

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

KWIECIEŃ-CZERWIEC ■ WARSZAWA 2016

2
[278]

ROK LXXXIX

Indeks 381543 ■ ISSN 0137-7272 ■ Egz. bezpłatny



WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY

KWIECIEŃ-CZERWIEC ■ WARSZAWA 2016

WYDAJE: DEPARTAMENT DO SPRAW WOJSKOWYCH PROKURATURY KRAJOWEJ

2
[278]

R A D A P R O G R A M O W A

Przewodniczący	- Waldemar Puławski
Członkowie	- Bartosz Kownacki
	Marcin Warchoł
	Elżbieta Karska
	Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz
	Krzysztof Indeckci
	Marek Mozgawa
	Justyn Piskorski
	Hanna Paluszkiewicz
	Katarzyna Dudka
	Piotr Steczkowski
	Mariusz Antoni Kamiński
	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	- Jarosław Duś
Sekretarz Redakcji	- Magdalena Rosiak
Korekta językowa	- Katarzyna Sioma

WYDAJE

DEPARTAMENT DO SPRAW WOJSKOWYCH
PROKURATURY KRAJOWEJ

Adres Redakcji:

00-909 Warszawa, ul. Nowowiejska 26 B
tel. 261 846 300

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

DTP i korekta:

Drukarnia TONO BIS Sp. z o.o.

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

KWIECIEŃ-CZERWIEC ■ WARSZAWA 2016

WYDAJE DEPARTAMENT DO SPRAW WOJSKOWYCH
PROKURATURY KRAJOWEJ

SPIS TREŚCI

WALDEMAR PUŁAWSKI

Zastępca Prokuratora
Generalnego do Spraw
Wojskowych

*Słowo wstępne od Przewodniczącego Rady
Programowej „Wojskowego Przeglądu Prawniczego” nt.
„Prokurator w mundurze w nowej roli ustawowej”* **5**

MGR JACEK GAŚSIOR

adwokat

*Rozporządzenie mieniem jako znamię przestępstwa
oszustwa z art. 286 § 1 k.k.* **9**

DR HAB. ANNA GOŁONKA

kierownik Zakładu Prawa
Karnego WPiA Uniwersytet
Rzeszowski

*Cyberlaundering i cyberterroryzm,
czyli „stare” przestępstwa w „nowych” odstonach.
Część II – Prawne i organizacyjne formy
zwalczania zjawiska* **29**

MGR ADAM JASIŃSKI

adwokat

*Czyn jako źródło obowiązków gwaranta
– przegląd stanowisk* **46**

DR AGNIESZKA KANIA

adiunkt w Katedrze Prawa
Karnego i Postępowania
Karnego WPiA Uniwersytetu
Zielonogórskiego

*Kodeksowe uwarunkowania sądowego wymiaru kary –
próba klasyfikacji. Część I* **60**

DR AGNIESZKA KANIA adiunkt w Katedrze Prawa Karnego i Postępowania Karnego WPiA Uniwersytetu Zielonogórskiego	<i>Kodeksowe uwarunkowania sądowego wymiaru kary – próba klasyfikacji. Część II</i>	75
DR TOMASZ SZCZYGIEL adiunkt w Katedrze Historii Prawa WPiA Uniwersytetu Śląskiego	<i>Wojskowy wymiar sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych – ewolucja źródeł prawa</i>	92
MGR ŁUKASZ BACZA	<i>Komornik sądowy – funkcjonariusz realizujący dobro wspólne</i>	116
MGR AGNIESZKA KRASUSKA adwokat	<i>Notyfikacja ustawy o grach hazardowych a odpowiedzialność karna z art. 107 § 1 kodeksu karnego skarbowego</i>	124
DR LIDIA MAZOWIECKA prokurator w Prokuraturze Krajowej	<i>Mediacja w sprawach karnych</i>	145

*Słowo wstępne od Przewodniczącego
Rady Programowej
„Wojskowego Przeglądu Prawniczego”
nt. „Prokurator w mundurze w nowej roli
ustawowej”*

Bez mała sto lat temu Naczelnik Państwa Józef Piłsudski dekretem z dnia 19 stycznia 1919 r. „ustawa o tymczasowej organizacji sądowej Wojska Polskiego” powołał urząd Naczelnego Prokuratora Wojskowego.

Celem i zadaniami utworzonej prokuratury wojskowej w systemie organizacji sądowej było w pierwszej kolejności uregulowanie i ujednoczenie różnych systemów prawa byłych zaborców.

Świadectwem powstałej sytuacji był fakt, że pierwszymi naczelnymi prokuratorami wojskowymi byli wysokiej rangi oficerowie armii rosyjskiej i austriackiej.

Pierwszym naczelnym prokuratorem wojskowym został Aleksander Pik. Był generałem majorem Armii Imperium Rosyjskiego i generałem brygady Wojska Polskiego. Do rewolucji w 1917 r. w Rosji pracował w rosyjskim Ministerstwie Sprawiedliwości. Po odzyskaniu przez Polskę niepodległości, od listopada 1918 r., w stopniu generała podporucznika pracował w Sekcji Prawnej Ministerstwa Spraw Wojskowych. Jako naczelny prokurator wojskowy był jednocześnie członkiem Rady Wojskowej. Funkcję naczelnego prokuratora wojskowego pełnił do kwietnia 1924 r., kiedy to prezydent RP Stanisław Wojciechowski mianował go prezydentem Najwyższego Sądu Wojskowego w Warszawie. Od 1930 r. był adwokatem w Warszawie, gdzie zmarł w 1943 r.

Następcą Aleksandra Pika był Edward Gruber, który przez całą pierwszą wojnę światową jako oficer odbywał służbę w sądzie polowym cesarsko-królewskiej Armii Austro-Węgier. W stopniu pułkownika został zatwierdzony w tzw. grupie austro-węgierskiej. W maju 1924 r. prezydent RP Stanisław Wojciechowski mianował go naczelnym prokuratorem woj-

skowym. Po przewrocie majowym w 1926 r. został zwolniony z tego stanowiska i z dniem 31 maja 1927 r. przeniesiony w stan spoczynku. Zmarł w październiku 1945 r. na skutek pobytu w obozie NKWD w Rembertowie.

Szczególnie zasłużonym naczelnym prokuratorem wojskowym był prokurator gen. bryg. Józef Daniec. Legionista, oficer 2 Pułku Piechoty, II Brygady Legionów Polskich, twórca – istniejącego do dziś – „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. W 1939 r. szczęśliwie przedostał się na Węgry, a następnie do Francji, gdzie osiadł na stałe. Zmarł w 1958 r.

Ostatnim naczelnym prokuratorem wojskowym II Rzeczypospolitej był prokurator gen. bryg. Teofil Karol Maresch. Służbę pełnił do sierpnia 1939 r. jako szef służby sprawiedliwości w Naczelnym Dowództwie WP. Po kampanii wrześniowej przedostał się do Rumunii, gdzie był internowany, a następnie oddany w niewolę niemiecką. W ołtagu przebywał do wyzwolenia w 1945 r.

Urząd naczelnego prokuratora wojskowego pełnili również:

- Stanisław Szurlej – doktor nauk prawnych, adwokat, publicysta, pułkownik WP, członek Stronnictwa Narodowego oraz m.in. obrońca gen. bryg. Michała Żymierskiego i Wincenta Witosy;

- Kazimierz Słowikowski – wieloletni oficer pełniący służbę w Departamencie Sprawiedliwości Ministerstwa Spraw Wojskowych oraz członek komitetu redakcyjnego „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Zweryfikowany do stopnia pułkownika WP. Zmarł w maju 1945 r. w Anglii;

- Jerzy Węsierski – generał brygady WP, oficer 4 Pułku Ułanów Zaniemeńskich, oficer w Departamencie Sprawiedliwości Ministerstwa Spraw Wojskowych do 1939 r.

Trzej powyżsi oficerowie byli naczelnymi prokuratorami wojskowymi Polskich Sił Zbrojnych na Zachodzie i w ten sposób zakończyli byt niezależnej prokuratury wojskowej niepodległej Rzeczypospolitej.

W okresie komunistycznej Polski Ludowej naczelnymi prokuratorami wojskowymi byli m.in.:

- Jan Mastalerz – pułkownik Armii Czerwonej, ślusarz i pracownik stacji kolejowej Warszawa-Praga;

- Henryk Holder – sędzia śledczy i prokurator w Uzbekistanie i Turkmenistanie, a od 1943 r. oficer śledczy Wojskowej Prokuratury 2 Warszawskiej Dywizji Piechoty;

- Antoni Skulbaszewski – postać wyjątkowa w literaturze historyków zajmujących się tamtym okresem. Pułkownik Armii Czerwonej, absolwent szkoły oficerskiej NKWD, uczestnik wojny z Finlandią. Jego udział w zbrodniach Głównego Zarządu Informacji Ministerstwa Obrony Narodowej dokonanych na oficerach polskich dokumentuje m.in. tzw. raport komisji Mazura. Między innymi z uwagi na tezy zawarte w tym rapor-

cie płk Skulbaszewski zdecydował się na ucieczkę z Polski do ówczesnego ZSRR.

Na tym tle budzić może dziś zdziwienie piastowania stanowiska naczelnego prokuratora wojskowego w latach 1950–1956 przez Stanisława Zarakowskiego – właściciela majątku ziemskiego i prawnika. Absolwenta Wydziału Prawa Uniwersytetu Stefana Batorego w Wilnie, słuchacza Szkoły Podchorążych Rezerwy Piechoty w latach 1932–1933, a także oficera kampanii wrześniowej, walczącego pod Piotrkowem, Chełmem, Kockiem i Łukowem w Samodzielnej Grupie Operacyjnej „Polesie”. Do końca wojny przebywał w Wilnie, gdzie pracował jako robotnik budowlany i buchalter. Oficerem śledczym Naczelnej Prokuratury Wojskowej został 9 lipca 1945 r. Uczestnicząc w wielu procesach stalinowskich, przyczynił się do wydania licznych wyroków śmierci na oficerów Wojska Polskiego II RP, polityków PSL, konspiratorów i partyzantów w okupowanej Polsce.

Kolejnym naczelnym prokuratorem wojskowym został Marian Ryba – słuchacz Centralnej Szkoły Ministerstwa Bezpieczeństwa Publicznego w Łodzi i funkcjonariusz Urzędu Bezpieczeństwa, którym kierował wówczas Mieczysław Moczar.

W latach 1968–1972 naczelnym prokuratorem wojskowym był gen. dywizji Lucjan Czubiński, a w latach 1972–1975 gen. bryg. Kazimierz Lipiński. W latach 1975–1984 urząd ten pełnił Józef Szewczyk, góral z Zakopanego. W latach 1943–1945 przebywał on na robotach przymusowych w Niemczech. Po wojnie został nauczycielem i członkiem PPS. Po kongresie zjednoczeniowym został członkiem PZPR i uzyskał nominację na pierwszy stopień oficera politycznego.

Ostatnim naczelnym prokuratorem wojskowym PRL był Henryk Kostrzewa. 28 czerwca 2013 r. pion śledczy warszawskiego oddziału IPN sporządził i skierował przeciwko niemu do sądu akt oskarżenia, zarzucając mu, że będąc członkiem struktur systemu państwa totalitarnego posługującego się terrorem dla realizacji celów politycznych, bezprawnie pozbawił wolności działaczy organizacji niepodległościowych.

W okresie III RP naczelnymi prokuratorami wojskowymi byli: gen. dywizji Ryszard Michałowski, gen. bryg. Janusz Palus, gen. bryg. Wojciech Petkowicz, p.o. płk Tomasz Chrabski, Tomasz Szafek, p.o. gen. bryg. Zbigniew Woźniak, gen. bryg. Krzysztof Parulski oraz płk Jerzy Artymiak.

W szczególnych sytuacjach decyzyjnych, które do dziś pozostają przedmiotem sporów, znaleźli się w okresie sprawowania funkcji naczelnego prokuratora wojskowego gen. bryg. Krzysztof Parulski i płk Jerzy Artymiak. Wiązało się to ze sposobem i skutkami podejmowanych decyzji, działań i czynności związanych z najtragiczniejszą, w historii państwa w okresie pokoju, śmiercią pary prezydenckiej Marii i Lecha Kaczyńskich oraz znanych

i zasłużonych polityków, działaczy społecznych i kombatantów, dowódców Wojska Polskiego oraz towarzyszących im osób.

W świetle powyższego za przełom historyczny uznać można zmiany wprowadzone ustawą z dnia 15 lutego 2016 r. – Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2016 r. poz. 177).

Z dniem 4 kwietnia 2016, w wyniku prac legislacyjnych prowadzonych w latach 2011–2015, zlikwidowana została Naczelna Prokuratura Wojskowa, a jej zadania, zgodnie z ustawową właściwością rzeczową, pozostawione zostały w Departamencie do Spraw Wojskowych Prokuratury Krajowej. W konsekwencji oznacza to, że wszyscy prokuratorzy pełniący zawodową służbę wojskową zostali skierowani przez Ministra Obrony Narodowej do pełnienia służby w instytucji cywilnej, tj. w jednostkach organizacyjnych prokuratury powszechnej.

Przyszłość i praktyka rozstrzygną o trafności i zasadności rozwiązania, które zamyka pewien etap odzyskiwania niepodległości i suwerenności.

*Rozporządzenie mieniem jako znamię
przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k.*

*Disposal of property as the constituent
element of fraud set forth in Article 286 § 1
of the Penal Code*

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

Przedmiotem artykułu jest problematyka wykładni znamienia „rozporządzenie mieniem” z art. 286 § 1 k.k. Po zaprezentowaniu dominującego sposobu jego interpretacji autor przechodzi do omówienia trzech najważniejszych problemów, jakie wiążą się obecnie z możliwością kwalifikowania niektórych zachowań jako mogących stanowić rozporządzenie mieniem. Pierwsze zagadnienie dotyczy wątpliwości związanych z dokonywaniem oceny zachowania pokrzywdzonego, polegającego na świadczeniu na rzecz sprawcy określonych usług. Następnie poruszona zostaje kwestia wpływu nieważności czynności prawnej na możliwość uznania, iż jej podjęcie stanowiło rozporządzenie mieniem. Trzeci problem odnosi się do możliwości potraktowania jako oszustwa sytuacji, w której sprawca, wprowadzając w błąd sędziego, doprowadza go do wydania wyroku o charakterze deklaratoryjnym, w którym poświadczony zostaje nieprawdziwy stan rzeczy. Po przedstawieniu każdej z wątpliwości autor proponuje sposób na jej rozstrzygnięcie.

Dokonując analizy dotychczasowych poglądów doktryny oraz orzecznictwa, dotyczących interpretacji użytego w treści art. 286 § 1 k.k. pojęcia „rozporządzenie mieniem”¹, z łatwością można zauważyć, iż znacznie więcej uwagi poświęcone zostało przypisywaniu temu znamieniu jego niekorzystnego charakteru aniżeli odpowiedzi na pytanie, jakie zachowania w ogóle mogą zostać zakwalifikowane jako rozporządzenie mieniem. Uzasadnieniem dla takiego stanu rzeczy nie jest jednak brak sporów związanych z interpretacją tego znamienia, które nie tylko istnieje-

¹ Posługując się w niniejszym artykule terminem „rozporządzenie mieniem”, będę miał zawsze na myśli znamię przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k.

ją, ale często ich rozstrzygnięcie ma bardzo istotne znaczenie praktyczne, czego najlepszym przykładem są wątpliwości, jakie powstały przy ocenie zachowań polegających na świadczeniu usług, podjęciu nieważnej czynności prawnej lub wydaniu przez wprowadzony w błąd sąd orzeczenia o charakterze wyłącznie deklaratoryjnym, a które to zostaną omówione szerzej w niniejszym artykule. Ponadto dokonanie prawidłowego zakwalifikowania, które z zachowań osoby oszukanej może zostać uznane za rozporządzenie mieniem, pozwala nie tylko określić czas, w którym dochodzi do popełnienia przestępstwa oszustwa², ale przede wszystkim stanowi punkt wyjścia dla dalszych rozważań poświęconych jego niekorzystnemu charakterowi.

I

Pierwszym zagadnieniem, od którego rozstrzygnięcia należy rozpocząć wykładnię znamienia rozporządzenie mieniem, jest przesądzenie, czy przy jego interpretacji należy posłużyć się znaczeniami, jakie w prawie cywilnym przypisuje się pojęciom „mienie” oraz „czynność rozporządzająca” (wykładnia systemowa), czy też należy posłużyć się metodą wykładni autonomicznej, nadając rozporządzeniu mieniem samodzielne znaczenie, niepokrywające się w pełni z tym, jakie zostałyby mu nadane na gruncie prawa cywilnego³.

Głównym argumentem, jaki przemawia przeciwko bezpośredniemu stosowaniu wykładni systemowej, jest przede wszystkim zbyt wąski zakres znaczeniowy nadawany w prawie cywilnym tym pojęciom. Termin „mienie” nie obejmuje swojej legalną definicją⁴ pasywów określonego podmiotu (jego zobowiązań), natomiast pojęcie czynności rozporządzającej służy wyłącznie do opisu czynności prawnych polegających na przeniesieniu (zbyciu lub nabyciu), obciążeniu, ograniczeniu lub zniesieniu prawa podmiotowego⁵, a tym samym z jego zakresu wyłączone są czynności, które ograniczałyby się jedynie do zaciągnięcia przez dany podmiot określonego zobowiązania.

W konsekwencji, posługiwanie się przy interpretacji rozporządzenia mieniem wyłącznie wykładnią systemową, odwołującą się do terminologii cywilistycznej, prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego wyłączenia spod zakresu art. 286 § 1 k.k. m.in. takich dyspozycji majątkowych, których jedynym następstwem byłaby niekorzystna zmiana w pasywach pokrzywdzo-

² Wyrok SN z 6 maja 2010 r., II KK 256/09, Lex nr 583778; wyrok SA w Katowicach z 22 listopada 2006 r., II Aka 226/06, KZS 2007, nr 5, poz. 70.

³ Por. A.N. Preibisz, *Niekorzystne rozporządzenie mieniem jako znamię oszustwa (art. 286 § 1 k.k.)*, Prok. i Pr. 2005, nr 10, s. 63.

⁴ Art. 44 k.c. Mieniem jest własność i inne prawa majątkowe.

⁵ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 7, Warszawa 2007, s. 225.

nego. Przykładowo oszukańcze⁶ doprowadzenie pokrzywdzonego do zobowiązania się do spłaty długu zaciągniętego przez sprawcę (zwiększenie pasywów pokrzywdzonego) nie mogłoby zostać uznane na gruncie wykładni systemowej za przestępstwo oszustwa, natomiast w sytuacji, gdyby to samo zachowanie sprawcy doprowadziło do przekazania sprawcy środków pieniężnych należących do pokrzywdzonego (zmniejszenie jego aktywów), za które to sprawca mógłby następnie spłacić swój dług, wówczas mogłoby zostać uznane za zachowanie realizujące znamiona oszustwa. Tak więc dokonywanie wykładni znamienia „rozporządzenie mieniem” wyłącznie przy użyciu znaczeń nadawanych w prawie cywilnym pojęciom „mienie” oraz „czynność rozporządzająca” prowadziłyby do niczym nieuzasadnionego różnicowania oceny prawnej zachowań, których rzeczywisty wpływ na ekonomiczną sytuację pokrzywdzonego byłby w istocie taki sam. A zatem należy w pełni podzielić dominujący w tym zakresie pogląd, pozwalający na przypisanie rozporządzeniu mieniem samodzielnego znaczenia, niepokrywającego się w pełni z tym, jakie zostałoby mu nadane na gruncie prawa cywilnego⁷.

Wskazać przy tym należy, że głównym argumentem podnoszonym przez przeciwników przyjęcia autonomicznej metody wykładni jest okoliczność, iż skoro w prawie karnym nie doszło do odrębnego zdefiniowania pojęcia rozporządzenia mieniem, to powinno być ono interpretowane zgodnie ze znaczeniem nadanym mu przez prawo cywilne, a jakkolwiek szersza wykładnia powinna zostać uznana za niedopuszczalną, jako naruszająca zasadę *nullum crimen sine lege* oraz prowadząca do rozszerzenia odpowiedzialności karnej oskarżonego⁸. Odnosząc się do powyższego argumentu, wskazać jednak należy, że w przepisach prawa cywilnego pojęcia „rozporządzenie” oraz „mienie” nie są ze sobą nigdy razem zestawiane i występują zawsze osobno, natomiast na ich połączenie ustawodawca zdecydował się dopiero w tekście kodeksu karnego, co zdaje się usprawiedliwiać dokonywanie wykładni tego znamienia w taki sposób, który uwzględniłby również charakter samego przestępstwa oszustwa. Jednocześnie należy zaznaczyć, iż

⁶ Na potrzeby niniejszego artykułu za „oszukańcze” uznają wszelkie zachowania polegające na wprowadzeniu innej osoby w błąd, wyzyskaniu jej błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania – o których mowa w treści art. 286 § 1 k.k.

⁷ J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa 1971, s. 70–76; W. Cieślak, „Rozporządzenie mieniem” jako znamię wymuszenia rozbójniczego (art. 211 k.k.), „Palestra” 1995, nr 11–12, s. 53; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 3, Komentarz do art. 278–363 k.k., red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 275–276; T. Oczkowski, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Zakamycze 2004, s. 64; A.N. Preibisz, *Niekorzystne...*, op. cit., s. 66. Postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 13/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 56.

