot czynności procesowej (w tym warunki niewadliwości i skuteczności czynności procesowych), narzędzia (instrumenty) procesowe³⁷. Przy okazji nie można również pomijać treści art. 20 ustawy z 11 marca 2016 r., do którego odwołał się Sąd Najwyższy w głosowanym orzeczeniu. Zgodnie z jego brzmieniem „czynności procesowe dokonane przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy są skuteczne, jeżeli dokonano ich z zachowaniem przepisów dotychczasowych”. Czynnością procesową jest zaś określone przez prawo karne procesowe zachowanie (działanie lub zaniechanie) się uczestnika procesu wywołujące przewidziane przez to prawo skutki procesowe; czynnościom procesowym mogą towarzyszyć czynności pozaprocessowe (np. operacyjne czynności organów ścigania)³⁸. Czynności pozaprocessowe skutkujące np. wyszukaniem i zabezpieczeniem określonych materiałów mogą więc wpływać na podjęcie przez strony określonych czynności procesowych bezpośrednio lub pośrednio dotyczących dowodów (złożenie wniosku dowodowego dotyczącego wprowadzenia do procesu określonego materiału uzyskanego operacyjnie na skutek posiadanej wiedzy operacyjnej)³⁹. W sytuacji braku uzyskania na gruncie obowiązujących w dacie zarządzenia kontroli operacyjnej przepisów (przed dniem 15 kwietnia 2016 r.) zgody następczej sądu na wykorzystanie materiałów audio-wideo z kontroli operacyjnej niemożliwe było skuteczne wprowadzenie takich nagrań do procesu jako legalnego dowodu. Czynność procesowa w postaci dopuszczenia i przeprowadzenia takiego dowodu stanowi czynność procesową wadliwą. Brak bo-

³⁵ Por. np. uchwała składu siedmiu sędziów SN z 30 września 1998 r., I KZP 14/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 42; wyrok SN z 22 maja 2000, III KKN 104/99; H. Paluszkiwicz, *Zagadnienia intertemporalne...*, op. cit., s. 352, oraz postanowienie SN z 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46; por. H. Paluszkiwicz, *Zagadnienia intertemporalne w polskim prawie karnym procesowym*, op. cit.

³⁶ Por. uchwała składu siedmiu sędziów SN z 30 września 1998 r., I KZP 14/98.

³⁷ H. Paluszkiwicz, *Reguła stadiów procesowych jako sposób rozstrzygnięcia intertemporalnego w prawie karnym procesowym. Uwagi na tle przepisów intertemporalnych w ustawie nowelizacyjnej z 27 września 2013 r.*, [w:] *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu SN Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014, s. 405 i n.

³⁸ Por. T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 286.

³⁹ *Ibidem*.

wiem uzyskania prawem przewidzianej zgody następczej powinien skutkować zniszczeniem takich materiałów zgodnie z właściwymi przepisami⁴⁰.

Gdyby jednak taki dowód wprowadzono przed dniem 15 kwietnia 2016 r. do procesu (np. na etapie postępowania przed sądem pierwszej instancji), to po tym dniu ta czynność procesowa musiałaby podlegać ocenie, zgodnie z art. 20 ustawy z 11 marca 2016 r., w aspekcie jej procesowej skuteczności – na gruncie przepisów obowiązujących w tym zakresie, czyli przed dniem 15 kwietnia 2016 r. A skoro dopuszczenie i przeprowadzenie takiego dowodu byłoby czynnością procesową wadliwą i nieskuteczną (wnioskowanie *a contrario* z art. 20 ustawy z 11 marca 2016 r.), to nie sposób założyć, że przepis art. 168b k.p.k., który wprowadzono w tym brzmieniu w tej samej ustawie, miałyby służyć do obejścia przepisu art. 20 i stanowić podstawę do legalizacji takiego – poprzednio nielegalnego – dowodu, a czynnością legalizacyjną byłoby wówczas powtórzenie przez prokuratora wniosku dowodowego już po 14 kwietnia 2016 r. i dopuszczenie takiego dowodu przez sąd z powołaniem się na przepis art. 168b k.p.k. Przyjęcie takiego rozumienia – jak wywodzi Sąd Najwyższy – konstrukcji przepisów (przepisów przejściowych – art. 20 oraz merytorycznych zawartych w noweli) byłoby dysfunkcjonalne oraz przeczyłoby zasadom logiki i legislacji, a co najistotniejsze – tworzyłoby z procesu karnego swoistą grę procesową, w której państwo, z założenia przestrzegające zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji), z jednej strony stwarza zapisy uniemożliwiające wykorzystanie określonych materiałów jako dowodów (np. podsłuch operacyjny bez zgody następczej wymaganej przepisami ustawy o Policji) oraz nakazujące ich zniszczenie (jeżeli nie uzyskano następczej zgody), by jednocześnie wprowadzać rozwiązania ustawowe nastawiane na wprowadzenie takich nielegalnych i podlegających zniszczeniu dowodów do procesu karnego. Taki cel, co oczywiste, nie mógł przyświecać wprowadzeniu art. 168b k.p.k. do porządku prawnego, albowiem odmienne rozumienie tego przepisu prowadziło do stwierdzenia, iż ustawodawca wprowadził w sposób celowy regulacje naruszające zasady demokratycznego państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) i godzące w rzetelny proces (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP). Wprowadzony zatem do porządku prawnego art. 168b k.p.k. nie może obecnie służyć właściwym organom do naprawienia skutków zaniechań w zakresie uzyskania następczej zgody na gruncie właściwych przepisów⁴¹.