⁸ A. Pilch, *Oszustwo sądowe – trójkątne oszustwo*, „Przebieg Sądowy” 2010, z. 1, s. 127; R. Zawłocki, *Głosa do wyroku SN z dnia 14 stycznia 2010 r.*, V KK 235/09, „Monitor Prawniczy” 2012, nr 9, s. 491.

stosowanie wykładni autonomicznej dopuszczone zostało także na gruncie interpretacji znamion z innych typów czynów zabronionych (np.: „posiadanie” oraz „broń palna” z art. 263 § 2 k.k.)⁹.

Przyjęta ostatecznie przez zdecydowaną większość przedstawicieli doktryny autonomiczna metoda wykładni rozporządzenia mieniem pozwoliła interpretować użyte w redakcji art. 286 § 1 k.k. pojęcie „mienie” jako szeroko pojęty majątek¹⁰, obejmując jego znaczeniem zarówno ogół aktywów danego podmiotu (prawo własności i inne prawa majątkowe), jak i ogół jego pasywów (ciążące na danym podmiocie zobowiązania)¹¹. Również termin „rozporządzenie” zaczęto wyklądać szerzej, uznając, iż oznacza on wszelkie dyspozycje majątkiem, niezależnie od tego, czy stanowią czynności regulowane przez prawo cywilne czy też przez inną gałąź prawa, np. prawo pracy lub prawo ubezpieczeń społecznych¹². Skutkiem tego zakresem znamienia rozporządzenia mieniem objęto wszelkiego rodzaju zachowania, czynności prawne, w tym także rozstrzygnięcia organów państwowych, które prowadzą do jakiegokolwiek zmiany w majątku rozporządzającego, tj. w jego aktywach lub pasywach¹³. Za rozporządzenie mieniem uznano już samo zaciągnięcie przez oszukanego określonego zobowiązania majątkowego, a nie dopiero czynność polegającą na jego wykonaniu¹⁴. Tak więc jest nim zarówno przeniesienie własności, jak i samo zobowiązanie się do jego przeniesienia w przyszłości¹⁵. Przyjęto również, iż dla realizacji znamienia rozporządzenie mieniem nie ma znaczenia sama cywilnoprawna charakterystyka zrealizowanej przez pokrzywdzonego czynności, relewantne pozostaje jedynie to, aby konsekwencje jej podjęcia odnosiły się do szeroko rozumianego mienia pokrzywdzonego¹⁶.

⁹ Szerzej na ten temat: Z. Cwiakalski, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Warszawa 2008, s. 1220–1227; C. Sońta, *Broń palna – główne problemy wykładni przepisów kodeksu karnego*, Prok. i Pr. 2004, nr 5, s. 18–55.

¹⁰ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 276–277; Z. Kukula, *Głosa do postanowienia SN z 15 czerwca 2007 r.*, I KZP 13/07, „Przeгляд Policyny” 2009, nr 3, s. 135; wyrok SN z 13 czerwca 1933 r., III K 367/33, OSNK 1993, nr 8, poz. 162; T. Oczkowski, *Głosa do wyroku SN z dnia 29 listopada 2012 r.*, V KK 419/11, OSP 2013, nr 9, poz. 85, s. 615–616.

¹¹ Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, *op. cit.*, s. 139; postanowienie SN z 15 czerwca 2007 r., I KZP 13/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 56.

¹² W. Cieślak, „Rozporządzenie mieniem”..., *op. cit.*, s. 53; O. Górniok, D. Pleńska, [w:] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, t. 4, cz. 2, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1989, s. 419; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 276.

¹³ W. Cieślak, „Rozporządzenie mieniem”..., *op. cit.*, s. 53; A.N. Preibisz, *Niekorzystne...*, *op. cit.*, s. 71–72.

¹⁴ T. Oczkowski, *Oszustwo...*, *op. cit.*, s. 64.

¹⁵ J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa...*, *op. cit.*, s. 70–71.

¹⁶ W. Cieślak, „Rozporządzenie mieniem”..., *op. cit.*, s. 53; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 275–276; A. Marek, *Kodeks karny*, wyd. 4, Warszawa 2007, s. 524; T. Oczkowski, *Oszustwo...*, *op. cit.*, s. 64–65.

Nie jest także istotne to, czy oceniane zachowanie zostało podjęte zgodnie z prawem, czy też nie, jeżeli tylko jego skutki znajdowały bezpośrednio odzwierciedlenie w sytuacji majątkowej pokrzywdzonego¹⁷.

Analiza powyższych poglądów pozwala stwierdzić, iż aby zweryfikować, czy oceniane zachowanie osoby oszukanej stanowiło rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k., wystarczające jest przesądzenie, że jego podjęcie doprowadziło do wywołania jakiejkolwiek zmiany w majątku pokrzywdzonego (jego aktywach i pasywach). Przy czym bez znaczenia pozostaje zarówno jej rodzaj, jak i charakter prawny, a także dziedzina prawa, na podstawie której doszło do jej wystąpienia. Tak przedstawiony sposób wykładni tego znamienia należy w pełni podzielić.

II

Mając powyższe na uwadze, wydawać by się mogło, iż kwalifikacja określonych czynności pod względem tego, czy stanowią one rozporządzenie mieniem, nie powinna przysparzać w praktyce większych trudności – wystarczy bowiem zbadać, czy jej podjęcie wywołało jakiejkolwiek zmiany w mieniu pokrzywdzonego. Tak jednak nie jest, czego bardzo dobrym przykładem jest spór, jaki powstał przy okazji oceny zachowania sprawcy, który wprowadzając inną osobę w błąd co do posiadanego zamiaru uiszczenia wynagrodzenia, doprowadził ją do wykonania na jego rzecz usług transportowych, za które następnie nie zapłacił. Istota problemu sprowadzała się *de facto* do rozstrzygnięcia, czy doprowadzenie innej osoby do wykonania usługi transportowej może zostać potraktowane na gruncie art. 286 § 1 k.k. jako doprowadzenie jej do rozporządzenia mieniem. Co ważne, przedmiotowa wątpliwość ma bardzo istotne znaczenie praktyczne, albowiem odnosi się także do wszystkich innych form świadczenia usług, stąd od kierunku jej rozwiązania będzie zależeć, czy oszukańcze doprowadzenie innej osoby do świadczenia jakiejkolwiek innej usługi (za którą najczęściej nie otrzyma ona w ogóle zapłaty) będzie mogło zostać uznane za realizujące znamiona oszustwa z art. 286 § 1 k.k.

Bardzo wyraźny argument przeciwko traktowaniu świadczenia usług jako rozporządzenia mieniem przedstawił Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 11 lipca 2012 r.¹⁸, którego sentencję warto przytoczyć w cało-

¹⁷ W. Cieślak, „Rozporządzenie mieniem”..., *op. cit.*, s. 53; O. Górniok, D. Pleńska, [w:] *System prawa...*, *op. cit.*, s. 419; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 278; T. Oczkowski, *Oszustwo...*, *op. cit.*, s. 64–65; wyrok SN z dnia 10 marca 2004, II KK 381/03, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 523.

¹⁸ Wyrok SA w Lublinie z dnia 11 lipca 2000 r., II Aka 101/00, Lex nr 48861.

ści: „Przedmiotem wykonawczym przestępstwa oszustwa może być jedynie mienie. Wprawdzie ustawodawca posłużył się w dyspozycji określającego je przepisu terminem »mienie« w jego szerokim znaczeniu jako majątku, to jednak niewątpliwie jest, że stwierdzone w omawianym przypadku »świadczenie usług« (w tym wypadku transportowych) z pewnością tak rozumianego mienia nie stanowiło, skoro nie było ani rzeczą ruchomą, ani też prawem majątkowym”. Tak więc zdaniem Sądu Apelacyjnego w Lublinie główną przeszkodą dla traktowania świadczenia usług jako rozporządzenia mieniem jest fakt, że świadczenie usług nie może zostać uznane za jeden ze składników mienia.

Powyższe orzeczenie wywołało na tyle istotne wątpliwości w judykaturze, że zawarta w nim argumentacja stała się ostatecznie podstawą pytania prawnego skierowanego do Sądu Najwyższego, którego rezultatem było wydanie postanowienia z dnia 15 czerwca 2007 r., w którym to Sąd Najwyższy, pomimo formalnej odmowy odpowiedzi na zadane pytanie prawne, jednoznacznie opowiedział się za możliwością kwalifikowania świadczenia usług jako rozporządzenia mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k.¹⁹ Dokonując podsumowania dotychczasowego dorobku doktryny oraz orzecznictwa w zakresie wykładni terminu „mienie”, Sąd Najwyższy przychylił się do dominującego poglądu i stwierdził, że pojęcie to należy interpretować bardzo szeroko, obejmując jego znaczeniem całokształt sytuacji majątkowej określonego podmiotu, na którą składają się zarówno wszelkie prawa rzeczowe, jak i obligacyjne, a niekorzystne nimi rozporządzenie może nastąpić zarówno przez rzeczywisty uszczerbek, jak i przez utratę należnych korzyści. Zdaniem SN za niekorzystne rozporządzenie mieniem należy uznać jakiegokolwiek działania bądź sytuację, które powodują niekorzystne zmiany w szeroko rozumianym mieniu pokrzywdzonego. Przechodząc następnie do wyjaśnienia, dlaczego świadczenie usług może zostać uznane za rozporządzenie mieniem, Sąd Najwyższy wskazał, iż jego zdaniem nie budzi wątpliwości, że wykonywanie usług transportowej wiąże się z ponoszeniem przez świadczącego wymiernych kosztów, w postaci zużytego paliwa, kosztów wynagrodzeń dla pracowników, a tym samym osoba świadcząca tego typu usługi ponosi określony uszczerbek majątkowy, a w sytuacji, gdy następnie nie otrzymuje za swoje usługi zapłaty, jej aktywa nie ulegają ponadto spodziewanemu powiększeniu.

W tym kontekście Sąd Najwyższy odwołał się zarówno do poglądu wyrażonego przez A. Marka, który krytykując tezę wyrażoną przez Sąd Apelacyjny w Lublinie, stwierdził, iż wyłudzenie usług transportowych stanowi przestępstwo oszustwa, albowiem wykonujący te usługi ponosi wy-

¹⁹ Postanowienie SN z dnia 15 czerwca 2007 r., I KZP 13/07, OSNKW 2007, nr 7–8, poz. 56.

mierne straty majątkowe²⁰, jak i do swojego wcześniejszego stanowiska, wyrażonego w wyroku z dnia 19 lipca 2006 r.²¹, w którym także wskazano, iż świadczenie usług jest nierozzerwalnie związane z ponoszeniem nakładów rzeczowych i finansowych, pozostających w bezpośredniej relacji z umówionym wynagrodzeniem i przewidywanym zyskiem. Wydaje się więc, że tym, co zdaniem Sądu Najwyższego zadecydowało o możliwości zakwalifikowania świadczenia usług jako rozporządzenia mieniem, był towarzyszący takiemu zachowaniu uszczerbek majątkowy, który nie został następnie wyrównany przez sprawcę w formie zapłaty odpowiedniego wynagrodzenia²².

Omówione powyżej postanowienie SN spotkało się z jednoznaczną krytyką ze strony M. Calkiewicz²³, która po przeprowadzeniu szerokiej analizy pojęcia „mienię” doszła do wniosku, iż żadna, nawet najszersza jego definicja nie obejmuje swoim zakresem czynności faktycznych, za jakie należy uznać zachowanie polegające na świadczeniu usług. W swoich wnioskach autorka wskazała, iż skoro efektem oszukańczych zabiegów sprawcy jest jedynie doprowadzenie pokrzywdzonego do podjęcia przez niego określonych czynności faktycznych, to żadnym „mienię” taki pokrzywdzony nie rozporządza, a tym samym – pomimo że zachowanie sprawcy polegające na wyłudzeniu usług jest tak samo naganne jak inne formy popełniania oszustwa, to dopiero zmiana redakcji art. 286 § 1 k.k. umożliwiłaby jego penalizację.

Podejmując próbę rozstrzygnięcia zakreślonego powyżej sporu, należy w pierwszej kolejności odnieść się do argumentacji przedstawionej przez przeciwników kwalifikowania świadczenia usług jako rozporządzenia mieniem i zastanowić się, czy rzeczywiście mają oni rację, twierdząc, iż nie jest możliwe potraktowanie usług jako jednego ze składników „mienię” w rozumieniu z art. 286 § 1 k.k. Wydaje się, iż słuszność powyższego poglądu nie powinna budzić żadnych wątpliwości²⁴, a jego uzasadnienie wynika wprost z samej istoty pojęcia „mienię”, które – niezależnie od nadania mu wąskiego, czy też szerokiego znaczenia – służy wyłącznie do opisu sfery normatywnej, w przeciwieństwie do terminów „świadczenie usług” oraz

²⁰ A. Marek, *Kodeks karny*, op. cit., s. 524.

²¹ Wyrok SN z dnia 19 lipca 2006 r., III KK 19/06, LEX nr 193064.

²² Ostatecznie również Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 19 marca 2013 r., II AKa 27/13, LEX nr 1294821, podzielił pogląd SN, wskazując w uzasadnieniu orzeczenia na nakłady, jakie ponosi osoba świadcząca usługi (np. koszty paliwa). Przy czym, uzasadniając nowe stanowisko, SA w Lublinie w żadnej mierze nie odniósł się do argumentacji, jaką wyraził w swoim wcześniejszym orzeczeniu.

²³ Por. M. Calkiewicz, *Świadczenie usług a rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k.*, Prok. i Pr. 2009, nr 5, s. 30–57.

²⁴ Przeciwnego zdania są jednak: O. Górniok, D. Pleńska, [w:] *System prawa...*, op. cit., s. 364; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny...*, op. cit., s. 253; Z. Kukuła, *Oszustwo w świadczeniu usług*, Prok. i Pr. 2010, nr 12, s. 24–25, którzy stają na stanowisku, iż „usługi” mogą zostać zakwalifikowane jako jeden ze składników mienia.

„usługa”, których desygnatami są elementy świata rzeczywistego. Innymi słowy, pojęcie „usługa”, w takim samym stopniu jak pojęcia „praca” lub „opieka”, ma jedynie na celu opisanie określonej aktywności człowieka, sposobu jego zachowania, odpowiadając tym samym na pytanie: „Co dany podmiot robi?”, natomiast pojęcie „mienie”, także przy jego szerokiej wykładni, służy wyłącznie do określenia sytuacji prawnej danego podmiotu, a precyzyjniej rzecz ujmując, odpowiada na pytanie: „Co dany podmiot może lub powinien zgodnie z prawem zrobić?”. W konsekwencji „świadczenie usług”, jako pojęcie opisujące zdarzenia ze świata rzeczywistego, a nie sferę normatywną, nigdy nie będzie mogło zostać uznane za desygnat pojęcia mienia²⁵. Oczywiście, przy opisie treści niektórych składników „mienia”, jak np. prawa własności, niezbędne staje się odwołanie do elementów ze świata rzeczywistego, np. właściwości określonej rzeczy, co pozwala następnie ustalić sposób korzystania z tej rzeczy, do jakiego dany podmiot będzie uprawniony na mocy art. 140 k.c.²⁶, jednakże nie czyni to samej rzeczy składnikiem prawa własności, a tym samym desygnatem pojęcia mienia.

Podkreślenia jednak wymaga, iż powyższe ustalenia w żadnej mierze nie uprawniają do stwierdzenia, że skoro świadczenie usług nie stanowi składnika mienia, to nie może zostać zakwalifikowane jako rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. Nie chodzi bowiem o to, czy świadczenie usług jest składnikiem mienia, ale o to, czy w rezultacie jego podjęcia przez osobę oszukaną dochodzi do wywołania zmian w jej mieniu. Tak więc pomimo, iż w uzasadnieniu przywołanego postanowienia Sąd Najwyższy również rozpoczął swoje rozważania od ustalania zakresu pojęcia „mienie”, to jednak w dalszej części słusznie zwrócił już uwagę na sedno problemu, czyli na okoliczności, jakie pozwalają stwierdzić, że świadczenie usług nie pozostaje obojętne dla mienia osoby, która je świadczy. Zdaniem Sądu Najwyższego okolicznościami tymi miały być różnego rodzaju wydatki oraz koszty, jakie nieodłącznie towarzyszą świadczeniu usług.

Z tak przedstawionym uzasadnieniem Sądu Najwyższego nie sposób się jednak zgodzić. Po pierwsze, można wyobrazić sobie takie usługi, których świadczenie nie będzie każdorazowo wiązać się z koniecznością ponoszenia przez świadczącego jakichkolwiek wydatków lub kosztów (np. opieka nad dzieckiem). Po drugie, nie można stracić z pola widzenia, iż czasem dokonania przestępstwa oszustwa jest właśnie chwila podjęcia przez pokrzywdzonego zachowania będącego rozporządzeniem mieniem, a tym

²⁵ Na co słusznie zwróciła uwagę: M. Calkiewicz, *Świadczenie usług...*, *op. cit.*, s. 49.

²⁶ Art. 140 k.c. W granicach określonych przez ustawy i zasady współżycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą.

samym wszelkie okoliczności, jakie pozwalają na dokonanie oceny danego zachowania, muszą istnieć na chwilę jego podjęcia. Tymczasem przyjęcie argumentacji Sądu Najwyższego mogłoby w pewnych przypadkach prowadzić do wniosku, iż chwilą dokonania oszustwa byłaby dopiero chwila poniesienia przez pokrzywdzonego określonych wydatków lub nakładów (np. dzień wypłaty pensji pracownikom świadczącym usługi), natomiast do tej chwili sprawca mógłby odpowiadać wyłącznie za usiłowanie oszustwa, pomimo iż doszło już do zakończenia świadczenia na jego rzecz określonych usług. Wątpliwe stawałoby się również wykazanie odpowiedniego związku przyczynowego pomiędzy oszukańczym zachowaniem sprawcy a niektórymi z poniesionych przez pokrzywdzonego wydatków, jak np. wspomnianą wypłatą pensji dla pracowników, do której wypłaty pokrzywdzony pozostaje przecież zobowiązany nie dlatego, że został wprowadzony przez sprawcę w błąd i namówiony do świadczenia określonej usługi, ale najczęściej dlatego, że zawarł już wcześniej z pracownikami odpowiednią umowę o pracę, która czyni go zobowiązanym do jej wypłaty także wtedy, gdy żadnych usług zatrudniony pracownik świadczyć nie będzie.

Kolejną konsekwencją bezkrytycznego zaakceptowania poglądu reprezentowanego przez SN byłoby przyjęcie, że skoro dopiero wystąpienie pewnych określonych wydatków decyduje o możliwości uznania danego zachowania za realizującego znamię rozporządzenia mieniem, to ich wystąpienie musiałoby również zostać każdorazowo objęte świadomością sprawcy, która warunkuje uznanie jego działania za podjętego z zamiarem bezpośrednim, co może okazać się wyjątkowo trudne, albowiem w praktyce sprawca najczęściej nie zdaje sobie w ogóle sprawy z dokładnego sposobu, w jaki świadczone są wyłudzane przez niego usługi, a tym samym nie jest świadomy rodzaju wydatków lub nakładów, jakie osoba oszukana będzie zmuszona ponieść, aby daną usługę dla sprawcy wykonać.

Wydaje się więc, że zamiast skupiać się wyłącznie na łatwo dostrzegalnym uszczerbku majątkowym lub ponoszonych nakładach, należy spojrzeć na problem z innej perspektywy i zastanowić się nad tym, co tak naprawdę powoduje, że dana osoba decyduje się wykonać pewną usługę dla kogoś innego. Mogłoby się wydawać, iż celem wykonania danej usługi jest otrzymanie za nią odpowiedniego wynagrodzenia, co jednak nie tłumaczyłoby sytuacji, w których zapłata wynagrodzenia poprzedza jej wykonanie. Należy stwierdzić, że tym, co w rzeczywistości skłania daną osobę do wykonania dla zleceniodawcy określonej usługi, jest chęć spełnienia przez nią świadczenia, do którego się uprzednio zobowiązała. Przy czym zaznaczenia wymaga, iż z prawnego punktu widzenia nie ma różnicy, czy spełnienie świadczenia następuje poprzez zapłatę określonej sumy pieniędzy, czy też poprzez podjęcie przez zobowiązanego określonego zachowania

(np. świadczenia usługi przewozu). Skutek pozostaje bowiem ten sam – osoba spełniająca świadczenie zostaje z mocy prawa zwolniona z ciężącego na niej zobowiązania²⁷. W konsekwencji sam brak poniesienia przez pokrzywdzonego określonych wydatków lub nakładów, jaki może wiązać się ze świadczeniem niektórych rodzajów usług, nie stanowi przeszkody dla uznania, iż dokonał on rozporządzenia mieniem. Ich wartość będzie jednak mogła zostać uwzględniona przy wyliczaniu wysokości szkody, jaką poniósł pokrzywdzony.

Przenosząc powyższe uwagi na ocenę zachowania polegającego na świadczeniu usług transportowych, należy wskazać, iż ich wykonanie może zostać uznane za rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k., albowiem z chwilą, gdy pokrzywdzony wykonał na rzecz sprawcy usługę transportową, główną zmianą w jego majątku było właśnie zmniejszenie się jego pasywów, z których zniknęło zobowiązanie do jej świadczenia. Oczywiście, w zależności od konkretnego przypadku, wykonaniu danej usługi mogą towarzyszyć także inne następstwa prawne, jak np. powiększenie się aktywów pokrzywdzonego o wymagalną należność o zapłatę wynagrodzenia. Warto w tym miejscu również zaznaczyć, iż w zdecydowanej większości przypadków czynnością poprzedzającą świadczenie danej usługi będzie zawarcie przez pokrzywdzonego odpowiedniej umowy, na mocy której stanie się on dopiero zobowiązany do jej wykonania na rzecz sprawcy (zwiększenie się pasywów pokrzywdzonego), która w takim przypadku również stanowić będzie rozporządzenie mieniem, a w związku z tym już samo doprowadzenie do jej zawarcia będzie mogło w pewnych przypadkach zostać potraktowane jako przestępstwo oszustwa.

III

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że przy kwalifikowaniu konkretnego zachowania jako rozporządzenia mieniem należy każdorazowo oprzeć się na szerokiej analizie kontekstu prawnego, jaki towarzyszy jego podjęciu, albowiem dopiero wówczas staje się możliwe ustalenie, czy wywołało ono zmiany w mieniu pokrzywdzonego. To właśnie pominięcie kontekstu prawnego i ograniczanie dokonywanej analizy wyłącznie do zweryfikowania, czy ocenianemu zachowaniu towarzyszyły określone zmiany w świecie rzeczywistym (np. zużycie paliwa, przekazanie banknotów, wydanie rzeczy), może w bardzo prosty sposób prowadzić do jego

²⁷ Z. Radwański, [w:] *Zobowiązania – część ogólna*, red. Z. Radwański, A. Olejniczak, wyd. 7, Warszawa 2006, s. 291.

błędnej kwalifikacji. Często bowiem zdarza się tak, że podjęcie przez daną osobę takiej samej czynności faktycznej będzie w pewnych przypadkach wywoływać zmiany w jej mieniu, a w innych już nie, czego najlepszym przykładem jest czynność polegająca na nakreśleniu podpisu na kartce papieru, która może – jeśli pozwoli na to norma zawarta m.in. w art. 60 k.c.²⁸ – zostać potraktowana jako oświadczenie woli i w ten sposób wpłynąć na sferę praw i obowiązków danej osoby (np. skutkować zawarciem umowy), jak również może stanowić nic nieznaczącą czynność faktyczną (np. gdy kartka papieru jest pusta).

Podkreślenia przy tym wymaga, iż przy ustalaniu skutków prawnych zachowania należy stosować wszelkie normy prawne, niezależnie od tego, której dziedziny prawa dotyczą, jeżeli tylko ich treść określa skutki prawne dla ocenianej czynności. Przy czym uwzględnić należy również te z nich, których zastosowanie powoduje, że przypisanie danemu zachowaniu określonych następstw prawnych staje się niemożliwe, jak np. określone w prawie cywilnym przesłanki nieważności czynności prawnej.

Wątpliwości związane z wpływem nieważności czynności prawnej na możliwość zakwalifikowania jej jako rozporządzenie mieniem nie doczekały się szerszego omówienia w doktrynie, a nieliczne wyrażone poglądy w tym temacie zdają się być oparte na zupełnie różniących się od siebie argumentach. Zdaniem J. Bednarzaka, skoro dyspozycja majątkowa dokonana przez osobę nieposiadającą pełnej zdolności do czynności prawnej (np. z uwagi na wiek) nadal jest traktowana przez przepisy prawa cywilnego jako „czynność prawna” (np. w art. 19 k.c.²⁹), to tym samym w dalszym ciągu może stanowić rozporządzenie mieniem³⁰. Powyższy pogląd pomija jednak okoliczność, iż o uznaniu danej czynności za rozporządzenie mieniem decydują skutki prawne, jakie wywołało jej podjęcie, a nie sposób, w jaki jest ona nazywana w prawie cywilnym.

Odmiernym argumentem posługują się M. Dąbrowska-Kardas oraz P. Kardas, którzy podnoszą, iż dla uznania określonego zachowania za rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. nie ma znaczenia, czy podjęta czynność prawna okazała się ważna i skuteczna, istotne jest natomiast to, czy była ona przywidziana przez przepisy prawa³¹. Z tak

²⁸ Art. 60 k.c. Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

²⁹ Art. 19 k.c. Jeżeli osoba ograniczona w zdolności do czynności prawnych dokonała sama jednostronnej czynności prawnej, do której ustawa wymaga zgody przedstawiciela ustawowego, czynność jest nieważna.

³⁰ J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa...*, op. cit., s. 66.

³¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, [w:] *Kodeks karny...*, op. cit., s. 278.

przedstawionym stanowiskiem również nie można się zgodzić. Jeżeli bowiem oceniana czynność prawna nie wywołała żadnych zmian w mieniu pokrzywdzonego, to – niezależnie od przyczyny – nie będzie mogła ona zostać uznana za rozporządzenie mieniem. Nie jest bowiem możliwe tworzenie swoistej fikcji prawnej, zgodnie z którą przy badaniu skutków czynności prawnej na potrzeby realizacji znamion oszustwa należy pomijać przesłanki nieważności, jeżeli tylko oceniana czynność prawna została w ogóle przewidziana przez przepisy prawa. Przyjęcie komentowanego stanowiska prowadziłoby *de facto* do tego, iż nieważna czynność prawna wywoływałaby różnie oceniane następstwa prawne, w zależności od tego, czy jej ocena dokonywana byłaby z perspektywy norm prawa cywilnego, czy też z przez pryzmat realizacji znamion z art. 286 § 1 k.k. Następstwem wprowadzenia takiego „podwójnego standardu” byłoby całkowite rozmycie się znaczenia nadawanego pojęciu rozporządzenia mieniem, w taki sposób, iż argumenty przemawiające za stosowaniem autonomicznej wykładni tego znamienia nie znajdowałyby już w tym przypadku zastosowania. Czym innym jest bowiem objęcie zakresem rozporządzenia mieniem także tych dyspozycji, których skutki odnoszą się do zobowiązań pokrzywdzonego (pasywów), poprzez nadanie „mieniu” z art. 286 § 1 k.k. szerszego znaczenia, odpowiadającego zakresowi pojęcia „majątek”, przy jednoczesnym zachowaniu wszelkich pozostałych zasad rządzących prawem cywilnym, a czym innym jest włączenie w zakres rozporządzenia mieniem również tych dyspozycji, które na gruncie prawa cywilnego nie wywołują żadnych skutków prawnych, zarówno w mieniu, jak i szeroko rozumianym majątku pokrzywdzonego.

Podjmując próbę rozstrzygnięcia zarysowanej powyżej wątpliwości, należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę, iż ocenę następstw prawnych zachowania nie można ograniczać wyłącznie do weryfikacji, czy podjęta czynność prawna wywołała typowe dla siebie skutki prawne lub takie, jakie zamierzała osiągnąć osoba ją dokonująca. Analiza prawna musi zostać dokonana wszechstronnie i uwzględniać wszelkie następstwa prawne w majątku pokrzywdzonego, jakie wywołało zachowanie polegające na dokonaniu danej czynności, ponieważ to ich wystąpienie decyduje o uznaniu jej za rozporządzenie mieniem. Podkreślić przy tym należy, że podjęcie nieważnej czynności prawnej nie oznacza jeszcze, iż podjętemu zachowaniu nie towarzyszyło wywołanie zmian w majątku pokrzywdzonego³². Skutkami takiej czynności są najczęściej zmiany prawne, wynikające z określonych zdarzeń prawnych towarzyszących jej zawieraniu lub samego faktu jej zaistnienia, które stanowią konsekwencje jednoczesnego powiązania nieważnej czynno-

³² J. Bafia, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, Warszawa 1987, s. 265.

ści prawnej z innymi stanami faktycznymi wywołującymi skutki prawne³³. Chodzić tu będzie przede wszystkim o powstanie roszczeń restytucyjnych, a także o skutki związane z przeniesieniem posiadania. Tak więc tym, co przy ocenie zachowania polegającego na zawarciu nieważnej umowy sprzedaży pozwoli najczęściej przyjąć, iż doszło do rozporządzenia mieniem, będą właśnie następstwa prawne wywołane przeniesieniem posiadania sprzedawanej rzeczy, a nie samo przeniesienie jej własności, do którego – z uwagi na nieważność czynności prawnej – w ogóle nie dojdzie.

W konsekwencji, pomimo iż sama nieważność czynności prawnej nie stanowi przeszkody w przypisaniu ocenianemu zachowaniu cech rozporządzenia mieniem, to jednak każdy przypadek wymaga niezależnej oceny, która uwzględni wszelkie zaistniałe następstwa prawne, które towarzyszą jej podjęciu.

IV

Wskazywany powyżej problem, związany ze zbyt wąską analizą następstw prawnych wynikających z podjęcia ocenianego zachowania, zdaje się występować również na gruncie sporu dotyczącego kwalifikacji orzeczeń o charakterze deklaratoryjnym. Chodzi tutaj o szczególny przypadek tzw. oszustwa sądowego, gdzie na skutek oszukańczego zachowania sprawcy nakierowanego na osobę sędziego dochodzi do wydania przez sąd orzeczenia o charakterze wyłącznie deklaratoryjnym, które to w odróżnieniu od orzeczenia o charakterze konstytutywnym nie prowadzi do zmiany łączącego strony postępowania stosunku prawnego. Pojawia się więc pytanie, czy wydanie takiego orzeczenia może wywoływać jakiegokolwiek zmiany w mieniu pokrzywdzonego, których wystąpienie jest niezbędne dla jego zakwalifikowania jako rozporządzenia mieniem. Z uwagi na to, że zdecydowanej większości zapadających w praktyce wymiaru sprawiedliwości orzeczeń przypisuje się charakter deklaratoryjny, rozstrzygnięcie przedmiotowej wątpliwości może w sposób bardzo istotny ograniczyć możliwość penalizacji zachowań osób, które umyślnie wprowadzają sędziego w błąd (np. przedkładając podrobione dokumenty) w celu uzyskania korzystnego dla siebie wyroku.

Za dopuszczeniem możliwości traktowania czynności polegającej na wydaniu orzeczenia deklaratoryjnego jako rozporządzenia mieniem opowiedział się wyraźnie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 stycznia 2010 r.³⁴, w którym uznał, iż wydanie przez sąd postanowienia o stwierdzeniu

³³ M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2008, wyd. 2, s. 409–410.

³⁴ Wyrok SN z dnia 14 stycznia 2010 r., V KK 235/09, OSNKW 2010, nr 6, poz. 50.

nabycia spadku, które – na skutek oszukańczych zabiegów sprawcy – nie potwierdza rzeczywistego stanu prawnego, może zostać uznane za rozporządzenie mieniem. W uzasadnianiu wyroku SN wskazał, iż sam deklaratoryjny charakter wydanego postanowienia (potwierdzający przejście praw i obowiązków majątkowych, które nastąpiło z chwilą śmierci spadkodawcy) nie ma w tym przypadku decydującego znaczenia, albowiem kluczowy nie jest skutek samego orzeczenia, ale jego konsekwencje dla sytuacji majątkowej pokrzywdzonego, w zestawieniu z sytuacją, gdyby wydane postanowienie odzwierciedlało rzeczywisty stan prawny. Zdaniem Sądu Najwyższego przedmiotowe konsekwencje uwidaczniają się w ten sposób, iż: „Osoba, która uzyskała stwierdzenie nabycia spadku, korzysta z ustawowego domniemania określonego w treści art. 1025 § 2 k.c.³⁵ i może jako spadkobierca rozporządzać majątkiem spadkowym (np. zbyć udział spadkowy), osoba zaś będąca rzeczywiście spadkobiercą (nabywającą spadek z chwilą jego otwarcia) nie posiada praw do należnego jej majątku spadkowego, a także nie posiada żadnego dowodu na jego posiadanie [...]”.

Powyższy pogląd Sądu Najwyższego spotkał się z wyraźną krytyką ze strony kilku przedstawicieli doktryny, którzy jednogłośnie podkreślali, iż skoro warunkiem uznania orzeczenia sądu za rozporządzenie mieniem jest wywołanie przez to orzeczenie określonych skutków prawnych w mieniu pokrzywdzonego, to warunkiem tego nie może spełniać postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku, które jest orzeczeniem o charakterze wyłącznie deklaratoryjnym³⁶. Stanowisko to oparto na założeniu, że uznanie orzeczenia za deklaratoryjne uprawnia jednocześnie do wniosku, iż jego wydanie nie prowadzi do wywołania jakichkolwiek zmian w prawach majątkowych stron danego postępowania sądowego, a tym samym osoby pokrzywdzonego.

Pomimo powyższych głosów krytyki, wyrokiem z dnia 17 maja 2012 r.³⁷ Sąd Najwyższy podtrzymał swoje stanowisko, wskazując jednocześnie, iż

³⁵ Art. 1025 § 2 k.c. Domniemywa się, że osoba, która uzyskała stwierdzenie nabycia spadku albo poświadczenie dziedziczenia, jest spadkobiercą.

³⁶ Pogląd taki wyrazili: A. Jezusek, *Orzeczenie sądowe w sprawie cywilnej jako rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 k.k.*, „Przebieg Sądowy” 2012, z. 1, s. 60; M. Machner, *Oszustwo sądowe. Możliwość stosowania konstrukcji w obowiązującym porządku prawnym*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2013, z. 2, s. 70–72; A. Pilch, *Oszustwo sądowe...*, *op. cit.*, s. 139; A. Skowron, *Głosa do wyroku SN z dnia 14 stycznia 2010 r.*, V KK 235/09, LEX/el. 2013, nr 174710; R. Zawłocki, *Głosa do wyroku...*, *op. cit.*, s. 492–493. Przeciwnie stanowisko, aprobujące pogląd SN, reprezentują: A. Drozd, *Koncepcja oszustwa sądowego w postępowaniu o stwierdzenie nabycia spadku*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2012, nr 3; A. Drozd, *Rozporządzenie mieniem jako znamię oszustwa sądowego. Uwagi na tle wyroku Sądu Najwyższego z 29 sierpnia 2012 r.* (VKK 419/11), Cz.PKiNP 2014, nr 2, s. 101–102; Z. Kukuła, *Głosa do wyroku SN z dnia 14 stycznia 2010 r.*, V KK 235/09, Prok. i Pr. 2012, nr 1, s. 173–174; Z. Kukuła, *Głosa do wyroku SN z dnia 17 maja 2012 r.*, V KK 322/11, PiP 2014, nr 2, s. 140; T. Oczkowski, *Głosa do wyroku SN...*, *op. cit.*, s. 615–617.

³⁷ Wyrok SN z dnia 17 maja 2012 r., V KK 322/11, LEX nr 1212390.

chybione jest formułowanie tezy, zgodnie z którą postanowienie o stwierdzeniu nabycia spadku z racji swej deklaratorywności nie może zostać uznane za rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k., gdyż nie kształtuje rzeczywistości. W uzasadnieniu SN stwierdził, że: „W przypadku »oszustwa sądowego« celem wdrożenia postępowania w przedmiocie stwierdzenia nabycia spadku nie jest przecież potwierdzenie istniejącego w chwili otwarcia spadku stanu rzeczy, ale określenie go w taki, niezgodny z rzeczywistością sposób, który umożliwił będzie sprawcy tego przestępstwa realne wejście w uprawnienia przysługujące osobie legitymującej się postanowieniem o stwierdzeniu nabycia spadku i rzeczywiste dysponowanie majątkiem spadkowym”.

Również w wyroku z dnia 29 listopada 2012 r.³⁸ Sąd Najwyższy potwierdził swój wcześniejszy pogląd, uznając (podobnie jak w wyroku z dnia 14 stycznia 2010 r.), iż wydanie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku wywołuje konkretne skutki w sferze majątkowej osób, które zgodnie z zasadami dziedziczenia są lub powinny być objęte postępowaniem, a ukształtowany w tym postępowaniu stan prawny – na skutek oszukańczych działań sprawcy – pozbawia je należnego im przysporzenia.

W celu rozstrzygnięcia zarysowanego sporu oraz dokonaniu oceny podnoszonych w nim argumentów należy w pierwszej kolejności szerzej przyrzeć się cechom charakteryzującym orzeczenia deklaratoryjne. Opisując w nauce postępowania cywilnego podział na orzeczenia deklaratoryjne oraz konstytutywne, wskazuje się najczęściej, iż został on oparty na kryterium skutków prawnych, jakie wywołuje oceniane orzeczenie. Zaznacza się, iż w przeciwieństwie do orzeczenia konstytutywnego, wydanie orzeczenia deklaratoryjnego nie prowadzi do wywołania zmian w stanie prawnym, a służy jedynie potwierdzeniu już istniejącego pomiędzy stronami postępowania stosunku prawnego³⁹. Wskazuje się również, iż podział ten odzwierciedla sposób, w jaki orzeczenia realizują funkcję procesowej ochrony prawnej⁴⁰. Za pomocą orzeczeń deklaratoryjnych sądy udzielają ochrony poprzez potwierdzenie stanu prawnego, który został ukształtowany poza samym procesem, natomiast celem wydania orzeczenia konstytutywnego

³⁸ Wyrok SN z dnia 29 listopada 2012 r., V KK 419/11, OSP 2013, nr 9, poz. 85.

³⁹ W. Broniewicz, *Postępowanie cywilne w zarysie*, wyd. 4, Warszawa 2008, s. 238–239; H. Dolecki, *Postępowanie cywilne – zarys wykładu*, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 208–209; E. Marszałkowska-Krześ, [w:] *Postępowanie cywilne*, red. E. Marszałkowska-Krześ, wyd. 2, Warszawa 2011, s. 315; T. Misiuk-Jodłowska, [w:] J. Jodłowski, Z. Resich, J. Lapiere, T. Misiuk-Jodłowska, *Postępowanie cywilne*, wyd. 2, Warszawa 2000, s. 388; W. Siedlecki, [w:] W. Siedlecki, Z. Świeboda, *Postępowanie cywilne – zarys wykładu*, wyd. 4, Warszawa 2003, s. 261–262; A. Zieliński, *Postępowanie cywilne. Kompendium*, wyd. 12, Warszawa 2010, s. 184.

⁴⁰ K. Korzan, [w:] *System prawa procesowego cywilnego*, t. 2, red. Z. Resich, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1987, s. 311.

nie jest ochrona istniejącego stanu prawnego, ale ukształtowanie go w sposób dotychczas nieistniejący⁴¹.

Wydaje się więc, iż charakteryzując orzeczenia deklaratoryjne jako niewywołujące zmian w stosunku prawnym, nie chodzi o to, że orzeczenia te nie wywołują żadnych skutków prawnych, ale że udzielana za ich pomocą ochrona prawna odbywa się bez jednoczesnej ingerencji w samą treść chronionego stosunku prawnego i realizowana jest za pomocą innych instytucji prawa materialnego lub procesowego. Samo jednak udzielanie ochrony prawnej zawsze musi wiązać się z określonymi skutkami prawnymi, a ich wywołanie jest głównym celem wydania takiego orzeczenia. Nie powinno budzić wątpliwości, iż każde merytoryczne orzeczenie sądu, niezależnie od swojego charakteru, wywołuje określone skutki prawne, co wynika z jego istoty i celu – gdyby ich nie wywoływało, nikt nie byłby zainteresowany w prowadzeniu jakichkolwiek postępowań przed sądem. A zatem należy wyrazić pogląd, iż każde merytoryczne orzeczenie deklaratoryjne będzie potencjalnie mogło zostać zakwalifikowane jako rozporządzenie mieniem, jeżeli tylko wywołane przez nie następstwa prawne będą w ocenianym przypadku dotyczyły praw majątkowych osoby pokrzywdzonej. Nie ma przy tym znaczenia, czy powstałe w mieniu pokrzywdzonego zmiany wynikają wprost z treści sentencji wydane go przez sąd orzeczenia, czy też ich źródłem jest treść przepisów ustawy, które znajdują zastosowanie na skutek jego wydania. Istotny jest bowiem wywołany efekt, a nie jego podstawa prawna⁴², co oczywiście nie oznacza, że przedmiotowe rozróżnienie nie okaże się przydatne przy przypisywaniu danemu orzeczeniu jego deklaratoryjnego lub konstytutywnego charakteru⁴³.

W tym miejscu warto również zauważyć, że w nauce postępowania cywilnego wskazuje się, iż jeden wyrok może jednocześnie stanowić połączenie dwóch czynności, jednej deklaratoryjnej, a drugiej konstytutywnej⁴⁴, czego najlepszym przykładem jest towarzyszące większości orzeczeń rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów postępowania, które *de facto* może stanowić samodzielną podstawę do uznania wydanego orzeczenia jako rozporządzenia mieniem, niezależnie od jego pozostałej treści.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt ocenianego przez Sąd Najwyższy postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku, w którym zamiast faktycznego spadkobiercy w osobie pokrzywdzonego wprowadzony w błąd sąd wskazał jako spadkobiercę osobę sprawcy, należy stwierdzić,

⁴¹ *Ibidem*, s. 313.

⁴² Odmienne: A. Jezusek, *Orzeczenie sądowe...*, *op. cit.*, s. 64.