Ocena zatem zaistniałych przed wejściem w życie ustawy z 11 marca 2016 r. faktów polegających na uzyskaniu – w ramach kontroli operacyj-

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

nej – zapisu audio-wideo jako potencjalnego dowodu w procesie karnym powinna zostać dokonana na podstawie przepisów obowiązujących w dacie ich zaistnienia (w ramach statyki procesu)⁴². Z powyższych względów za chybione i nieznajdujące oparcia w obowiązujących przepisach prawa i orzecznictwie sądowym należało uznać stanowisko Sądu Rejonowego w J., według którego bez względu na to, czy istniała czy nie następcza zgoda sądu na przeprowadzenie takiej kontroli, to przepis art. 168b k.p.k. stanowił podstawę do wprowadzenia tych zapisów jako materiału dowodowego. Sąd ten – jak wytknął Sąd Najwyższy – nie dokonał oceny wartości nielegalnych materiałów w sposób zgodny z prawem, co stanowiło błąd kwalifikowany.

III. Wnioski końcowe

Na podstawie przedstawionych uwag trzeba więc wskazać na trafność wywodów Sądu Najwyższego zawartych w głosowanym orzeczeniu w odniesieniu do rozpoznawanego stanu faktycznego sprawy, w szczególności, że przepis art. 168b k.p.k. ma zastosowanie tylko do faktów objętych dyspozycją tego przepisu, które zaistnieją po dniu 14 kwietnia 2016 r., i nie może stanowić podstawy do wprowadzenia nielegalnie uzyskanego dowodu do procesu. Skoro w realiach sprawy nie uzyskano tzw. następczej zgody sądu na wykorzystanie materiału z kontroli operacyjnej, to prokurator nie mógł wprowadzić w trybie czynności procesowej nielegalnego nagrania, które nie powinno – jak ustalił i wskazał Sąd Najwyższy – zgodnie z obowiązującymi wówczas przepisami – już istnieć. W konsekwencji taki materiał jako nielegalny dowód powinien podlegać automatycznej dyskwalifikacji. Trafnie zatem wywieziono, że dowody z kontroli operacyjnej zarejestrowane w warunkach rozstrzyganej sprawy, co do których nie uzyskano na gruncie obowiązujących wówczas przepisów następczej zgody sądu, nie mogły być wykorzystane w procesie w oparciu o art. 168b k.p.k.

Na zakończenie warto dodatkowo zwrócić uwagę, że w świetle art. 6 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przeprowadzenie dowodu z naruszeniem przepisów prawa w omawianym zakresie czyni proces nierzetelnym w rozumieniu określonych w nim standardów. Co do zasady kształtowanie reguł prawa dowodowego, w tym dopuszczalność dowodów i określanie zakazów dowodowych, należy do kom-

⁴² *Ibidem.*

petencji ustawodawcy krajowego⁴³. Europejski Trybunał Praw Człowieka natomiast może dokonać oceny, czy proces jako całość był rzetelny, a zatem czy orzekanie na podstawie konkretnego dowodu (w tym dowodu używanego niezgodnie z prawem krajowym, dowodu nielegalnego) czyniło proces rzetelnym⁴⁴. Jako przykład można podać sprawę Khan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu⁴⁵. Trybunał stwierdził, że proces jako całość był nierzetelny, albowiem jedynym dowodem przeciwko oskarżonemu był podsłuch uzyskany z naruszeniem prawa i tylko dzięki dopuszczeniu tego dowodu możliwe było wydanie wyroku skazującego. Podobny zatem przypadek był przedmiotem rozpoznania na gruncie podjętego przez Sąd Najwyższy rozstrzygnięcia.