⁴³ K. Korzan, [w:] *System prawa...*, *op. cit.*, s. 317.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 320.

iż jedną z najłatwiej dostrzegalnych konsekwencji prawnych takiego orzeczenia jest doprowadzenie do ograniczenia przysługującego pokrzywdzonemu prawa własności do przedmiotów i praw wchodzących w skład spadku. Pomimo tego, iż samo wydanie postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku nie przenosi na sprawcę np. prawa własności do przedmiotów wchodzących w skład spadku, które przechodzą na spadkobiercę z chwilą otwarcia spadku, to jednak jego wydanie prowadzi do przyznania sprawcy m.in. uprawnień opisanych w art. 1028 k.c.⁴⁵, co odbywa się kosztem prawa własności przysługującej pokrzywdzonemu (rzeczywistemu spadkobiercy). Zgodnie bowiem z treścią art. 140 k.c.⁴⁶ jednym z podstawowych elementów składających się na prawo własności jest możliwość rozporządzania tym prawem z wyłączeniem innych osób. Natomiast w sytuacji, gdy sprawca uzyskuje na podstawie art. 1028 k.c. prawo do skutecznego rozporządzenia prawami wchodzącymi w skład spadku, dochodzi jednocześnie do ograniczenia przysługującego pokrzywdzonemu prawa własności, który traci – przysługujące mu przed wydaniem przedmiotowego postanowienia – uprawnienie do rozporządzania odziedziczonym majątkiem z wyłączeniem innych osób, a które od tej chwili staje się zmuszony „dzielić” z osobą sprawcy. Wydaje się, iż uzyskanie przez sprawcę możliwości skutecznego rozporządzania majątkiem wchodzącym w skład spadku (kosztem prawa pokrzywdzonego) stanowiło ponadto główny motyw jego działania, albowiem dopiero dzięki niemu mógł on skutecznie rozporządzać prawami wchodzącymi w skład spadku, pomimo iż w dalszym ciągu pozostawały one własnością pokrzywdzonego, co też w ocenianej przez SN sprawie ostatecznie uczynił.

Tak więc bezpośrednim skutkiem wydania przez sąd postanowienia o stwierdzeniu nabycia spadku było doprowadzenie do zmiany treści przysługującego pokrzywdzonemu prawa własności do składników majątkowych wchodzących w skład spadku, co stanowi wystarczającą podstawę do uznania takiego orzeczenia za rozporządzenie mieniem w rozumieniu art. 286 § 1 k.k. Mając ponadto na względzie, iż wskazywany w nauce postępowania cywilnego podział orzeczeń na deklaratoryjne oraz konstytutywne został oparty na innym kryterium niż to, które wykorzystuje się przy kwalifikowaniu zachowania jako rozporządzenia mieniem, celem wykazania

⁴⁵ Art. 1028 k.c.: Jeżeli ten, kto uzyskał stwierdzenie nabycia spadku albo poświadczenie dziedziczenia, lecz spadkobiercą nie jest, rozporządza prawem należącym do spadku na rzecz osoby trzeciej, osoba, na której rzecz rozporządzenie następuje, nabywa prawo lub zostaje zwolniona od obowiązku, chyba że działa w złej wierze.

⁴⁶ Art. 140 k.c.: W granicach określonych przez ustawy i zasady współzycia społecznego właściciel może, z wyłączeniem innych osób, korzystać z rzeczy zgodnie ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem swego prawa, w szczególności może pobierać pożytki i inne dochody z rzeczy. W tych samych granicach może rozporządzać rzeczą.

słuszności powyższego poglądu nie jest konieczne kwestionowanie jego deklaryatoryjnego charakteru⁴⁷.

Podzielając w ten sposób wnioski, do jakich w doszedł Sąd Najwyższy, należy jednocześnie w sposób krytyczny odnieść się do treści samej argumentacji, jaką posłużył się SN w uzasadnieniu wyroków z dnia 29 listopada 2012 r. oraz 14 stycznia 2010 r., w których wskazał, iż pogorszenie sytuacji majątkowej pokrzywdzonego polegało na braku nabycia przez niego przysporzenia w postaci korzyści majątkowych płynących z domniemania z art. 1025 § 2 k.c., a które to pokrzywdzony uzyskałby, gdyby wydane postanowienie odzwierciedlało rzeczywisty stan rzeczy. Należy bowiem odróżnić skutki prawne, jakie w rzeczywistości wywołało oceniane orzeczenie, od jego hipotetycznych następstw, które jedynie mogłyby powstać, gdyby orzeczenie odzwierciedlało rzeczywisty stan rzeczy. Dla bytu rozporządzenia mieniem istotne są wyłącznie te pierwsze, natomiast hipotetyczne zestawianie ze sobą sytuacji majątkowej pokrzywdzonego po wydaniu orzeczenia z tą, w jakiej znalazłby się pokrzywdzony, gdyby jego treść odzwierciedlała rzeczywisty stan rzeczy, nabiera znaczenia dopiero na etapie przypisywania rozporządzeniu mieniem jego niekorzystnego charakteru oraz wyliczania powstałej szkody majątkowej (w postaci utraconych korzyści). Jeżeli jednak samo orzeczenie nie wywoła w mieniu pokrzywdzonego jakichkolwiek skutków prawnych, to – niezależnie od jego hipotetycznych następstw – nie będzie ono mogło zostać uznane za rozporządzenie mieniem z art. 286 § 1 k.k.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, iż dokonując kwalifikacji konkretnego orzeczenia, jako mogącego stanowić rozporządzenie mieniem, należy w każdym przypadku uwzględnić wszelkie skutki prawne, jakie spowodowało jego wydanie w mieniu pokrzywdzonego, odrzucając przy tym istniejący w nauce postępowania cywilnego podział na orzeczenia deklaryatoryjne i konstytutywne, jako nieprzydatny i jednocześnie bardzo mylący.

V

Podsumowując powyższe wywody, należy stwierdzić, iż zarówno doktryna, jak i judykatura wydają się w sposób dość jednolity opowiadać za przyjęciem szerokiej interpretacji znamienia rozporządzenie mieniem, obejmując jego zakresem każdy rodzaj zachowania, którego skutkiem jest wywołanie zmiany w aktywach lub pasywach pokrzywdzonego. W konse-

⁴⁷ W tym kierunku zdaje się podążać: Z. Kukuła, *Glosa do wyroku SN z dnia 14 stycznia 2010 r.*, op. cit., s. 174; Z. Kukuła, *Glosa do wyroku SN z dnia 17 maja 2012 r.*, op. cit., s. 140.

kwencji, zdecydowana większość sporów dotyczących kwalifikowania konkretnych zachowań, jako stanowiących rozporządzenie, nie wynika z odmiennych kierunków wykładni tego znamienia, ale stanowi rezultat zbyt wąsko przeprowadzonej analizy skutków prawnych, jakie towarzyszyły podjęciu ocenianego zachowania.

Można przy tym odnieść wrażenie, iż dokonywanie oceny, czy dane zachowanie wywołało skutki w mieniu pokrzywdzonego, zostaje w praktyce bardzo często ograniczone wyłącznie do porównania stanu posiadania pokrzywdzonego przed podjętą przez niego czynnością ze stanem po jej dokonaniu, z pominięciem tych skutków prawnych, które nie zmieniają stanu posiadania pokrzywdzonego. Istotne stają się wówczas łatwo dostrzegalne uszczerbki w przedmiotach należących do pokrzywdzonego lub ilości posiadanych przez niego pieniędzy, których wystąpienie decyduje wówczas o zakwalifikowaniu danej czynności jako rozporządzenie mieniem. Pomijane są natomiast inne czynności pokrzywdzonego, takie jak np. zawarcie określonej umowy, które to choć w sposób mniej „widoczny”, ale również wywołuje zmiany w jego sytuacji majątkowej. Takie podejście wydaje się być wynikiem dość intuicyjnego pojmowania tego, czym w rzeczywistości jest mienie, które bywa utożsamiane ze zbiorem otaczających daną osobę przedmiotów oraz posiadanych przez nią środków pieniężnych, zamiast ze zbiorem praw i obowiązków.

Oczywiście w większości przypadków ustalenie, iż dane zachowanie wywołało zmiany w mieniu pokrzywdzonego, nie przysparza w praktyce większych trudności, gdyż pozostaje bezpośrednio skorelowane z łatwo widocznymi zmianami w świecie zewnętrznym (np. czynność wręczenia pieniędzy), jednakże już w mniej oczywistych przypadkach konieczne staje się odwołanie do rzadziej stosowanych instytucji prawa cywilnego, dopiero których analiza pozwala na prawidłowe wskazanie skutków prawnych wywołanych ocenianym zachowaniem. W tym kontekście należy podzielić pogląd M. Gutowskiego, który słusznie zwrócił uwagę, iż dokonanie prawidłowej oceny prawnokarnej określonej czynności, w oderwaniu od jej analizy cywilistycznej, staje się obecnie zadaniem coraz trudniejszym⁴⁸.

⁴⁸ M. Gutowski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 17 czerwca 1998 r., IV KKN 108/96*, Pal. 2008, nr 1/2, s. 188.



A B S T R A C T

This paper deals with interpretation of “disposal of property” as one of constituent element of fraud stated in Article 286 of the Penal Code. After presenting the dominant method of its interpretation, author discuss three the most important interpretational doubts with describing certain behaviors as a disposal of property. The first issue addresses a problem whether the rendering of services can be eligible as disposal of property. Subsequently author deals with the question of the effect of the invalidity of legal acts to possibility of describing them as disposal of property. The third problem relates to question whether the perpetrator, who mislead the judge leading him to issue a declaratory judgment that certifies a false situation, commits a fraud. After discussing every interpretational doubt author propose a way to resolve it.

Cyberlaundering i cyberterroryzm, czyli „stare” przestępstwa w „nowych” odstonach. Prawne i organizacyjne formy zwalczania zjawiska – część II

Cyberlaundering and cyber-terrorism, that is, “old” crimes in “new” pageviews. Part II – Legal and organizational forms of combat

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

Przedmiotem opracowania jest problematyka dotycząca bardzo aktualnego zagrożenia, jakie stwarzają przestępstwa w cyberprzestrzeni. Z uwagi na obszerny charakter zagadnienia w niniejszym artykule naukowym analizie dogmatycznej zostały poddane jedynie wybrane rodzaje cyberprzestępstw, tj.: pranie pieniędzy, finansowanie terroryzmu oraz przestępstwo o charakterze terrorystycznym. Dodatkowo, zapewnieniu przejrzystości i czytelnego charakteru służy podział całego omawianego zagadnienia na dwie wyodrębnione merytorycznie części, łącznie prezentujące całość tematyki podnoszonej w opracowaniu. Ponadto analizę dogmatyczną poruszanych w nim kwestii uzupełnia praktyczne zaprezentowanie ich na przykładach, przeprowadzone w oparciu o symulacje zachowań bezprawnych. Omówione przestępstwa zostały przy tym przedstawione najpierw w wersji „klasycznej”, czyli z uwzględnieniem dotychczas powszechnie stosowanych sposobów ich popełnienia, a następnie zostały ukazane ich cybernetyczne odmiany. W publikacji wskazano także najważniejsze akty prawne o znaczeniu krajowym i ponadnarodowym w założeniu mające przeciwdziałać procederowi prania pieniędzy oraz terroryzmowi, popełnianym w sieci. Krótkiej ocenie poddano także preferowane przez władze państwowe i organizacje ponadnarodowe kierunki działań podejmowanych w zakresie zwalczania tych zjawisk. Na tej podstawie wysunięto również konkluzje dotyczące drogi obranej przez ustawodawcę polskiego i wspólnotowego, zmierzającej ku zapewnieniu bezpieczeństwa informatycznego, która chociaż zasadniczo zasługuje na pełną aprobatę, to jednak z zastrzeżeniem, iż wsparta będzie dalszymi, konkretnymi i systematycznymi działaniami. Z racji tego, że zagadnienia poruszane w niniejszym opracowaniu obejmują niezwykle rozbudowaną problematykę, zdecydowano o jego podziale na dwie, wzajemnie dopełniające się części. Zabieg ten ma służyć zapewnieniu przejrzystości i czytelności opracowania.

I. Uregulowania międzynarodowe i krajowe akty prawne dotyczące przeciwdziałania praniu pieniędzy i terroryzmowi w cyberprzestrzeni

Zaprezentowane w pierwszej części opracowania przestępstwa *cyberlaunderingu* oraz cyberterroryzmu, z racji nowych metod i sposobów, za pomocą których są one coraz częściej popełniane, wymagają także nowego podejścia do nich. Odnosi się to zarówno do płaszczyzny legislacyjnej, jak i innych działań, głównie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez specjalnie w tym celu powołane jednostki kontrterrorystyczne¹. W przypadku tego pierwszego obszaru aktywności opracowano szereg aktów prawnych o znaczeniu krajowym, jak i ponadnarodowym (w tym wspólnotowym), które w założeniu mają prowadzić do ujednoczenia i standaryzacji rozwiązań prawnych mających na celu zapobieganie i zwalczanie omawianych tutaj zjawisk.

Z uwagi na znaczną ich liczbę nie sposób byłoby w tym miejscu powołać wszystkie, które zakresem swojej regulacji obejmują tematykę związaną z przestępstwem prania pieniędzy (czy niekiedy nawet szerzej – z przestępczością gospodarczą) bądź zagadnieniem terroryzmu. Z drugiej zaś strony nie w pełni wyczerpujące, jak się zdaje, byłoby powołanie się jedynie na akty prawne regulujące materię szeroko ujętej cyberprzestępczości. Słuszne wydaje się natomiast wskazanie na te z nich, które mają kluczowe znaczenie dla podnoszonej w tym opracowaniu problematyki, przybliżając pokrótce ich meritum i nieco więcej miejsca poświęcając tym regulacjom, które wydają się odgrywać zasadniczą rolę w walce z procederem prania pieniędzy (w tym, co oczywiste, także cyberprania pieniędzy) tudzież z cyberterroryzmem.

W odniesieniu do pierwszego z przestępstw należałoby przede wszystkim wskazać na dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu², zmieniającej rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylającej równocześnie obowiązującą wcześniej dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE. W rzeczywistości dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 wprowadza zmiany do trzech poprzednich dyrektyw obowiązujących w dziedzinie przeciwdziałania wykorzystania systemu finansowego w celu prania pieniędzy (tj. dyrektywy 91/308/EWG, która ustanowiła podstawowe obowiązki pod-

¹ Więcej na ten temat – B. Hołyst, *Terroryzm*, t. 2, wyd. 2, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 1353–1613.

² Dz.U. UE.L z 2015 r. Nr 141, s. 73.

miotów sektora finansowego związane z identyfikowaniem podmiotów przeprowadzających transakcje i rejestracją określonych operacji finansowych; dyrektywy 2001/97/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, za sprawą której rozszerzono zakres stosowania dyrektywy 91/308/EWG, m.in. poprzez poszerzenie katalogu podmiotów, na które nałożone są te obowiązki; dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE, która uwzględniła aspekt związany z przeciwdziałaniem finansowaniu terroryzmu³). Natomiast zmiany przewidziane dyrektywą 2015/849 z 20 maja 2015 r. sprowadzają się do zaostrożenia środków bezpieczeństwa finansowego w przypadku przeprowadzania transakcji gotówkowych, m.in. poprzez obniżenie tzw. wartości progowej z kwoty 15 tys. euro do 10 tys. euro oraz wprowadzenia rejestrów „rzeczywistych beneficjentów”, czyli osób fizycznych będących właścicielami podmiotów prawnych lub sprawujących nad nim kontrolę. Za sprawą powołanej już w tym tekście ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu (odpowiednio niejednokrotnie nowelizowanej) implementowano postanowienia zawarte w dyrektywach unijnych (*status quo* nie uwzględnia tej ostatniej). Tym samym to na zapisy tego aktu prawnego należy zwrócić szczególną uwagę.

Stosownie do wymagań unijnych powyższa ustawa nakłada na instytucje obowiązane powinność identyfikowania klientów przeprowadzających transakcje oraz ich beneficjentów⁴, a także rejestrowania operacji finansowych w wypadku, gdy ich wartość przekracza równowartość 15 tys. euro⁵ bądź też jawią się one jako transakcje podejrzane⁶. Ponadto ustawa

³ Dzienniki Urzędowe UE L – o numerach odpowiednio: 166 z 28 czerwca 1991 r., s. 77; 344 z 28 grudnia 2001 r., s. 76; 309 z 25 listopada 2005 r., s. 15.

⁴ Instytucje obowiązane ustawa z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu wymienia taksatywnie w art. 2 pkt 1, wskazując na podmioty takie jak np. banki, podmioty prowadzące działalność maklerską, podmioty prowadzące działalność w zakresie gier losowych, a także: przedsiębiorców prowadzących domy aukcyjne, antykwariaty, działalność w zakresie obrotu metalami lub kamieniami szlachetnymi i półszlachetnymi, działalność leasingową lub factoringową, notariuszy, adwokatów, fundacje, stowarzyszenia etc.

⁵ Wartość transakcji przekraczająca równowartość 15 tys. euro stanowi tzw. wartość progową, co do zasady zobowiązującą do zarejestrowania danej transakcji. Kwota progowa może być obniżona (jak dzieje się w przypadku kasyn gry w zakresie zakupu lub sprzedaży żetonów, gdzie wartość progowa wynosi równowartość 1000 euro), jak również w ogóle może nie mieć zastosowania (jak w przypadku rejestracji transakcji uznanej za podejrzaną).

⁶ Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu transakcją podejrzaną jest transakcja, której okoliczności wskazują, że może ona mieć związek z praniem pieniędzy lub finansowaniem terroryzmu. Doktryna prawa karnego zna także pojęcia transakcji niejasnej (tj. przeprowadzonej w okolicznościach, których kontekst ekonomiczny czy załączona dokumentacja pozostawiają pewne wątpliwości), transakcji nietypowej (tzn. niepodobnej do zazwyczaj dokonywanych przez danego klienta) oraz transakcji nadzwyczajnej (przeprowadzanej bez względu na jej koszty lub nieuzasadnionej z gospodarczego punktu widzenia) – por. M. Ząbczyński, R. Derkacz, P. Gocłowski, *Przeciwdziałanie praniu brudnych pieniędzy*, [w:] *Pranie brudnych pieniędzy*, red. J. Grzywacz, wydaw. SGH, Warszawa 2005, s. 91 i n. Przyjęty podział

z dnia 16 listopada 2000 r. stanowiła podstawę do powołania do życia odrębnego organu, jakim jest Generalny Inspektor Informacji Finansowej (GIIF), który jako sekretarz stanu w Ministerstwie Finansów przy pomocy Departamentu Informacji Finansowej jest odpowiedzialny m.in. za uzyskiwanie, gromadzenie, przetwarzanie i analizowanie informacji w trybie określonym w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu. GIIF jest władny również do prowadzenia innych działań zmierzających do ukrócenia tych procederów, w tym w jego gestii spoczywa szkolenie pracowników instytucji obowiązanych w zakresie zadań nałożonych ustawą, kontrola przestrzegania jej przepisów, współpraca z zagranicznymi instytucjami oraz międzynarodowymi organizacjami o zbliżonym profilu działalności, a także nakładanie tzw. kar pieniężnych przewidzianych przedmiotową ustawą. W razie zaistnienia uzasadnionego podejrzenia popełnienia któregoś z omawianych przestępstw GIIF składa także stosowne zawiadomienie do prokuratury, dysponując zarazem uprawnieniem do wstrzymania danej transakcji lub zablokowania rachunku, bądź też zamrożenia wartości majątkowych⁷.

Z kolei w zakresie zwalczania terroryzmu, w szczególności cyberterroryzmu, nie do pominięcia wydają się następujące akty prawne:

– Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r., którą można śmiało uznać za międzynarodowy akt prawny o podstawowym znaczeniu dla omawianego tutaj zagadnienia. Warto nadmienić w tym miejscu, iż powyższa Konwencja wypełnia zarazem postanowienia zawarte w innych aktach prawa międzynarodowego, w tym w szczególności w konwencji berneńskiej, porozumieniu TRIPS oraz Konwencji Światowej Organizacji Ochrony Własności Intelektualnej (WIPO) z 1996 r. w sprawie praw autorskich oraz praw pokrewnych (*WIPO Copyrights Treaty & WIPO Performances and Phonogram Treaty*)⁸. Konwencja o cyberprzestępczości zawiera w pierwszej części

transakcji prezentował także Generalny Inspektor Informacji Finansowej na kursach z zakresu stosowania ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (na podstawie notatek własnych autorki z ww. kursu w 2006 r.).

⁷ Zgodnie z definicjami legalnymi zawartymi w art. 2 pkt 5–6a ustawy z dnia 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu pojęcia te oznaczają – odpowiednio: „wstrzymanie transakcji” – czasowe ograniczenie dysponowania i korzystania z wartości majątkowych, polegające na uniemożliwieniu przeprowadzenia określonej transakcji; „blokada rachunku” – czasowe uniemożliwienie dysponowania i korzystania ze wszystkich wartości majątkowych zgromadzonych na rachunku; „zamrażanie” – zapobieganie przenoszeniu, zmianie, wykorzystaniu wartości majątkowych lub przeprowadzaniu transakcji w jakikolwiek sposób, który może spowodować zmianę ich wielkości, wartości, miejsca, własności, posiadania, charakteru, przeznaczenia lub jakąkolwiek inną zmianę, która może umożliwić korzystanie z wartości majątkowych.

⁸ Por. A. Adamski, *Przestępstwa w cyberprzestrzeni. Prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle projektu Konwencji Rady Europy*, Toruń 2001, s. 54.

rozdziału II stosunkowo syntetycznie wyrażony opis zachowań bezprawnych, które państwa-strony powinny uwzględnić w krajowych porządkach prawnych, uznając je za zachowania karalne⁹. Ponadto dokument ten określa zakres i zasady postępowania państw-sygnatariuszy Konwencji w wypadkach w niej określonych, a także zasady współpracy międzynarodowej w obszarze zwalczania cyberprzestępczości (rozdział III konwencji)¹⁰. Na płaszczyźnie wspólnotowej konwencja o cyberprzestępczości znajduje swoje odzwierciedlenie w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotyczącej ataków na systemy informatyczne.

– Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotycząca ataków na systemy informatyczne¹¹, która zastąpiła obowiązującą dotychczas w tym zakresie decyzję ramową Rady 2005/222/WSiSW. Dyrektywa ta z karnomaterialnego punktu widzenia zawiera unormowania zbieżne z zapisami przewidzianymi w wyżej powołanej Konwencji. Co jednak istotne, zasadniczym motywem jej uchwalenia była potrzeba dostosowania regulacji prawnych obowiązujących na płaszczyźnie wspólnotowej do aktualnych zagrożeń bezpieczeństwa informatycznego. Tym samym dyrektywa ta ma na celu m.in. wprowadzenie sankcji karnych za tworzenie botnetów, tj. „działań polegających na uzyskaniu zdalnej kontroli nad znaczną liczbą komputerów przez wprowadzenie do nich złośliwego oprogramowania za pomocą ukierunkowanych cyberataków”¹². Takie zainfekowane komputery, nad którymi w ten sposób przejęto kontrolę, mogą następnie posłużyć do ich wykorzystania nie tylko w celu wysyłania spamu czy kradzieży poufnych danych (np. numeru konta bankowego), ale również przeprowadzania innych operacji bez wiedzy i zgody użytkowników zainfekowanych komputerów (cyberataków). W świetle badań przeprowadzonych przez CERT Polska w 2014 r. największymi botnetami w polskich sieciach w roku 2014 były: Conficker (22,19%), ZeroAccess (11,57%) i Zeus (9,03%, w tym Citadel i podobne), wraz z ich modyfikacjami i wariacjami, z czego w przypadku dwóch ostatnich odnotowano tendencje wzrostowe¹³. Dziesięć największych botnetów było

⁹ Wymienia ona przestępstwa przeciwko: poufności, integralności i dostępności danych informatycznych i systemów, przestępstwa komputerowe, wyróżnione z uwagi na ich treść, ściśle związaną z ochroną danych i systemów informatycznych (w tym przeciwko prawom autorskim i pokrewnym oraz przestępstwa przeciwko wolności seksualnej.

¹⁰ Konwencja o cyberprzestępczości została ratyfikowana na mocy ustawy z dnia 12 września 2014 r. o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzonej w Budapeszcie w dniu 23 listopada 2001 r., Dz.U. 2014 poz. 1514.

¹¹ Dz.U. UE.L z 2013 r. Nr 218, s. 8.

¹² Por. punkt 5 uwag wprowadzających do dyrektywy 2013/40/UE.

¹³ Por. Report CERT POLSKA 2014, wydaw. NASK, Warszawa 2014, s. 6, 40–41. Raport jest dostępny na stronie: <http://www.cert.pl/PDF/Report_CP_2014.pdf> [dostęp dnia 12.11.2015 r.].

zbudowanych z wykorzystaniem bankowych koni trojańskich¹⁴. Statystycznie jednak, co warto odnotować, obniżył się procentowy udział wykorzystywania botnetów w polskich systemach informatycznych¹⁵. Innym poważnym zagrożeniem, na które zwrócił uwagę prawodawca wspólnotowy w powołanej dyrektywie, jest obawa przeprowadzania ataków na infrastruktury krytyczne, czyli systemy, ich części lub nawet składniki, zlokalizowane na terytorium państwa członkowskiego, które mają podstawowe znaczenie dla utrzymania niezbędnych funkcji społecznych, takich jak zdrowie, bezpieczeństwo, ochrona, dobrobyt materialny lub społeczny ludności. Przykładami infrastruktur krytycznych są elektrownie, ciepłownie, sieci wodociągowe, transportowe, teleinformatyczne lub sieci rządowe. Ich zakłócenie lub zniszczenie miałyby istotny wpływ na dane państwo członkowskie, wręcz nawet prowadziło do jego częściowego lub całkowitego paraliżu w danym obszarze. Ataki na takie infrastruktury stanowią jednak również poważne zagrożenie dla funkcjonowania UE i jej instytucji. Wobec tego dyrektywa 2013/40/UE z jednej strony kładzie nacisk na zapewnienie spójnego podejścia państw członkowskich do kwestii monitorowania systemów infrastruktur krytycznych, wykrywania przejawów istniejących niebezpieczeństw, prognozowania mogących się pojawić, a także, z drugiej strony, odpowiedniego traktowania sprawców cyberprzestępstw (m.in. przez ustanowienia odpowiedniego do wagi danego czynu ustawowego zagrożenia karą za takie zachowania).

– Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 12 czerwca 2012 r. w sprawie ochrony krytycznej infrastruktury teleinformatycznej – „Osiągnięcia i dalsze działania na rzecz globalnego bezpieczeństwa cyberprzestrzeni” nr 2013/C 332 E/03¹⁶. Podkreślono w niej znaczenie, jakie ma integracja europejskiej infrastruktury badawczej dla utrzymania i wzmocnienia stopnia europejskiej sprawności w dziedzinie ochrony krytycznej infrastruktury teleinformatycznej, wyraźnie zalecono także regularną aktualizację standardów minimalnych, umożliwiających odpowiednio szybką reakcję na wszelkie zakłócenia, incydenty, próby zniszczenia czy ataki. Parlament Europejski zasygnalizował także o potrzebie zapewnienia użytkownikom krytycznej infrastruktury teleinformatycznej możliwości skorzystania ze stosownych środków ochrony przed złośliwymi atakami lub zakłóceniami oraz o zasadności powołania unijnego zespołu reagowania na incydenty komputerowe, których celem są instytucje UE. Pozytywnie ocenił wyniki działalności edukacyjnej ogólnoeuropejskich ćwiczeń w dziedzinie bezpieczeństwa cybernetycznego z 2010 i 2011 r., przeprowadzonych w całej Unii

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*, s. 40–41.

¹⁶ Dz.U. UE.C z 2013 r. Nr 332E, s. 22.

i nadzorowanych przez Europejską Agencję do spraw Bezpieczeństwa Sieci i Informacji.

– Program sztokholmski – „Otwarta i bezpieczna Europa dla dobra i ochrony obywateli” z 2010 r. (2010/C 115/01), w którym zarazem zasygnalizowano potrzebę jak najszybszego ratyfikowania przez państwa członkowskie UE powyższej Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości z 2001 roku. Jak w nim podniesiono, to właśnie Konwencja powinna służyć jako „prawne ramy odniesienia na potrzeby zwalczania cyberprzestępczości na szczeblu globalnym”¹⁷. Temu ma służyć uproszczenie procedur w zakresie jurysdykcji i opracowanie ram prawnych, mających zastosowanie do cyberprzestrzeni w UE, a także efektywne pozyskiwanie dowodów w celu usprawniania dochodzeń transgranicznych. Receptą na to ma być m.in. wzmocnienie współpracy sądowej między państwami członkowskimi w sprawach dotyczących cyberprzestępczości. Z kolei w odniesieniu do działań na rzecz zwalczania terroryzmu podkreślono konieczność podejmowania stosownych środków prawnych z pełnym poszanowaniem podstawowych praw i wolności, a zwłaszcza unikania takich, które mogłyby prowadzić do nieuprawnionej stygmatyzacji czy wykluczenia z życia społecznego pewnych grup społecznych czy funkcjonujących w nim jednostek. Swoistym rozwinięciem założeń przewidzianych w programie sztokholmskim jest:

– Plan działań dotyczący programu sztokholmskiego, który w istocie stanowi harmonogram wdrażania priorytetów politycznych w dziedzinie sprawiedliwości, wolności i bezpieczeństwa. Przewidziano w nim wprowadzenie nowych kompleksowych ram prawnych, a także położono nacisk na zapewnienie ochrony danych osobowych, zwłaszcza na etapie egzekwowania prawa, jak również na zaostrzenie działań służących zwalczaniu wszelkich przejawów **dyskryminacji, rasizmu, ksenofobii i homofobii**. Plan działań wyznacza również środki mające na celu dalsze wdrażanie zasady wzajemnego uznawania m.in. w postaci wniosków ustawodawczych dotyczących pozyskiwania i zbierania dowodów, usankcjonowania pewnych zakazów oraz kar pieniężnych w sprawach karnych. Komisja Europejska została zaś zobowiązana do złożenia wniosku dotyczącego ustanowienia wspólnych dla państw członkowskich UE standardów minimalnych (zarówno w prawie karnym, jak i cywilnym), umożliwiających ich obywatelom jak

¹⁷ Program sztokholmski – rozdział: 4. Europa, która chroni. 4.4.4. Cyberprzestępczość, s. 22. Dokument w języku polskim dostępny na stronie: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=URISERV:j10034&from=PL>>. Por. także: Program Sztokholmski – implikacje i wyzwania dla Unii Europejskiej i Polski. Materiały robocze 2 (16)/2010, praca zbiorowa pod red. A. Gruszczaka, Centrum Europejskie NATOLIN, publikacja dostępna na stronie internetowej: <http://www.natolin.edu.pl/pdf/mat-rob/CEN_MatRob_16.pdf> [dostęp dnia 10.10.2015 r.].

najlepsze korzystanie z „europejskiej przestrzeni sądowej”, co ma być osiągnięte w szczególności przez zapewnienie łatwiejszego dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Wreszcie poprawie ochrony i bezpieczeństwa ma służyć opracowanie wewnętrznej strategii bezpieczeństwa, usprawnienie współpracy między państwami, a także instytucjami takimi jak: Europejski Urząd Policji, Eurojust i Europejska Agencja Zarządzania Współpracą Operacyjną na Zewnętrznych Granicach (Frontex), zwłaszcza w dziedzinie zwalczania przestępczości transgranicznej. Zapisy planu działań przewidują również ulepszenie istniejących narzędzi w zakresie bezpieczeństwa, w szczególności stosowanych w zarządzaniu przepływem informacji oraz sugestie dotyczące wykorzystania narzędzi technologicznych takich jak chociażby „Europejski rejestr skazanych obywateli państw trzecich”¹⁸.

– Konwencja Rady Europy o zapobieganiu terroryzmowi, sporządzona w dniu 16 maja 2005 r., której celem jest „wzmocnienie wysiłków Stron w zapobieganiu terroryzmowi i negatywnym skutkom, jakie terroryzm wywiera na pełne korzystanie z praw człowieka, w szczególności prawa do życia, zarówno poprzez środki podejmowane na poziomie krajowym, jak i poprzez współpracę międzynarodową” (art. 2 Konwencji)¹⁹. Środkiem ku temu w polityce krajowej ma być dążenie do podnoszenia świadomości społecznej dzięki zapewnieniu dostępu do informacji i działalności mediów, szerzenie rozwoju kulturowego oraz prowadzenie kampanii edukacyjnych oraz szkoleń dla organów ścigania i innych organów. Konwencja pozostawia w gestii państw-stron doprecyzowanie wskazań, w jaki sposób mają zostać wykonane zawarte w niej zalecenia.

– Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych (ang. *International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing*), przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 15 grudnia 1997 r., regulująca kwestie związane m.in. z osądzaniem i ekstradycją sprawców takich zamachów²⁰.

– Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu finansowania terroryzmu, podpisana w Nowym Jorku dnia 9 grudnia 1999 r.²¹ Określono w niej kierunki działań mających na celu przeciwdziałanie temu procederowi, w szczególności polegające na uznaniu tych czynów w prawie wewnętrznym

¹⁸ Plan działań dotyczący programu sztokholmskiego. Dokument w języku polskim dostępny na stronie internetowej: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv:jl0036>> [dostęp dnia 7.10.2015 r.].

¹⁹ Dz.U. z 2008 r. Nr 161, poz. 998.

²⁰ Dz.U. z 2007 r. Nr 66, poz. 438. Międzynarodowa konwencja o zwalczaniu terrorystycznych ataków bombowych dostępna na stronie internetowej: <<http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-9.pdf>> [dostęp dnia 7.10.2015 r.].

²¹ Dz.U. z 2004 r. Nr 263, poz. 2620. Dokument dostępny na stronie: <<https://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-11.pdf>> [dostęp dnia 15.05.2015 r.].

nym za przestępstwa z wszelkimi tego konsekwencjami w zakresie odpowiedzialności karnej ich sprawców, tudzież zapewnienia zagrożenia tych czynów stosownymi karami.

Działania na rzecz poprawy bezpieczeństwa i zwalczania terroryzmu, poza konwencjami, przewiduje także szereg rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ²², w tym takie jak: rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1267 z 1999 r. oraz rezolucja Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1373 z 2001 r., odnoszące się do zakresu wspólnych działań (w tym zasad pociągania do odpowiedzialności), podejmowanych przez państwa w celu przeciwdziałania zamachom terrorystycznym, a następnie także finansowaniu terroryzmu (druga uwzględniała głównie działania wymierzone w organizacje terrorystyczne takie jak: Al-Kaida i ekstremistyczne organizacje talibskie)²³.

Wypada również dodać, że Rada Europejska postawiła sobie za jeden z priorytetowych celów walkę z przejawami terroryzmu, uznając go za podstawowe zagrożenie dla interesów UE w Europejskiej Strategii Bezpieczeństwa przyjętej w 2003 r. Przejawem tego, na gruncie krajowym, jest m.in. Rządowy program w zakresie ochrony cyberprzestrzeni Rzeczypospolitej Polskiej na lata 2011–2016, który stanowi zbiór przepisów zapewniających „szybkie i efektywne reagowanie na ataki wymierzone przeciwko systemom, sieciom teleinformatycznym i oferowanym przez nie usługom”, w szczególności poprzez koordynację działań służb oraz jednostek odpowiedzialnych za bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne²⁴. Jak deklarują jego twórcy, temu celowi mają służyć przedstawione w nim propozycje działań o charakterze prawno-organizacyjnym, technicznym i edukacyjnym, „[...] których celem jest zwiększenie zdolności do zapobiegania i zwalczania zagrożeń ze strony cyberprzestrzeni”²⁵. W ramach systemu ochrony cyberprzestrzeni został powołany Pełnomocnik Rządu ds. Ochrony Cyberprzestrzeni, jak również funkcjonuje Międzyresortowy Zespół Koordynujący ds. Ochrony Cyberprzestrzeni RP (MZKOC), skupiający jednostki administracji rządowej, co w założeniu ma ułatwić koordynację prowadzonych przez nie działań w ramach realizacji wspomnianego wyżej programu rządowego.

²² Więcej o tym – por. S. Santerta-Pógrabi, *Walka z cyberprzestępczością w działaniach Unii Europejskiej*, [w:] *Haktywizm...*, red. M. Marczevska-Rytko, *op. cit.*, s. 310.

²³ Więcej na ten temat – por. J.W. Wójcik, *Przeciwdziałanie finansowaniu terroryzmu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 137 i n., a także: idem, *Pranie pieniędzy. Kryminologiczna i kryminalistyczna ocena transakcji podejrzanych*, wydaw. Twigger, Warszawa 2002, s. 264.

²⁴ Dokument: Rządowy program w zakresie ochrony cyberprzestrzeni Rzeczypospolitej Polskiej na lata 2011–2016 jest dostępny na stronie internetowej: <bip.msw.gov.pl/download/4/7445/RPOC-24092010.pdf> [dostęp dnia 4.10.2015 r.].

²⁵ *Ibidem*.

II. Krajowe instytucje i organizacje powołane do walki z cyberzagrożeniami

N a kanwie wydarzeń, jakie miały miejsce w Stanach Zjednoczonych w 1988 r.²⁶, w listopadzie tego samego roku amerykańska Agencja do spraw Ochrony Zaawansowanych Projektów Badawczych (ang. *The Defense Advanced Research Projects Agency* – DARPA) utworzyła CERT (ang. *Computer Emergency Response Team*)²⁷. Organizacja ta została powołana do życia w celu sprawowania stałego nadzoru nad ruchem w sieci, a w razie zaistnienia zagrożenia – możliwie najszybszego eliminowania go oraz przeciwdziałania potencjalnym atakom na systemy informatyczne²⁸. Polskim odpowiednikiem tej organizacji jest CERT Polska, czyli zespół ekspercki, którego zadaniem jest reagowanie na incydenty w krajowych systemach informatycznych. Działa on jako instytut badawczy, funkcjonujący w strukturach NASK (Naukowej i Akademickiej Sieci Komputerowej), który – niezależnie od działalności naukowej – podejmuje także działania na rzecz zapewnienia bezpieczeństwa cyberprzestrzeni. W tym celu CERT Polska m.in.: prowadzi rejestr domen .pl, opracowuje narzędzia do wykrywania, monitorowania, analizy i korelacji zagrożeń, sporządza raporty dotyczące aktualnego stanu bezpieczeństwa polskich zasobów Internetu, przeprowadza niezależne analizy i testy, a także organizuje szkolenia i kursy w dziedzinie bezpieczeństwa teleinformatycznego²⁹. Współpracuje on również z międzynarodowymi organizacjami o zbliżonym profilu działalności³⁰.

Nie sposób byłoby nie wspomnieć w tym miejscu o samej sieci NASK. Poza tym, że NASK jest instytucją o charakterze naukowym³¹, zajmuje się ona także popularyzowaniem wiedzy w zakresie bezpieczeństwa teleinformatycznego. Prowadzi zakrojoną na szeroką skalę działalność edukacyjną i szkoleniową *non-profit*, w szczególności ukierunkowaną na promowanie

²⁶ Chodzi o ataki hakierskie przy użyciu robaka Morrisa, stworzonego przez Roberta Tappana Morrisa – 24-letniego studenta informatyki. Program ten jest uznawany za pierwszy wirus, który spowodował paraliż systemów komputerowych. Por. Robak Morrisa – pierwszy wirus, który zaatakował sieć <<http://www.pcfomat.pl/News-Robak-Morrisa-pierwszy-wirus-ktory-zaatakowal-siec,n,12947>> [dostęp dnia 18.12.2015 r.].

²⁷ Więcej na temat Agencji i bieżących działań na stronie: <<http://www.darpa.mil/>> [dostęp dnia 18.12.2015 r.].

²⁸ Więcej o działalności CERT na stronie internetowej organizacji: <<http://www.cert.org/>> [dostęp dnia 10.12.2015 r.].

²⁹ Więcej na temat CERT Polska i aktualnego stanu polskich zasobów Internetu na stronie internetowej instytutu: <<http://www.cert.pl/>> [dostęp dnia 1.12.2015 r.].

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Naukowa i Akademicka Sieć Komputerowa od dnia 1 października 2010 r. funkcjonuje jako instytut badawczy. W okresie od 1993 r. do 2010 r. działała jako jednostka badawczo-rozwojowa.

bezpieczeństwa w sieci wśród dzieci i młodzieży. Temu celowi służą projekty takie jak: *Safer Internet*, realizowany we współpracy z Fundacją Dzieci Niczyje; „Kursor” – we współpracy z Fundacją Nauka i Wiedza; „Tworzymy bezpieczny Internet”, „Bądźmy Bezpieczni w Internecie” etc.³²

Od 1 lutego 2008 r. działania w zakresie ochrony cyberprzestrzeni RP wspiera również Rządowy Zespół Reagowania na Incydenty Komputerowe (w skrócie CERT.GOV.PL), funkcjonujący w ramach Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, oraz jego odpowiednik w strukturach organizacyjnych resortu obrony narodowej, jakim jest Wojskowy Zespół Reagowania na Incydenty Komputerowe (MIL-CERT.PL). Pierwszy z wymienionych skupia ekspertów, których zadaniem jest „zapewnianie i rozwijanie zdolności jednostek organizacyjnych administracji publicznej Rzeczypospolitej Polskiej do ochrony przed cyberzagrożeniami”³³. W obszarze wojskowym funkcjonuje natomiast System Reagowania na Incydenty Komputerowe (SRNiK), który realizuje zadania w zakresie koordynacji procesów zapobiegania, wykrywania i reagowania na incydenty komputerowe w systemach i sieciach teleinformatycznych resortu obrony narodowej³⁴. Do podstawowych zadań SRNiK należy przede wszystkim koordynowanie działań związanych z procedurami reagowania na incydenty komputerowe, obsługa i analiza zaistniałych zdarzeń, prowadzenie działań proaktywnych (analiza infrastruktury teleinformatycznej i opracowywanie zaleceń zapobiegających wystąpieniu incydentów komputerowych), a także aktywność na polu edukacyjnym, zmierzająca do wzrostu świadomości dotyczącej bezpieczeństwa teleinformatycznego³⁵.

Tak prezentują się założenia dotyczące zapewnienia bezpieczeństwa informatycznego naszego kraju. Rzeczywistość nie przedstawia się jednak już tak optymistycznie. Z kontroli podmiotów państwowych realizujących zadania w zakresie ochrony cyberprzestrzeni, przeprowadzonych przez Najwyższą Izbę Kontroli w okresie od czerwca do grudnia 2014 r., wynika niezbiecnie, iż jednostki te nie są aktualnie w należyтым stopniu przygotowane na reagowanie na incydenty związane z cyberatakami i innego rodzaju przejawami dezorganizacji pracy systemów teleinformatycznych. Negatywna ocena wystawiona przez NIK ujawnia szereg braków w tym zakresie. Są one tym bardziej istotne, że dotyczą najważniejszych,

³² Informacje o NASK są dostępne na stronie: <<http://www.nask.pl/>> [dostęp dnia 1.12.2015 r.].

³³ Por. informacje o Zespole: <<http://www.cert.gov.pl/>> [dostęp dnia 1.12.2015 r.].

³⁴ Więcej informacji na stronie: <<http://srnik.wp.mil.pl/>> [dostęp dnia 18.12.2015 r.].