A B S T R A C T

The commentary of the decision of the Supreme Court of October 6, 2020 refers to the issue of temporal application of the currently applicable provision of art. 168 of the Code of Criminal Procedure associated with the institution subsequent consent. In the judgment in question, the Supreme Court pointed out that the indicated provision may apply only to those materials from the operational control, which were obtain after April 14, 2016 that is, after adoption of statutory changes to the Code of Criminal Procedure. The problem of subsequent consent and in particular the legality and admissibility of evidence obtanes as a result of operational and reconnaissance activities, and in part-

⁴³ Por. M. Wąsek-Wiaderek, *Zagadnienia prawa dowodowego w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego* [w:] *Zagadnienia Prawa dowodowego*, (red.) J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, Sąd Najwyższy 2011, s. 41–42.

⁴⁴ Por. np. H. Kuczyńska, *Stosowanie podsłuchu telefonicznego a prawo do rzetelnego procesu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [w:] *Zagadnienia Prawa dowodowego*, (red.) J. Godyń, M. Hudzik, L. K. Paprzycki, Sąd Najwyższy 2011, s. 66–69 oraz s. 74–75 i wskazane tam orzeczenia Trybunału oraz postanowienie SN z 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46.

⁴⁵ Por. wyrok ETPC z 12 maja 2000 r., skarga nr 35394/97 [w:] M.A. Nowicki, *Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999–2004*, Zakamycze, 2005, s. 509, a także postanowienie SN z 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46.

particular operational control, seems to be an important circumstance related to the basic principles resulting from both the provisions of the constitution and code principles, including inter alia principles of reliability, free assessment of evidence, material truth or legalism. That is why such an important aspect from the point of view of criminal procedure is the issue of regulation concerning the use of such materials during a criminal trial.

Keywords: criminal proceedings, operational and reconnaissance activities, admissibility of evidence, subsequent consent, operational control, Police, Prosecutor's Office, Special Services

Bibliografia

Literatura

- Bułat A., *Materiały pozyskane w wyniku „prowokacji obywatelskiej” a rzetelność procesu karnego*, „Palestra” 2022, nr 9
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2008
- Kuczyńska H., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego – Izba Karno z 22.05.2019 r. (I KZP 2/19)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2020, nr 3
- Kuczyńska H., *Stosowanie podsłuchu telefonicznego a prawo do rzetelnego procesu w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka* [w:] *Zagadnienia Prawa dowodowego*, (red.) J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, Sąd Najwyższy 2011
- Lach A., *Rzetelne postępowanie dowodowe w sprawach karnych w świetle orzecznictwa strasburskiego*, Warszawa 2018
- Matusiak-Frańczak A., *Niedozwolona prowokacja jako naruszenie prawa do sprawiedliwego procesu. Glosa do wyroku ETPCz z 23.10.2014 r., 54648/09*, Warszawa 2015, LEX/el.
- Pająk P., *Zagadnienia intertemporalne zakazów dowodowych dotyczących wykorzystywania materiałów kontroli operacyjnej i procesowej*, CzPKiNP 2013, z. 2
- Paluszkiewicz H., *Reguła stadiów procesowych jako sposób rozstrzygnięcia intertemporalnego w prawie karnym procesowym. Uwagi na tle przepisów intertemporalnych w ustawie nowelizacyjnej z 27 września 2013 r.* [w:] *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu SN Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański, Warszawa 2014

- Paluszkiwicz H., *Zagadnienia intertemporalne w polskim prawie karnym procesowym* [w:] *Problematyka intertemporalna w prawie*, J. Mikołajewicz (red.), Warszawa 2015
- Skorupka J., *Prokonstytucyjna wykładnia przepisów prawa dowodowego w procesie karnym* [w:] *Verba volant, scripta manent. Proces karny, Prawo karne skarbowe i Prawo wykroczeń po zmianach z lat 2015–2016. Księga pamiątkowa poświęcona Profesor Monice Zbrojewskiej*, red. T. Grzegorzczak, R. Olszewski, Warszawa 2017
- Święcki D., (red.) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. 1, wyd. IV, 2018 r., LEX/el.
- Tomaszuk A., Piekarski D., Opitek P., *Nadzór prokuratora nad realizacją kontroli operacyjnej* (część I), „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 12
- Wąsek-Wiaderek M., *Zagadnienia prawa dowodowego w orzecznictwie Trybunału Strasburskiego* [w:] *Zagadnienia Prawa dowodowego*, (red.) J. Godyń, M. Hudzik, L.K. Paprzycki, Sąd Najwyższy 2011
- Wiliński P., *Konstytucyjny standard legalności dowodu w procesie karnym* [w:] *Proces karny w dobie przemian. Zagadnienia ogólne*, red. S. Steinborn, K. Woźniewski, Gdańsk 2018
- Wróbel W., *Zasady intertemporalne w prawie karnym procesowym*, Kraków 2017

Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. z 2022 r. poz. 1375
- Ustawa z dnia 11 marca 2016 roku o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. z 2016 r. poz. 437
- Ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu, Dz.U. z 2020 r. poz. 27, 2320
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Dz.U. z 2019 r. poz. 1921, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 21 czerwca 1996 r. o szczególnych formach sprawowania nadzoru przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych, Dz.U. z 2021 r. poz. 422, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej, Dz.U. z 2019 r. poz. 828, 1091, 1635, 1726
- Ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego, Dz.U. z 2006 r. nr 104, poz. 709
- Ustawa z dnia 8 grudnia 2017 r. o Służbie Ochrony Państwa, Dz.U. z 2019 r. poz. 828, 1091, 1635, 1726

Ustawa z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej, Dz.U. z 2020 r. poz. 305, z późn. zm.

Ustawa z dnia 24 sierpnia 2001 r. o Żandarmerii Wojskowej i wojskowych organach porządkowych, Dz.U. z 2021 r. poz. 1214

Orzecznictwo

Wyrok ETPCz z 9 czerwca 1998 r. w sprawie Teixeira de Castro przeciwko Portugalii, skarga nr 258229/94, § 25

Wyrok ETPCz z 5 lutego 2008 r. w sprawie Ramanauskas przeciwko Litwie, skarga nr 74420/01, § 73

Wyrok ETPC z 12 maja 2000 r., skarga nr 35394/97

Wyrok ETPCz z 23 października 2014 r. w sprawie Furcht przeciwko Niemcom, skarga nr 54648/09, § 64

Uchwała składu siedmiu sędziów SN z 30 września 1998 r., I KZP 14/98, OSNKW 1998, z. 9–10, poz. 42

Uchwała SN z 29 listopada 2016 r., I KZP 10/16, OSNKW 2016/12/79.

Wyrok SN z 3 lipca 2013 r., V KK 412/12, LEX nr 1341288.

Wyrok SN z 22 maja 2000, III KKN 104/99

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 19 kwietnia 2017 r., II AKa 236/17, LEX nr 2566565.

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 6 października 2020 r., IV KK 496/19, LEX nr 3277740

Postanowienie SN z dnia 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46

Postanowienie składu siedmiu sędziów SN z 26 kwietnia 2007 r., I KZP 6/07, OSNKW 2007/5/37

Postanowienie Sądu Najwyższego z 2 lutego 2022 r., I KK 4/22, LEX nr 3397391

Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46

Postanowienie Sądu Najwyższego z 22 maja 2019 r., I KZP2/19, OSNKW 2019/6, poz. 32

Postanowienie Sądu Najwyższego z 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28 marca 2018 r., I KZP 14/17

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2019 r., IV KK 328/18, OSNKW 2019/8/46

Komunikaty dla Autorów i Czytelników

.....

I. Informacje dla autorów i recenzentów

Warunki publikacji i wskazówki edytorskie

1. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” przyjmuje do publikacji artykuły, materiały szkoleniowe i glosy o tematyce prawnej i dotyczące wojskowości, w szczególności z zakresu: międzynarodowego prawa humanitarnego, terroryzmu, cyberterroryzmu, cyberprzestępczości, bezpieczeństwa międzynarodowego, narodowego i wewnętrznego, obronności, jak również artykuły historyczne o tematyce prawnej i wojskowej.

2. Materiały należy przysyłać na adres e-mail: redakcja.pk.wpp@prokuratura.gov.pl.

3. Redakcja prosi o nadsyłanie materiałów przeznaczonych do publikacji wyłącznie w formie elektronicznej w edytorze Word, dla następujących ustawień: marginesy standardowe, czcionka Times New Roman w rozmiarze 12 (dla przypisów dolnych 10), interlinia 1,5 wiersza.

4. Ramy artykułu nie powinny przekraczać 25 stron znormalizowanego tekstu, a pozostałych opracowań – 10 stron.

5. Na pierwszej stronie należy zamieścić: imię i nazwisko autora (autorów), tytuł pracy, krótkie (kilkudzaniowe) streszczenie ujmujące główne tezy opracowania. Należy dołączyć tłumaczenie tytułu i streszczenia (2–3 zdania) w języku angielskim.

6. Nie należy dołączać streszczeń do materiałów innego rodzaju (głos, recenzji, sprawozdań).

7. Na końcu pracy należy podać: adres (adresy) autora (autorów), nr telefonu, adres e-mail, a także informacje o statusie profesjonalnym autora (autorów), z wyszczególnieniem posiadanych tytułów naukowych, nazwy instytucji zatrudniającej oraz zajmowanego stanowiska. Od doktorantów i aplikantów wymagana jest opinia dotycząca wartości merytorycznej przedstawionego artykułu – rekomendacja opiekuna naukowego i odpowiednio zawodowego.

8. W przypadku asesora oraz asystenta prokuratora oczekuje się rekomendacji kierownika jednostki organizacyjnej, a asystenta sędziego – przewodniczącego wydziału.

9. Redakcja zastrzega sobie prawo do dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych.

10. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, a niezamówione materiały zwraca wyłącznie na życzenie autora (autorów).

Zasady recenzowania

Wszystkie materiały publikowane w czasopiśmie podlegają ocenie recenzentów. Recenzentowi nie przekazuje się informacji o autorze materiału przekazanego w celu sporządzenia recenzji. Autor ma prawo zapoznać się z treścią recenzji. Nazwiska recenzentów poszczególnych materiałów nie są ujawniane.

Recenzja przedstawiana jest redakcji w formie pisemnej i elektronicznej, w terminie 1 miesiąca od otrzymania materiału przez recenzenta. Termin ten w uzasadnionych wypadkach może zostać przedłużony w uzgodnieniu z Redaktorem Naczelnym „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Przekroczenie wskazanego terminu może skutkować powierzeniem sporządzenia recenzji innej osobie wskazanej przez Redaktora Naczelnego.

Recenzja powinna zawierać jednoznaczny wniosek recenzenta dotyczący dopuszczenia materiału do publikacji lub jego odrzucenia. W przypadku zasugerowania przez recenzenta poprawek, warunkiem przyjęcia materiału do publikacji jest ich uwzględnienie przez autora tekstu.

W recenzji należy przedstawić główne tezy recenzowanego materiału.

Merytoryczna ocena recenzowanego tekstu powinna uwzględniać wartość tekstu, a w szczególności przydatność poruszanej w nim tematyki dla potrzeb praktyki i zgodności tekstu z profilem wydawniczym „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”, poprawność logiczną wywodów, sposób przedstawiania poglądów własnych autora oraz poprawność wykorzystania przywołanych w tekście poglądów doktryny i judykatury.

Formalna ocena recenzowanego tekstu powinna obejmować poprawność językową i redakcyjną tekstu oraz wskazywać, czy nadesłany tekst odpowiada wymogom stawianym przez redakcję „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Zauważone błędy i poprawki w tym zakresie należy wskazać w recenzji.

Ostateczną decyzję o przyjęciu materiału do publikacji bądź jego odrzuceniu podejmuje Redakcja.

Lista recenzentów współpracujących z czasopiśmie zamieszczana jest na stronie internetowej Prokuratury Krajowej, w zakładce „Wojskowy Przegląd Prawniczy” i podlega corocznej aktualizacji.

Zapobieganie przypadkom ghostwriting i guest authorship

Redakcja podejmuje działania zapobiegające przypadkom *ghostwriting* (osoba wniosła istotny wkład w powstanie publikacji, bez ujawnienia swojego udziału jako jeden z autorów) oraz *guest authorship* (osoba jest wymieniana jako autor lub współautor publikacji, choć jej udział w powstaniu tekstu jest znikomy lub w ogóle nie miał miejsca)

poprzez zobowiązanie autora lub współautorów składających materiał do redakcji do procentowego określenia swojego wkładu w powstanie publikacji, a także poinformowania redakcji o źródłach finansowania badań, których wyniki zostały przedstawione w utworze.

II. Informacje dla czytelników

Minister Edukacji Narodowej komunikatem z 1 grudnia 2021 r. ogłosił wykaz czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych. W wykazie pod pozycją 32237 umieszczony został „Wojskowy Przegląd Prawniczy”. Czasopismo uzyskało **40 pkt.**

NAKLAD 200 EGZ.