³⁵ Więcej o tym w wystąpieniu T. Dąbrowskiego i T. Strycharka, *Rola i zadania polskiego CERTu wojskowego*. Dokument dostępny w formie prezentacji na stronie: <http://www.secure.edu.pl/historia/2008/docs/Dabrowski_Strycharek.pdf>, a także na stronie: <www.wbllii.mon.gov.pl> [dostęp dnia 18.12.2015 r.].

z punktu widzenia bezpieczeństwa i porządku publicznego, podmiotów realizujących zadania państwowe, w tym: Ministerstwa Administracji i Cyfryzacji, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Ministerstwa Obrony Narodowej, Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, NASK, Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Rządowego Centrum Bezpieczeństwa oraz Komendy Głównej Policji.

Ujawnione nieprawidłowości dotyczyły przede wszystkim braku opracowania i wdrożenia kompleksowych, systemowych i przemyślanych rozwiązań, pozwalających na zapewnienie bezpieczeństwa teleinformatycznego kraju. Jak podniesiono w wynikach kontroli, dotychczas podejmowane w tym kierunku działania miały charakter raczej sporadyczny i ograniczały się do reakcji na zaistniałe incydenty³⁶. Tymczasem bezpieczeństwo informatyczne naszego kraju wymaga pewnej wizji obejmującej ochronę systemów informatycznych, w tym przede wszystkim tych, które są odpowiedzialne za najbardziej strategiczne dla funkcjonowania państwa obszary jego działalności. W jej ramach należałoby więc wprowadzić stały monitoring zagrożeń pojawiających się w cyberprzestrzeni, w oparciu o który byłoby możliwe oszacowanie prawdopodobieństwa wystąpienia danego zdarzenia i przeciwdziałanie jego wystąpieniu. Zastrzeżenia NIK budził również brak jasnych i precyzyjnie zdefiniowanych ram prawnych krajowego systemu ochrony cyberprzestrzeni³⁷, a w szczególności określenia obowiązków i uprawnień jego uczestników, tudzież przydzielenia zasobów niezbędnych do skutecznej realizacji tych zadań³⁸. Równie istotne braki – według NIK – występowały w procedurach związanych z reagowaniem w sytuacjach kryzysowych i zdolnościami utrzymania ciągłości działania w wypadkach wystąpienia zakłóceń w funkcjonowaniu systemów informatycznych spowodowanych zdarzeniami występującymi w cyberprzestrzeni³⁹.

Wydaje się więc, że nasz kraj, chociaż od strony organizacyjnej jest w wystarczającym stopniu przygotowywany do reagowania na wszelkie incydenty komputerowe, to jednak, jak dowodzi praktyka, nie w każdym obszarze systemy te są dostatecznie szczelne, a działania administracji rządowej nie zawsze pozostają bez zarzutu.

³⁶ Por. *Realizacja przez podmioty państwowe zadań w zakresie ochrony cyberprzestrzeni RP. Informacja o wynikach kontroli*, dokument dostępny na stronie: <<https://www.nik.gov.pl/plik/id,8764,vp,10895.pdf>> [dostęp dnia 12.12.2015 r.].

³⁷ „Polityka ochrony cyberprzestrzeni RP” jest wprawdzie realizowana na podstawie uchwały Rady Ministrów przyjętej w dniu 25 czerwca 2013 r. o takim samym tytule, jednak, jak wynika z kontroli przeprowadzonych przez NIK, dokument ten, „[...] będący wynikiem braku porozumienia i źle rozumianego kompromisu”, jest „niskiej jakości, nieprecyzyjny i obciążony wieloma błędami merytorycznymi”, *ibidem*, s. 12.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

Powyższe nasuwa zatem pytanie o kierunek, w jakim należałoby podążać, aby uszczelnić systemy informatyczne przed zagrożeniami płynącymi ze strony cyberprzestępców. W pierwszej kolejności, jak się zdaje, należałoby mieć na uwadze potrzebę zapewnienia szczególnej ochrony infrastruktur krytycznych, tym samym realizując wytyczne stawiane przez najnowsze akty prawa wspólnotowego, zwłaszcza przewidziane w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotyczącej ataków na systemy informatyczne⁴⁰. W tym celu niezbędna jest kompleksowa, systematyczna i wielopoziomowa ocena ryzyka bezpieczeństwa infrastruktury krytycznej z uwzględnieniem wszelkich zagrożeń cyberatakami (w tym m.in. sterowaniem systemami np. przesyłu energii, informacji powietrznej itp.). Konieczne jest także opracowanie na tej podstawie i wcielenie w życie programu wymiany informacji, funkcjonującego nie tylko pomiędzy podmiotami realizującymi zadania publiczne, ale również podmiotami sektora prywatnego. Specjaliści zalecają także działania na szczeblu państwowym związane z wykorzystaniem pewnych urzędów kryptograficznych, przede wszystkim przez Siły Zbrojne RP, a co się z tym wiąże, postulują również skrócenie czasu certyfikacji urzędów kryptograficznych i korzystania z nich. Sugerują oni także dalsze doskonalenie już istniejących narzędzi w ramach współpracy z podmiotami prowadzącymi działalność naukową i badawczą⁴¹. Pomocny w walce z cyberprzestępcami może okazać się także przewodnik: „Istotne dane wobec reagowania na cyberzagrożenia” (ang. *Actionable Information for Security Incident Response*), opracowany na zlecenie Europejskiej Agencji ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji. Stanowi on zbiór wytycznych w zakresie technik i metod szybkiego reagowania na cyberzagrożenia. Dokument ten zawiera m.in. informacje na temat zbierania, przetwarzania i wymiany informacji, zalecenia dotyczące usprawnienia tych procesów, szczegółowy opis przypadków, na podstawie których zaprezentowano narzędzia, oraz techniki służące zapobieganiu potencjalnym zagrożeniom i wykrywaniu zaistniałych cyberataków, jak również narzędzia pozwalające na monitorowanie botnetów i ograniczanie zasięgu ich działania czy analizę aktywności złośliwego oprogramowania⁴².

⁴⁰ Dz.U. UE.L z 2013 r. Nr 218, s. 8.

⁴¹ Por. *Rekomendacje Stowarzyszenia Euro-Atlantyckie (SEA) dotyczące Bezpieczeństwa Cyberprzestrzeni*. Rekomendacje dostępne na stronie: <<http://sea.org.pl/?q=pl/node/856>> [dostęp dnia 10.12.2015 r.].

⁴² Więcej o tym na stronie: Polscy eksperci przygotowali przewodnik do walki z cyberprzestępczością, PAP, „Gazeta Wyborcza” z dnia 21 stycznia 2015 r. Tekst artykułu dostępny na stronie: <http://wyborcza.pl/1,91446,17290842,Polscy_eksperci_przygotowali_przewodnik_do_walki_z.html#ixzz3rDbcuAGj> [dostęp dnia 12.12.2015 r.].

Podsumowanie

Reasumując, zaprezentowane wyżej przestępstwa, chociaż bazują na znanych Kodeksowi karnemu typach czynów zabronionych, których realizację w rzeczy samej oznaczają zresztą, to jednak jawią się one niemal jako zupełnie nowe przestępstwa. Ich wspólnym mianownikiem jest w tym przypadku specyficzny obszar, w którym poruszają się ich sprawcy, czyli cyberprzestrzeń. W rezultacie także stypizowane i zdawałoby się już stosunkowo dobrze poznane typy czynów zabronionych pokazują w praktyce nowe oblicze. Nadal jednak stanowią one jedno z najpoważniejszych źródeł zagrożenia dla interesów finansowych państwa i jednostek, czemu sprzyja transgraniczny charakter, jaki w przeważającej większości przybiera proceder prania pieniędzy oraz finansowanie terroryzmu, zwłaszcza gdy chodzi o ich omawianą „cybernetyczną” odmianę. Nie do zbagatelizowania wydaje się przy tym również skala, z jaką na ogół występują nawet ich pojedyncze przypadki. Stąd tak istotną wagę należy przywiązywać do zrozumienia ich istoty, co pozwoli na efektywniejsze zwalczanie wszelkich ich przejawów w życiu gospodarczym. Aktywność państwa i wspólnot międzynarodowych w tym względzie sprowadza się zaś zasadniczo do dwóch podstawowych zagadnień, a mianowicie: opracowania nowych lub poprawy obowiązujących już unormowań prawnych, a po wtóre, wdrożenie ich stosowania w praktyce, tudzież zapewnienia możliwie największej efektywności ich realizacji.

W odniesieniu do pierwszej kwestii w odpowiedzi na nowe zagrożenia płynące z coraz częstsze go wykorzystywania nowoczesnych technologii do popełniania przestępstw, w tym przestępstw, których skutki są odczuwalne na masową skalę, uchwalane są nowe akty prawne. W wielu przypadkach zachodzi także konieczność weryfikacji już obowiązujących unormowań, co dotyczy tak regulacji wspólnotowych, jak i (poniekąd w konsekwencji tego) krajowych przepisów prawnych. Idea wprowadzenia ich w życie czy też ich zmiany jest więc zawsze szczytna. Osobną sprawą pozostaje natomiast sama ich jakość. Ich uchwalenie bywa nierzadko wynikiem zbędnego pośpiechu legislacyjnego, co w rezultacie sprawia, że ich kształt pozostaje daleki od ideału i to zarówno pod względem zastosowanej techniki legislacyjnej, jak i logiki przewidzianych w nich rozwiązań prawnych. Na płaszczyźnie krajowej widoczne jest to w braku spójności pomiędzy różnymi aktami normatywnymi, a niekiedy nawet przepisami zawartymi w tej samej ustawie. Niejednokrotnie, jak w przypadku porównania tekstu Konwencji o cyberprzestępczości oraz odpowiednich przepisów kodeksu karnego, można nawet dojść do przekonania, iż krajowy ustawodawca nie stanął w pełni na wysokości zadania, zmagając się z koniecznością dostosowania rodzimych

uregulowań do postulatów wynikających z zapisów przewidzianych w międzynarodowych aktach prawnych⁴³.

Pamiętać przy tym należy również o tym, że odpowiednio opracowane akty prawne, chociaż z pewnością przyczyniają się do szybszego wykrywania cyberprzestępstw (m.in. przez wskazanie obszarów potencjalnego zagrożenia, metod zapobiegania ich popełnieniu w przyszłości oraz środków służących ich ujawnieniu), to jednak same w sobie nie będą wystarczające w realnej walce z nimi. Kolejnym krokiem powinno być bowiem stworzenie struktur organizacyjnych tudzież powołanie do życia instytucji, albo przynajmniej wyspecjalizowanych służb, które swoimi działaniami zapewnią rzeczywistą realizację postanowień zawartych w tych aktach. Przykładem takowego może być powołany do życia w lipcu 2014 r. wydział do walki z cyberprzestępczością, oficjalnie działający od dnia 15 lipca 2014 roku przy Biurze Służby Kryminalnej Komendy Głównej Policji czy zaprezentowany w tym opracowaniu Międzyresortowy Zespół Koordynujący ds. Ochrony Cyberprzestrzeni RP. Na płaszczyźnie europejskiej wystarczy wskazać na wspomniane już: Europejski Urząd Policji, Eurojust, „Frontex”, a także inne, znane organizacje i instytucje takie jak chociażby: Interpol, Europejskie Centrum do spraw Walki z Cyberprzestępczością działające przy Komisji Europejskiej, Europejskie Centrum do spraw Walki z Cyberprzestępczością Europolu. Powoływanie do życia nowych instytucji i organizacji, w których zatrudnieni są wysoko wykwalifikowani specjaliści, w tym z branży IT, ma kardynalne znaczenie w odpowiednio wczesnym wykrywaniu przestępstw w cyberprzestrzeni. Aktywność międzynarodowa i krajowa na tym polu nie nasuwa zatem większych zastrzeżeń.

Po wtóre jednak, dla zapewnienia skuteczności niezbędne jest podejmowanie dalszej aktywności, i to na znacznie szerszej zakrojonej skali. Nawet najbardziej przemyślane rozwiązania prawne i najlepiej przygotowani do walki z cyberpraniem pieniędzy i cyberterroryzmem urzędnicy czy funkcjonariusze służb odpowiedzialnych za zapewnienie bezpieczeństwa publicznego nie będą w stanie go zapewnić ani osiągnąć wystarczającej skuteczności w swoich działaniach, jeżeli w ślad za tym nie podąży upowszechnianie wiedzy na temat nowych zagrożeń, co odnosi się także do prania pieniędzy, finansowania terroryzmu, czy – szerszej – przestępstwa o charakterze terrorystycznym w ich nowych odsłonach. Uwaga ta dotyczy zarówno pracowników instytucji obowiązanych, jak i całego społeczeństwa czy pisząc bardziej precyzyjnie – stopnia jego świadomości prawnej. Ci pierwsi przez systematyczne szkolenia, prowadzone przez odpowiednio

⁴³ Tej problematyce poświęcony został odrębny artykuł naukowej autorki pt. *Cyberprzestępczość – międzynarodowe standardy zwalczania zjawiska a polskie regulacje karne*, „Państwo i Społeczeństwo” (opracowanie aktualnie w druku).

wykwalifikowane osoby wsparte fachową literaturą, są w stanie dostrzec niebezpieczeństwo płynące z transakcji finansowej, która może – pomimo wszelkich pozorów swojej legalności – służyć w istocie praniu pieniędzy czy finansowaniu terroryzmu. Natomiast wiedza przeciętnego obywatela na temat zagrożeń, jakie stwarzają nowoczesne technologie, jest o tyle istotna, że może ona nie tylko okazać się pomocna dla organów ścigania, ułatwiając ujawnienie danego przestępstwa na wczesnym etapie całego proceduru, ale niejednokrotnie służy również jemu samemu, chroniąc go przed (być może nieświadomym) udziałem w takim „przedsięwzięciu”. Nie należą bowiem wcale do rzadkości przypadki, w których Bogu ducha winny obywatel daje się wciągnąć w machinę służącą praniu pieniędzy czy – co być może nie jest tak częste w praktyce – finansowaniu terroryzmu, stając się tzw. słupem, wspierającym prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą sprytnie przemyślany interes, zwany „pralnią” (pieniędzy). W obliczu nietradycyjnych metod stosowanych przez zarządzających nimi „biznesmenów”, a w ślad za tym i potencjalnych, nieznanym dotąd źródłem, z których może płynąć zagrożenie, wiedza na ten temat wydaje się nabierać kluczowego znaczenia. Jak bowiem dobrze wiadomo, w każdym wypadku *morbum evitare quam curare facilius est* (zapobiegać jest lepiej niż leczyć).



A B S T R A C T

Subject of the study are problems concerning the extremely current threat posed by crime in cyberspace. Due to the extensive nature of the issues in this paper analysis dogmatic were subjected only some types of cybercrime: money laundering, financing of terrorism and the terrorist offense. In addition, to ensure transparency and clear character it was introduced the division of the entire text into two separate substantive parts, which together present the entire issues raised in the study. Moreover, the dogmatic analysis complements practical presentation of the examples, carried out on the basis of simulations of unlawful behavior. Discussed crimes have been presented at first in their “classic” version, that is, taking into account the previ-

ously commonly used methods to commit them, and then they have been shown in their cybernetic “variety”. This publication also reveals the most important legal instruments of national and supranational, which are designed to prevent money laundering and terrorism committed „in the network”. Short evaluation there have been also subjected courses of action preferred by state authorities and supranational organizations undertaken to combat these phenomena. On this basis, it were also put forth some conclusions on the direction taken by the Polish legislature aimed to ensure information security.

*Czyn jako źródło obowiązków gwaranta
– przegląd stanowisk*

*An act as an origin of 'guarantor' duties
– the literature overview*

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

Artykuł dotyczy podstaw odpowiedzialności karnej za przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Przedstawione zostały w nim cztery główne koncepcje na temat tego, czy (a jeśli tak – na jakiej podstawie) samo zachowanie się sprawcy może stanowić źródło jego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi stanowiącego znamię przestępstwa.

Artykuł 2 kodeksu karnego¹ stanowi, że odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi.

Jest to nowy przepis w polskim ustawodawstwie; przepisu takiego nie znała żadna z poprzednich ustaw karnych obowiązujących na ziemiach polskich: ani kodeks z 1969 r.², ani z 1932 r.³, ani też ustawodawstwa zaborcze⁴. Mimo jednak uregulowania tej kwestii wprost przez ustawodawcę dopiero w najnowszym kodeksie karnym, od dawna oczywiste było, że „odpowiedzialność za zaniechanie działania jest zawisła od istnienia po stronie osoby

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.).

² Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94). Co prawda, w toku prac nad kodeksem karnym z 1969 r. pojawiła się propozycja, by wprowadzić podobny przepis („Za przestępstwa skutkowe, tj. dokonane z chwilą nastąpienia skutku określonego w ustawie, odpowiada nie tylko, kto działaniem swym skutek ten spowodował, ale także, kto wbrew szczególnemu obowiązkowi nie przeszkodził w jego nastąpieniu” – cyt. za L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie*, Warszawa 1975, s. 155), jednakże ostatecznie z niej zrezygnowano.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571).

⁴ Tj. kodeks karny rosyjski z dnia 22 marca 1903 r., kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z dnia 15 maja 1871 r., kodeks karny austriacki z dnia 27 maja 1852 r.

dopuszczającej się zaniechania obowiązku prawnego działania”⁵, a w konsekwencji, że przestępstwo materialne z zaniechania zawsze jest przestępstwem indywidualnym⁶. Odrzucenie tego założenia prowadziłyby wszakże do wniosków absurdalnych: wówczas bowiem – przyjmując, że zaniechanie jest zachowaniem kauzalnym – odpowiedzialność za każde przestępstwo popełnione przez zaniechanie mógłby ponosić każdy, kto nie zapobiegł skutkowi, a więc w zasadzie każdy człowiek (jeśli jakiejś czynności nie wykonano, to nikt jej nie wykonał); przy założeniu zaś braku przyczynowości zaniechania odrzucenie powyższego założenia prowadziłyby do wniosku, że nikt nie może być odpowiedzialny za jakiegokolwiek zaniechanie, bo samo w sobie w ogóle nie może ono wywołać skutku, z którego wystąpieniem prawo karne mogłoby łączyć reakcję. Dlatego też konieczne jest istnienie tu kryterium normatywnego, na podstawie którego możemy przypisać określony skutek określonemu zaniechaniu określonego sprawcy. Kryterium tym jest właśnie wskazany obecnie w art. 2 k.k., a dostrzegany już o wiele wcześniej, szczególnie i prawny obowiązek działania.

Już na długo przed wejściem w życie obecnego kodeksu karnego⁷ doszukiwano się trzech zasadniczych źródeł takiego obowiązku: ustawę, umowę i uprzednie zachowanie się sprawcy⁸, tj. sprowadzenie przez niego stanu niebezpieczeństwa dla jakiegoś dobra chronionego prawem⁹.

Pierwsze dwa człony powyższej „triady” są powszechnie akceptowane w doktrynie (wątpliwości i doktrynalne spory pojawiają się dopiero przy

⁵ Wyrok SN z dnia 8 stycznia 1934 r., 2 K. 1138/33, *Zbiór orzeczeń Sądu Najwyższego – orzeczenia Izby Karnej 1934 r.*, z. 5, poz. 91.

⁶ Por. chociażby postanowienie SN z dnia 15 kwietnia 2004 r., WK 5/04, OSNKW 2004, z. 1, poz. 713 czy wyrok SA w Krakowie z dnia 10 maja 2012 r., II AKa 48/12, Prok. i Pr. – wkł. 2013/1/16.

⁷ Por. np. S. Budziński, *Wykład porównawczy prawa karnego*, Warszawa, 1868, s. 56–57, teza 69: „Czyny z opuszczenia w ścisłym znaczeniu, albo 1) polegają na niedopełnieniu tego, co w interesie ogólnego bezpieczeństwa jest prawem nakazane [...]; albo 2) przybierają charakter przestępstwa dla tego, że sprawca przyjął na siebie szczególnie obowiązek zapobieżenia złemu [...]; 3) albo gdy obowiązek taki zapobieżenia złemu wynika z czynu sprawcy”.

⁸ A. Spotowski początków tego ostatniego źródła obowiązku gwaranta dopatruje się w konkretnej dacie, stwierdzając: „problem czy sprowadzenie niebezpieczeństwa nakłada na sprawcę obowiązek prawny oddalenia tego niebezpieczeństwa [...] rozważa się w doktrynie prawa karnego od dawna, a dokładnie mówiąc od roku 1828, w którym Ch. Stübel dołączył do dotychczas uznawanych źródeł obowiązku gwaranta – uprzednie zachowanie się wywołujące niebezpieczeństwo” (A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 207–208).

⁹ Niekiedy do tej „triady” dodawano zasady współzycia społecznego, prawo zwyczajowe czy zasady moralne, a swego czasu Sąd Najwyższy dopuszczał kryterium obowiązku „dobrego gospodarza” czy „dobrego urzędnika” (wyrok z dnia 22 sierpnia 1950, K 430/50; wyrok z dnia 3 grudnia 1959, V K 1184/59 – cytowane za: Zbigniew Kubec, *Przestępstwa z zaniechania*, [w:] „Państwo i Prawo” 1965, nr 3, s. 389), por. L. Kubicki, op. cit., s. 185–191 i cyt. tam literatura. W obecnym stanie prawnym, z uwagi na wymóg art. 2 k.k., by obowiązek gwaranta był nie tylko „szczególny”, ale i „p r a w n y”, te ostatnie kryteria nie mogą być oczywiście zaakceptowane, por. np. A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I (art. 1–31)*, Gdańsk 1999, s. 45, teza 12.

ich szczegółowej analizie). Kontrowersje od dawna budzi natomiast kwestia możliwości uznania jako źródła obowiązków gwaranta uprzedniego spowodowania przez sprawcę – choćby niebezprawnym czynem – stanu niebezpieczeństwa dla dobra chronionego prawem.

Zagadnienie to najlepiej zilustrować przykładem: osoba A w bezwietrzny dzień rozpala na polanie w lesie – założmy, że w miejscu do tego wyznaczonym i zgodnie z prawem – ognisko. Po pewnym czasie nagle wiatr zaczyna się wzmagać, a jednocześnie osoba A, znudzona ogniskiem, oddala się od niego, nie gasząc go. Silny wiatr rozdmuchuje rozżarzone kawałki drewna, wskutek czego w lesie wybucha pożar; dodajmy nawet: zagrażający pobliskim zabudowaniom. Czy A może ponosić odpowiedzialność za przestępstwo z art. 163 k.k.? Wydaje się, że zachowanie takie nie jest mniej karygodne niż np. rzucenie niedopałka papierosa na suchą ściółkę – i powinno być penalizowane. Ale przecież d z i a ł a n i e tej osoby, polegające na rozpaleniu ogniska, nie było bezprawne, a obowiązek ugaszenia ogniska nie wynikał ani z ustawy (przynajmniej *prima facie*), ani z umowy¹⁰. Jakie więc miałyby być jego źródło?

Kwestia ta – o znaczeniu zupełnie fundamentalnym – jest bodaj najsilniej dyskutowanym w literaturze problemem dotyczącym źródeł obowiązków gwaranta. Trudności z uzasadnieniem tego źródła pojawiają się nie tylko zresztą w literaturze polskiej. W nauce niemieckiej na przykład na pytanie, czy, a jeśli tak, to na jakiej podstawie można mówić, że na podmiocie, który swoim niebezprawnym zachowaniem stworzył niebezpieczeństwo nastąpienia zabronionego przez prawo karne skutku, ciąży obowiązek przeciwdziałania nastąpieniu takiego skutku, odpowiadano wręcz, że kwestia ta jest „utrapieniem dogmatyki przestępstw z zaniechania” (R.D. Herzberg) oraz „najbardziej wątpliwym problemem teorii gwaranta” (H. Welzel), gdyż „nie daje się wyjaśnić w pełni racjonalnie” (Nochstoll)¹¹.

Jednak mimo tych trudności znaczna część przedstawicieli doktryny prawa karnego, w tym doktryny polskiej, mniej więcej od około połowy XX wieku szukała dla obowiązku gwaranta, wynikającego z omawianego źródła, normatywnej podstawy. Pomimo braku przed 1 września 1998 r. (tj. datą wejścia w życie nowego kodeksu karnego) odpowiednika obecnego art. 2 k.k. nie ulegało i nie ulega wątpliwości, że obowiązek gwaranta nie może nigdy wynikać z samego li tylko stanu faktycznego, lecz musi być obowiązkiem prawnym. Tym samym w doktrynie rozpoczęto poszukiwania „normatywnego zaczepienia” obowiązku odwrócenia stanu niebezpieczeństwa dla dobra chronionego prawem wywołanego

¹⁰ Inne przykłady takich sytuacji wskazuje L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 70.

¹¹ Cytaty za: L. Kubicki, *op. cit.*, s. 179.

przez sprawcę jego zachowaniem, w tym – zachowaniem niebezpiecznym. Najważniejsze teorie próbujące rozstrzygnąć to zagadnienie, choć powstały przed 1 września 1998 r., zachowały aktualność także po wejściu w życie nowego kodeksu karnego (a jedna z nich znalazła nawet „wsparcie” w brzmieniu nowej ustawy karnej). Teorie te sprowadzają się do następujących konstatacji:

- koncepcja pierwsza (autorstwa L. Kubickiego) – uprzednie wobec popełnienia przestępstwa zachowanie sprawcy jest źródłem prawnego obowiązku podjęcia przezeń działania zapobiegającego skutkowi tego zachowania polegającemu na naruszeniu dobra prawnego na podstawie przepisu art. 439 kodeksu cywilnego¹²;
- koncepcja druga (autorstwa A. Spotowskiego) – zachowanie takie jest źródłem prawnego obowiązku, bo wynika to z u s t a w o w e g o obowiązku działania ostrożnego¹³, który obecnie zawarty ma być w przepisie art. 9 § 2 k.k.;
- koncepcja trzecia (autorstwa L. Gardockiego) – dla pociągnięcia danej osoby do odpowiedzialności za przestępstwo popełnione przez zaniechanie, a poprzedzone jej działaniem, w tym działaniem (jeszcze) niebezpiecznym, w ogóle nie jest konieczne wskazywanie obciążającego ją prawnego obowiązku zapobiegnięcia skutkowi, gdyż w tego typu sytuacjach czynem nie jest samo zaniechanie, ale połączenie działania i zaniechania; „skoro tak, to nie ma do tych przypadków zastosowania reguła z art. 2 k.k.”¹⁴;
- koncepcja czwarta – sam czyn w ogóle nie może być nigdy źródłem obowiązku zapobiegnięcia skutkowi będącego znamieniem przestępstwa¹⁵.

Żadna z tych teorii nie wydaje się całkowicie przekonująca; odnośnie do każdej z nich można odnieść uwagi krytyczne.

Ad 1) Pierwszy z powyższych poglądów spotkał się w piśmiennictwie z najsilniejszą bodaj krytyką spośród wszystkich wymienionych. Tym niemniej pozostaje poglądem nadal żywym, nie tylko w literaturze, ale również w orzecznictwie¹⁶, co zachęca do szczególnie bliskiej jego analizy.

¹² *Ibidem*, s. 182.

¹³ A. Spotowski, *op. cit.*, s. 211-212.

¹⁴ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 72.

¹⁵ Taki pogląd wyraził np. A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1975, s. 56 („trudna do obrony byłaby teza, że wywołanie niebezpieczeństwa nastąpienia skutku tworzy obowiązek prawny działania; bardziej słuszne wydaje się mówienie o obowiązku moralnym”), podobnie W. Wróbel oraz A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 205, czy W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 81.

¹⁶ Por. wyrok SA w Krakowie z dnia 29 kwietnia 2013 r., II AKa 62/13, LEX nr 1321950.

Otóż art. 439 kodeksu cywilnego¹⁷ brzmi: „ten, komu skutek zachowania się innej osoby [...] zagraża bezpośrednio szkoda, może żądać, ażeby osoba ta przedsięwzięła środki niezbędne do odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa, a w razie potrzeby także, by dała odpowiednie zabezpieczenie”. Zdaniem L. Kubickiego przepis ten statuuje więc „*expressis verbis* o b o w i ą z e k podejmowania działań niezbędnych do odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa, wywołanego «skutek» swego zachowania się. Zobowiązanie takie bowiem jest oczywistym odpowiednikiem u p r a w - n i e n i a określonego w tym przepisie”¹⁸.

Autor tej koncepcji wskazuje, że zawarty w art. 439 k.c. obowiązek odwrócenia skutku wynika z każdej postaci zachowania się zobowiązanego podmiotu, tj. zarówno z działania, jak i zaniechania. Zachowanie to ponadto nie musi być bezprawne, zawinione ani nawet wykazywać cech obiektywnej naganności¹⁹. Tym samym L. Kubicki wprowadza bardzo szerokie rozumienie pojęcia „zachowanie się” użytego w art. 439 k.c., co z kolei – dla uniknięcia niebezpieczeństwa konstruowania zbyt szerokiej odpowiedzialności prawnokarnej na tej podstawie – skłania go do rygorystycznej wykładni pojęcia „bezpośredniości”. Autor ten wskazuje, że zachowanie bezpośrednie, o którym mowa w omawianym przepisie, oznacza „wywołanie r z e c z y w i s t e j zmiany w świecie zewnętrznym, która w określonych warunkach stwarza k o n k r e t n e , a nie tylko abstrakcyjne, niebezpieczeństwo, zawierające w sobie w y s o k i e p r a w d o p o d o b i e ń - s t w o nastąpienia szkodliwego skutku w n a j b l i ż s z y m c z a s i e ”²⁰.

Według więc L. Kubickiego przepis art. 439 k.c. przy takiej interpretacji stanowi ustawową podstawę szczególnego obowiązku gwaranta: jeśli ktoś popełnił czyn, z którym wiąże się powstanie (zwiększenie) niebezpieczeństwa wobec dobra chronionego prawem, ma obowiązek to niebezpieczeństwo uchylić (zminimalizować).

Przeciwnicy tej koncepcji zauważają, że „uderza [...] w tym podejściu specyficzna wykładnia tego przepisu, przyjęta na potrzeby realizacji odpowiedzialności prawnokarnej, nie do końca zgodna z celem tej regulacji”²¹. Otóż przepis art. 439 k.c. wprowadza zasady odpowiedzialności prewen-

¹⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz.U. z 2014 r. poz. 121, z późn. zm.).

¹⁸ L. Kubicki, *op. cit.*, s. 182.

¹⁹ Stanowisko takie ma bardzo doniosłe konsekwencje. Czy bowiem np. osoba, która w obronie koniecznej zraniła napastnika, ma obowiązek udzielenia mu pomocy? Według L. Kubickiego – tak (*ibidem*, s. 184). Pogląd taki stanowczo odrzucił A. Spotowski, opierając się na regulacjach ostrożności jako źródle obowiązku działania (*idem*, *op. cit.*, s. 65).

²⁰ L. Kubicki, *op. cit.*, s. 185.

²¹ M. Królikowski, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Komentarz KK*, t. 1, Warszawa 2011, komentarz do art. 2, Nb 60, s. 248.

cyjnej w prawie cywilnym i nie jest nakierowany wprost na ogólną ochronę prawną przed wyrządzeniem szkody.

Jak wskazuje się zresztą w doktrynie prawa cywilnego, „prawo polskie nie zna ogólnego obowiązku nieszkodzenia (*neminem laedere*), [a] tym bardziej brak w nim generalnego obowiązku nieprzedsięwzięcia (zaniechania) działań niebezpiecznych lub groźących szkodą. Przeciwnie – należy wychodzić od prawa do wolności działania, zakładającego konieczność ograniczonego wkraczania w cudzą sferę”²². Poza tym w literaturze wskazuje się, że przesłanki żądania, o którym mowa w przepisie art. 439 k.c., muszą być tożsame z przesłankami odpowiedzialności odszkodowawczej, która powstałaby, gdyby szkoda zaistniała²³; nie mogą być zawsze oparte na zasadzie ryzyka. W przeciwnym wypadku podmiot, z którego strony zagraża szkoda, dążyłby do jej powstania, przechodząc w reżim odpowiedzialności odszkodowawczej, opartej przede wszystkim na zasadzie winy, a nie ryzyka. Wykładnia przepisu zaś proponowana przez L. Kubickiego opiera się właśnie na zasadzie ryzyka.

Zauważyć ponadto należy, że obowiązek z art. 439 k.c. nie istnieje, dopóki podmiot uprawniony nie zgłosi swojego żądania. Jak słusznie wskazuje więc P. Konieczniak, „w logice art. 439 k.c. całkowicie mieści się sytuacja, gdy osoba, której szkoda zagraża, nie wysuwa żądania, o którym mowa w tym przepisie i kontentuje się możliwością uzyskania odszkodowania w wypadku, gdyby ona zaszła”²⁴. Tymczasem nie może ulegać wątpliwości fakt, że warunkiem odpowiedzialności prawnokarnej za zaniechanie nie jest istnienie jakiegokolwiek potencjalnego obowiązku, ale obowiązek ten musi być aktualny i obligować do określonego działania²⁵.

Nie sposób jednocześnie nie odnieść wrażenia, że omawiany pogląd stanowi swego rodzaju ucieczkę przed problemem czynu jako czynnika sprawiającego, że jego sprawca staje się (przez sam fakt popełnienia tegoż czynu) gwarantem zapobieżenia jego skutkowi. Z jednej strony L. Kubicki dopuszcza czyn jako odrębną kategorię źródeł obowiązków gwaranta, z drugiej natomiast – normatywnej podstawy dla niej upatruje w konkretnym przepisie prawa. Czy takie podejście nie stanowi w istocie stwierdzenia, że w omawianych przypadkach źródło obowiązków gwaranta tkwi jednak w ustawie, a nie w samym czynie²⁶?

²² J. Kaspryszyn, *Podstawa odpowiedzialności prewencyjnej z art. 439 k.c.*, [w:] „Palestra” 1998, nr 11–12.

²³ M. Safjan [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449¹¹*, t. 1, red. K. Pietrzykowski, Warszawa 2008, kom. do art. 439, Nb 7, s. 1394.

²⁴ P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002, s. 328.

²⁵ *Ibidem*, s. 327.

²⁶ Podobnie A. Spotowski, *op. cit.*, s. 210.

Jeśli tak, to nie sposób nie zgodzić się z M. Królikowskim, który uważał, że zabieg polegający na interpretacji art. 439 k.c. jako źródła obowiązku gwaranta w prawie karnym „sprawia wrażenie dogmatycznego poszukiwania formalnego uzasadnienia merytorycznie wskazanej, [a] wynikającej z zupełnie innych podstaw, potrzeby ukarania”²⁷. Podstawę tę, według tego Autora, wskazuje druga koncepcja.

Ad 2) Wedle drugiej ze wzmiankowanych powyżej teorii, opracowanej przez A. Spotowskiego, dla uzasadnienia szczególnego obowiązku przeciwdziałania nastąpieniu określonego skutku sięgnąć należy do ogólnego obowiązku działania zgodnie z regułami ostrożności. Koncepcja ta powstała jeszcze pod rządami kodeksu z 1969 r., który nie przewidywał *expressis verbis* istnienia żadnych ogólnych reguł ostrożności, do których przestrzegania każdy jest zobowiązany. Obecne brzmienie przepisu definiującego winę nieumyślną (art. 9 § 2 k.k.) wzmacnia zatem tę argumentację, gdyż „reguły ostrożności” stały się pojęciem prawnym.

Zdaniem zwolenników omawianej koncepcji, regułami ostrożności – właściwymi dla różnych dziedzin życia – powinien się kierować każdy, kto podejmuje określoną, potencjalnie – choćby w minimalnym stopniu – niebezpieczną czynność. Co więcej, według A. Spotowskiego, „obowiązek ostrożności odnosi się nie tylko do pierwszego impulsu, jaki nadaje się określonemu przebiegowi zdarzeń, lecz wymaga również odpowiedniej korekty owego przebiegu zdarzeń, gdy rozwija się on w ten sposób, że pojawia się niebezpieczeństwo naruszenia dobra prawnego”²⁸.

Powracając więc do wskazanego na wstępie przykładu z ogniskiem, stwierdzić można, że przy rozpalaniu ogniska istnieją pewne przyjęte powszechnie reguły ostrożności, które zabraniają pozostawiania niedogaszzonego ogniska, zwłaszcza podczas silnego wiatru, zdolnego rozdmuchać żar. Naruszenie tych reguł ostrożności rodzi obowiązek uchylenia powstałego w ten sposób niebezpieczeństwa dla dobra prawnego²⁹.

Poglądowi temu zarzucono, że nie rozwiązuje on omawianego problemu, bo reguły ostrożności, choć są pojęciem prawnym, to nie mają charakteru normatywnego³⁰; nadal brak jest więc p r a w n e g o obowiązku zapobiegnięcia skutkowi. Tak postawiony zarzut jest jednak chybiony. Reguły ostrożności w przeważającej mierze mają charakter zwyczaju, który co do

²⁷ M. Królikowski, *op. cit.*, s. 248.

²⁸ A. Spotowski, *op. cit.*, s. 211.

²⁹ *Ibidem*, s. 211–212.

³⁰ M. Kliś, *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, [w:] „Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych” 1999, z. 2, s. 193.

zasady nie może być pozbawiony normatywnego znaczenia³¹ – również na gruncie prawnokarnym. Istnieje tu natomiast inny problem związany z zasadą *nulum crimen sine lege*. Problem ten wiąże się nie tyle ze stwierdzeniem, że zwyczajowe reguły ostrożności nie mogą mieć znaczenia normatywnego (bo mogą mieć taki charakter), ile z odpowiedzią na pytanie, czy dana reguła ostrożności, która została w konkretnym przypadku naruszona przez sprawcę, jest dostatecznie precyzyjna, by mogła współtworzyć normę prawnokarną (której podstawą zawsze pozostaje oczywiście brzmienie przepisu), pod którą następnie podciągane jest konkretne zachowanie się sprawcy. Ryzyko naruszenia fundamentalnej zasady *n.c.s.l. certa* jawi się tu jako szczególnie duże.

Jeszcze większym problemem związanym z omawianą teorią jest fakt, że nie sposób przecież wykazać istnienia reguł ostrożności we wszystkich dziedzinach życia, w których w grę mogłoby wchodzić uznanie uprzedniego zachowania się sprawcy za źródło obowiązku odsunięcia stanu niebezpieczeństwa wywołanego tym zachowaniem³². Kiedy np. zechcemy pod tym kątem rozpatrzyć kasus przytoczony przez L. Kubickiego, dotyczący wykopania przez właściciela nieruchomości, pracującego w swoim ogródku, niewybuchu (z faktu tego L. Kubicki, opierając się na swojej teorii bazującej na art. 439 k.c., wywodzi – obciążający właściciela – obowiązek ostrzeżenia otoczenia oraz podjęcia odpowiednich działań w celu zabezpieczenia niewypału), to – jak zauważa P. Konieczniak, nie istnieje zasada „ostrożnego kopania ziemi” ani osobowy wzorzec „dobrego kopacza”³³. Podobnie odwołanie się do reguł ostrożności nie pozwalałoby na pociągnięcie do odpowiedzialności np. urzędnika, który wychodząc z biura i zamykając je na klucz, nieświadomie pozbawia wolności znajdującego się w nim kolegę, a słysząc przez drzwi jego wołanie – nie wypuszcza go³⁴. Czy istnieje ogólna reguła ostrożności nakazująca sprawdzenie przed zamknięciem każdego pomieszczenia na klucz, czy przypadkiem nikt się w nim nie znajduje?

W wielu przypadkach powołanie się zatem na reguły ostrożności mogłoby być nieprzydatne dla uzasadnienia, dlaczego wywołanie przez daną osobę stanu niebezpieczeństwa ma rodzić jej obowiązek zapobieżenia nastąpieniu skutku będącego znamieniem przestępstwa. Również więc koncepcja upatrująca możliwości uznania działania wywołującego stan zagrożenia dla dobra chronionego prawem za źródło obowiązku gwaranta w regułach ostrożności nie rozwiązuje problemu, obejmując swoim zasięgiem tylko

³¹ K. Działocha, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 1, red. L. Garlicki, Warszawa 1999, komentarz do rozdziału III „Źródła prawa”, s. 9–10.

³² A „nie ma takich zachowań, które nie są potencjalnie niebezpieczne” – P. Konieczniak, *op. cit.*, s. 326.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Przykład podawany przez L. Gardockiego, *op. cit.*, s. 70.

niektóre przypadki czynów popełnionych przez zaniechanie, inne – faktycznie analogiczne – poza tym zasięgiem pozostawiając, dla czego z kolei nie ma żadnych racji kryminalnopolitycznych. Takie konsekwencje podważają natomiast tę teorię w całości.

Ad 3) Wedle trzeciej koncepcji w sytuacjach, gdy sprawca wywołuje czynem, choćby niebezpiecznym, stan niebezpieczeństwa, a następnie nie podejmuje żadnych działań zmierzających do jego usunięcia, wcale nie popełnia przestępstwa przez zaniechanie. Mamy w tego typu sytuacjach do czynienia po prostu z uprzednim działaniem i następczym zaniechaniem, które dopiero łącznie brane pod uwagę stanowią czyn³⁵. Skoro czyn może być działaniem i u b zaniechaniem (art. 6 k.k.), to może być w części działaniem i w części zaniechaniem³⁶. Nie ma dogmatycznych przeszkód, by tego typu czyn został uznany za przestępstwo; byłoby to przestępstwo o mieszanej stronie podmiotowej; niekoniecznie bowiem zamiar musi poprzedzać działanie. Może on pojawić się dopiero później i niejako „objąć” uprzednie elementy szeroko rozumianego czynu.

W istocie więc, skoro nie mamy do czynienia wyłącznie z zaniechaniem, to wymóg z art. 2 k.k. wskazania naruszonego przez sprawcę obowiązku prawnego w ogóle nie znajduje tu zastosowania (przepis ten odnosi się wszak do przestępstw popełnionych jedynie przez zaniechanie). Odpowiedzialność sprawcy opiera się tu na jego czynie, rozumianym jako działanie i zaniechanie, bez konieczności odwoływania się do dodatkowego normatywnego kryterium naruszenia obowiązku.

Teoria ta stanowi jednak tylko z pozoru definitywne rozwiązanie omawianego problemu. Nawet przecież przy przyjęciu, że jakimś konkretnym czynem jest częściowo działanie i częściowo zaniechanie, zaniechanie i tak wciąż stanowi element czynu, a dla uznania jego bezprawności należy wskazać – czego bezwzględnie wymaga przepis art. 2 k.k. – istnienie obowiązku działania. Trudne do przyjęcia jest, by niebezpieczny czyn został następnie uznany za bezprawny wobec późniejszego dopuszczenia się przez jego sprawcę zaniechania, polegającego na niezrealizowaniu czegoś, do czego nie był on zobowiązany³⁷.

³⁵ *Ibidem*, s. 72

³⁶ L. Gardocki, *Głosa do wyroku SN z dn. 16 sierpnia 1966 r. (II KR 117/66)*, [w:] „Państwo i Prawo” 1968, nr 2, s. 342.

³⁷ Tu zresztą uwidacznia się – jak słusznie dostrzega P. Konieczniak – nieco ukryta, ale obecna również w koncepcji L. Gardockiego przesłanka obowiązku jako warunku odpowiedzialności za przestępstwo popełnione „przez działanie i zaniechanie”. Otóż gdyby sprawca działania doprowadził do usunięcia niebezpieczeństwa dla dobra prawnego wywołanego przez swoje działanie, nie ponosiłby odpowiedzialności za przestępstwo. „A czymże jest nakaz działania, który spełniony uchyla odpowiedzialność, a niespełniony na nią naraża – jeśli nie obowiązkiem?” (P. Konieczniak, *op. cit.*, s. 318).

Ta krytyczna uwaga dotyczy wszelako tych zachowań, w których samo działanie sprawcy jest zgodne z prawem. Nie można jednak – jak się wydaje – odnieść jej już do takich sytuacji, w których samo działanie sprawcy stanowi przestępstwo, a późniejsze zaniechanie może jedynie ewentualnie wpływać na jego kwalifikację prawną. Jeżeli bowiem wziąć pod uwagę jeden z przypadków, w odniesieniu do których L. Gardocki odniósł swoją teorię, a w którym sprawca ciężko pobił ofiarę, nie mając pierwotnie zamiaru jej zabicia, po czym pozostawił ją, przemoczoną i niemogącą się samodzielnie poruszać, na mrozie, nabierając zamiaru ewentualnego pozbawienia jej życia – zgodzić się należy z Autorem, że takie działanie (pobicie) i następujące po nim zaniechanie (nieudzielenie pomocy) jest tym, co przepis określa jako „zabijanie człowieka”³⁸. Istotnie w takich przypadkach to działanie i zaniechanie łącznie stanowi czyn wypełniający znamiona przestępstwa.

Wciąż otwartym problemem pozostają jednak te przypadki, w których działanie nie stanowi czynu zabronionego.

Co więcej, proponowane przez Autora omawianej teorii rozszczępienie czasowe czynu i zamiaru prowadzić może w praktyce (zwłaszcza w sytuacjach, kiedy jest dłuższe³⁹) do poważnych wątpliwości choćby co do czasu popełnienia czynu, a w konsekwencji – co do oceny zdolności sprawcy do jego popełnienia. Wyobraźmy sobie bowiem, że sprawca dokonał czynu, znajdując się w stanie niepoczytalności, a następnie uświadomił sobie jego popełnienie, gdy był już zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej, ale skutek będący znamieniem przestępstwa jeszcze nie nastąpił. Sprawca dopiero teraz „obejmuje zamiarem” swoje działanie i czeka na nastąpienie – pierwotnie niezamierzonego – skutku. Trudno byłoby uznać, że możliwe jest przypisanie odpowiedzialności karnej takiej osobie, skoro co do części czynu (tj. działania) jej odpowiedzialność prawnokarna byłaby wyłączona (w czasie działania osoba ta nie mogła rozpoznać jego znaczenia lub pokierować swoim postępowaniem), co do drugiej zaś części (tj. zaniechania) osoba ta nie miałaby obowiązku działania. Z drugiej jednak strony przypadek ten z punktu widzenia oceny karygodności zachowania się sprawcy wcale nie różni się od sytuacji, w której sprawca, będąc zdolnym do ponoszenia odpowiedzialności karnej, dopuszcza się choćby niebezpiecznego

³⁸ L. Gardocki, *Glosa...*, *op. cit.*, *passim*.

³⁹ P. Konieczniak podaje przykład przypadkowego, niezawinionego naruszenia konstrukcji mostu przez osobę przez most przejeżdżającą (*op. cit.*, s. 330), zastanawiając się, z czego wynikać ma obowiązek zabezpieczenia przez tę osobę tego miejsca czy ostrzeżenia innych osób chcących przejechać przez ten most po niej, co będzie się wiązało z zawaleniem mostu. Można wyobrazić sobie sytuację, w której sprawca uświadamia sobie naruszenie konstrukcji mostu dopiero np. kolejnego dnia, podczas gdy w tym czasie nikt inny przez most nie przejeżdżał.

działania, które – wraz z następczym zaniechaniem – stanowić będzie przestępstwo. I tu, i tu chodzi przecież o działanie, co do którego nie może być jeszcze mowy o jakiegokolwiek winie sprawcy.

Wobec prezentowanej koncepcji P. Konieczniak sformułował inny jeszcze zarzut, którego punktem wyjścia jest niekontrowersyjne stwierdzenie, że polskie prawo karne opiera się na dwóch zasadach: 1) każde przestępstwo może zostać popełnione zarówno przez działanie, jak i zaniechanie, jeśli nic innego nie wynika z przepisu kryminalizującego dane zachowanie, 2) nieprzeszkodzenie skutkowi jest normatywnie równoważne ze spowodowaniem go przez działanie. Wskazanie tych dwóch zasad prowadzi P. Konieczniaka do konkluzji, że ich przyjęcie z równoczesnym odrzuceniem przesłanki szczególnego obowiązku działania musiałoby skutkować pociąganiem „do odpowiedzialności nie tylko tego, kto sytuację niebezpieczną wywołał swoim uprzednim działaniem, ale również tego, kto, nie wywoławszy jej, tylko z nią się zetknął”⁴⁰.

Ten akurat kontrargument wobec koncepcji L. Gardockiego uznać jednak należy za chybiony; opiera się na nieporozumieniu lub zbyt dużym uproszczeniu. Omawiana koncepcja zakłada przecież, że podstawą odpowiedzialności jest łącznie działanie i zaniechanie, a nie samo tylko zaniechanie. Dzięki temu element „przypadkowości” sprawcy jest wykluczony właśnie przez owo poprzednie działanie, które stanowi element łączący sprawcę ze stanem niebezpieczeństwa dla dobra chronionego prawem.

Mimo to, jak wskazano, również ta koncepcja budzi istotne wątpliwości – nie tylko dogmatyczne czy konstrukcyjne, ale także czysto praktyczne, pozostawiając omawiany problem nadal nierozwiązanym.

Ad 4) Omówiwszy trzy wypracowane w doktrynie teorie próbujące uzasadnić, dlaczego samo tylko niebezpieczne działanie sprawcy ma w pewnych przypadkach rodzić po jego stronie obowiązek jakiegoś działania pod groźbą reakcji prawnokarnej, stwierdzić wolno, że – niezależnie od wad każdej z tych teorii – wszystkie one posiadają jedną cechę wspólną: są niejako poszukiwaniem „na siłę” podstaw odpowiedzialności karnej, której potrzeba jest może intuicyjnie rozumiała, ale której źródło pozostaje niejasne. To z kolei rodzić musi pytanie, czy rzeczywiście reakcja prawnokarna w omawianych przypadkach jest dopuszczalna.

Trudno odmówić racji stwierdzeniu, że skoro podstawy odpowiedzialności za określone zachowanie nie dają się jednoznacznie uchwycić – pomimo usilnych starań przedstawicieli doktryny – to, chcąc nie chcąc, przyznać trzeba, że zachowanie to nie stanowi czynu bezprawnego, niezależnie od

⁴⁰ *Ibidem*, s. 317–318.

racji polityki kryminalnej. Poszukiwanie dla określonej kategorii czynów podstaw odpowiedzialności prawnokarnej, które nie wynikają bezpośrednio z ustawy (a w każdym razie nie dają się wyprowadzić bez pogłębionej egzegezy przepisów), zawsze wiąże się z ryzykiem twórczego rozszerzenia tej odpowiedzialności poprzez objęcie nią tych zachowań, które – z punktu widzenia obowiązującej ustawy – przestępstw nie stanowią.

O ile ocena moralna zachowania prowadzącego do powstania skutku znamionującego przestępstwo, które to zachowanie przybiera postać nienaganego i niezawinionego działania oraz następczego, już umyślnego zaniechania, będzie zapewne zawsze zbliżona (jeśli nie tożsama) z oceną zachowania prowadzącego do takiego samego skutku, lecz stanowiącego na przykład tylko działanie, o tyle być może prawo karne po prostu musi traktować te dwa rodzaje czynu odmiennie (przynajmniej dopóki normatywna podstawa odpowiedzialności za pierwszy z tych rodzajów czynów nie zostanie dość precyzyjnie wyrażona przez ustawodawcę).

Na konieczność wyraźnego oddzielenia od siebie obowiązków moralnych od obowiązków prawnych – z wszystkimi tego konsekwencjami – zwrócił niedawno uwagę Sąd Najwyższy w wyroku z 4 marca 2015 r., wydanym w sprawie IV KK 32/15, stwierdzając, że „prawny, szczególny obowiązek, o którym mowa w art. 2 k.k., nie może być utożsamiany z kierowanym wobec danej osoby (czy przez nią samą wobec siebie) oczekiwaniem postąpienia pożądanego w danej sytuacji w myśl ogólnych – moralnych, życiowych czy obyczajowych zasad”⁴¹. Zasady te pozostają bez znaczenia dla podstawy odpowiedzialności prawnokarnej.

Pogląd ten jest w pewien sposób dodatkowo wzmocniony przez *Uzasadnienie* kodeksu karnego z 1997 r., w którym deklarowano przy opisie projektowanego przepisu art. 2 k.k. w obecnym brzmieniu, że „projekt proponuje [...] wprowadzenie przepisu rozstrzygającego wątpliwości związane z odpowiedzialnością za przestępstwa materialne popełnione przez zaniechanie. [...] warunkuje taką odpowiedzialność ciężeniem na sprawcy zaniechania prawnego szczególnego obowiązku zapobieżenia skutkowi. Gdy taki prawny szczególny obowiązek w chwili zaniechania nie zachodził, sprawca zaniechania może odpowiadać jedynie za przestępstwo formalne [...]. [...] obowiązek gwaranta przeszkodzenia skutkowi musi mieć charakter prawny, tzn. wynikać bądź wprost z normy prawnej,

⁴¹ LEX nr 1650300. Odnotować należy jednak, że Sąd Najwyższy, wymieniając w cytowanym wyroku źródła obowiązku gwaranta, wskazuje na ustawę, orzeczenie sądu (które jest chyba tylko podrodzajem ustawowego źródła obowiązku), umowę, ale także „skonkretyzowaną sytuację faktyczną, w której w sposób jednoznaczny urzeczywistnia się powstanie po stronie [danej] osoby odnośnego wymagania, zapobiegającego powstaniu skutku stanowiącego znamię określonego typu czynu”.

bądź z aktu mającego znaczenie prawne⁴². Skoro zatem twórcy kodeksu przewidywali, że „prawny obowiązek” może wynikać jedynie z „aktu mającego znaczenie prawne”⁴³, to być może celem ustawodawcy było wyłączenie odpowiedzialności karnej w stosunku do zachowań, w których obowiązek działania sprawcy ma znaczenie „tylko” moralne. Choć – jak widać – intencja ta bynajmniej nie jest jasna, to paradoksalnie trudno sobie wyobrazić bardziej precyzyjne jej zrealizowanie niż poprzez art. 2 k.k. w obecnym brzmieniu.

Zwraca na to uwagę również A. Wąsek, który komentując wątpliwości wynikające z brzmienia tego przepisu, stwierdził: „otwarcie [...] należy przyznać, że przy obecnym stanie dogmatyki prawa karnego i ubóstwie dotychczasowego orzecznictwa sądowego, ustawodawca nie był w stanie optymalnie uregulować kwestii źródeł obowiązków gwaranta”⁴⁴.

Koncepcja odmawiająca czynowi sprawcy charakteru źródła obowiązków gwaranta jest z całą pewnością z punktu widzenia dogmatyki koncepcją „najbezpieczniejszą”. Z punktu widzenia racji polityki kryminalnej – musi zostać uznana za koncepcję niezadowalającą.

Podsumowując powyższe uwagi, co do zasady wypada zgodzić się z P. Konieczniakiem, który z niepokojem zauważa, że każda z koncepcji mających na celu znalezienie uzasadnienia dla obowiązku odwrócenia niebezpieczeństwa wywołanego uprzednim zachowaniem sprawcy może być „sensownie broniona lub równie sensownie kwestionowana”⁴⁵. Co więcej, uwagę tę można odnieść też do koncepcji wykluczającej w ogóle istnienie takiego prawnego obowiązku. Jakkolwiek aforystycznie by to więc brzmiało, rzeczywiście omawiany w niniejszym artykule problem stanowi „utrapienie” dogmatyki przestępstw z zaniechania i pozostaje problemem nadal nierozwiązanym, a mającym przecież znaczenie absolutnie podstawowe dla zagadnienia odpowiedzialności prawnokarnej za nieprzeszkodzenie zniszczeniu się skutku będącego znamieniem przestępstwa.

⁴² *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, Wkładka do zeszytu „Państwa i Prawa” 1994, nr 3, s. 5–6, tezy 7 i 8.

⁴³ Przy czym „akt” dość niefortunnie zdefiniowany jest w *Uzasadnieniu* jako „umowa, nominacja” (ibidem), wydaje się więc, że nie chodzi tu o „akt” rozumiany jako „czyn, działanie będące urzeczywistnieniem jakiegoś zamysłu” (za: *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2006).

⁴⁴ A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz...*, op. cit., s. 48, teza 19.

⁴⁵ P. Konieczniak, op. cit., s. 332.



A B S T R A C T

The paper concerns the principles of a criminal liability for an offence committed by an omission. It presents four main theories of why an offender's omission may be the independent origin of his duty to prevent this omission's consequences which are relevant for the criminal liability (if the omission may be such an origin at all).

AGNIESZKA KANIA

*Kodeksowe uwarunkowania sądowego
wymiaru kary – próba klasyfikacji. Część I*

*Code Determinants for the Judicial Degrees
of Penalty – an Attempt of Classification.
Part I*

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

Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie kodeksowych uwarunkowań sądowego wymiaru kary. W pierwszej części opracowania odwołano się do podstawowego podziału ustawowych wskazań sądowego wymiaru kary, który pozwala na wyróżnienie jego zasad oraz dyrektyw. W podjętych analizach nawiązano również do nowych rozwiązań prawnych (art. 37a k.k., art. 37b k.k., art. 59a k.k.), których obecność w kodeksie karnym wymaga zajęcia stanowiska co do ich ewentualnego, dyrektywalnego statusu.

Sądowy wymiar kary, zwany niekiedy sędziowskim wymiarem kary¹, zajmuje szczególne miejsce w dorobku nauk penalnych². Nie podejmując w tym miejscu pogłębionych rozważań terminologicznych, którym w przeszłości poświęcono już wiele uwagi, należy przyjąć, że tradycyjnie pod tym pojęciem rozumie się proces, który polega na orzeczeniu wobec sprawcy określonych przez ustawę karną konsekwencji za popełniony czyn. Sądowy wymiar kary obejmuje zatem decyzję o rodzaju oraz o wymiarze przewidzianych w ustawie środków reakcji. Sporne natomiast pozostaje, czy termin ten również odnosi się do instytucji modyfikujących sankcje przewidziane w części szczególnej kodeksu karnego³.

¹ Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługują prace T. Kaczmarek; zob. m.in. T. Kaczmarek, *Sędziowski wymiar kary w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej w świetle badań ankietowych*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk 1972; *idem*, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*, Wrocław 1980; *idem*, *Uzasadnienie wyroków sądowych w części dotyczącej wymiaru kary*, „Nowe Prawo” 1980, nr 4; *idem*, *Teoretyczne i praktyczne aspekty sporu co do hierarchii ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1980, nr 13; T. Kaczmarek, G. Dolińska, J. Giezek, W. Sitek, *Decyzja sędziego w sprawie wymiaru kary i jej psychospołeczne uwarunkowania*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1987; T. Kaczmarek, J. Giezek, *Decyzja sądowa w sprawie wymiaru kary jako przedmiot badań empirycznych (Propozycja metodologiczna)*, „Państwo i Prawo” 1988, nr 1. Por. także J. Giezek, *Okoliczności wpływające na sędziowski wymiar kary*, Wrocław 1989; Z. Sienkiewicz, *Společne niebezpečnostvo czynu jako dyrektywa sądowego wymiaru kary (na tle teorii i praktyki sądowej)*, Wrocław 1977. W tym miejscu warto również nadmienić, że w dawnym piśmiennictwie zastanawiano się, czy precyzyjniejsze, a przede wszystkim jurydycznie poprawniejsze jest posługiwanie się zwrotem „sędziowski”, czy też „sądowy wymiar kary”. Choć literalne brzmienie ówczesnych przepisów prawnych nie pozostawiało cienia wątpliwości, że to przecież „sądy” sprawują wymiar sprawiedliwości i wymierzają kary, to jednak powyższe ujęcie wydawało się niektórym autorom mało przekonujące, skłaniając eo ipso do wyrażenia poglądu, że bliższe realiom życia społecznego byłoby posługiwanie się określeniem „sędziowski wymiar kary”. Por. L. Lernell, *Sądowy czy sędziowski wymiar kary?*, „Gazeta Sądowa i Penitencjarna” 1967, nr 12, s. 3; por. także M. Szerer, *Společnostvo wobec przestępcy*, Warszawa 1969, s. 116. We współczesnej literaturze karnistycznej marginalizuje się jednak słowną dychotomię przebiegającą na linii pojęć sędziowski – sądowy wymiar kary. Można wręcz zaobserwować „milczące” zatarcie różnicy między wymienionymi określeniami, gdyż – jak zaznaczono w piśmiennictwie – sądowy wymiar kary nazywany jest: „także”, „niekiedy także”, „czasami” sędziowskim wymiarem kary. Zob. Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2012, s. 389; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 184. Z kolei w ocenie R. Kokota, sam zabieg „usynonimicznienia” wspomnianych określeń należy uznać za ryzykowny, a praktykę ich zamiennego stosowania za „kontrowersyjną”. R. Kokot, *Nadzwyczajny wymiar kary – kilka uwag i kontrowersji*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2010, t. 25, s. 109.

² Jak przekonywał A. Tobis, problematyka sądowego wymiaru kary nie stanowi wprawdzie samodzielnej dyscypliny wiedzy, to jednak rozpoznanie jej istoty – jak wskazywał autor – wymaga poważnego oraz wnikliwego zaangażowania o charakterze naukowym. Por. A. Tobis, *Spory o koncepcję wymiaru kary*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1976, nr 4, s. 71 i n.

³ K. Buchała, *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, Warszawa 1964, s. 1–11; *idem*, *System sądowego wymiaru kary w nowym kodeksie karnym*, „Palestra” 1969, nr 7, s. 22 i n.; W. Wolter, *Uwagi o łagodzeniu i zastrzaniu kary*, „Państwo i Prawo” 1973, nr 1, s. 50–51; T. Kaczmarek, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary...*, s. 70–71; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 280 i n.; Z. Cwiąkałski, *O niektórych pojęciach związanych z wymiarem kary*, „Nowe Prawo” 1989, nr 4, s. 55; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 448 i n.; K. Buchała, A. Zoll,

Z problematyką sądowego wymiaru kary łączy się, niemal integralnie, zagadnienie czynników ograniczających luz decyzyjny sędziego w tym procesie. Zasygnalizowane już w ten sposób normatywne uwarunkowania sądowego wymiaru kary posiadają wyraźnie niejednolity charakter. Potwierdza to zresztą podstawowy podział ustawowych wskazań sądowego wymiaru kary, pozwalający na wyróżnienie jego zasad oraz dyrektyw⁴. Wspomniane zasady są przy tym definiowane jako: „[...] idee kształtujące dany system, które mają znaczenie normatywne w tym sensie, że regulują one sposób rozstrzygnięcia kwestii związanych ze stosowaniem przepisów o orzekaniu kar i środków karnych”⁵. Z kolei mianem dyrektyw sądowego wymiaru kary określa się zawarte w ustawie wskazania, którymi sąd ma obowiązek kierować się przy wymiarze przewidzianych w kodeksie środków reakcji karnej⁶. Jako kryterium różniące wspomniane czynniki wskazuje się w piśmiennictwie, że o ile zasady sądowego wymiaru kary stanowią ogólne reguły o charakterze normatywnym, na których powinien opierać się każdy jednostkowy akt wymiaru kary, o tyle uwzględnienie dyrektyw nie może abstrahować od szeregu okoliczności związanych z czynem i osobą sprawcy. W świetle tego ujęcia zasady sądowego wymiaru koncentrują się więc na wyznaczeniu kierunków przyjęcia określonych rozwiązań, natomiast dyrektywy dotyczą wyboru wyinterpretowanej normy, wynikającej wprost ze stosownych regulacji kodeksu karnego⁷. Warto również wspomnieć, że w doktrynie przedmiotu zaproponowano jeszcze inne, stricte procesowe kryterium rozgraniczające zasady od dyrektyw. Zdaniem M. Lubelskiego, naruszenie zasad skutkuje podniesieniem zarzutu – w kon-

Polskie prawo karne, Warszawa 1997, s. 434 i n.; V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 46; Z. Ćwiakalski, *Nadzwyczajny wymiar kary w kodeksie karnym z 1997 roku po nowelizacji – próba oceny*, [w:] *Zmiany w polskim prawie karnym po wejściu w życie kodeksu karnego z 1997 roku*, red. T. Bojarski, K. Nazar, A. Nowosad, M. Szwarczyk, Lublin 2006, s. 106–107; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 329; Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne...*, s. 389. L. Gardocki, *op. cit.*, s. 184; R.A. Stefański, *Granice sądowego wymiaru kary przy zmodyfikowanych progach ustawowego zagrożenia*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 12, s. 135–138; J. Majewski, *O ustawowym zagrożeniu i innych pojęciach związanych z nadzwyczajnym wymiarem kary (w języku kodeksu karnego)*, [w:] *Nadzwyczajny wymiar kary*, red. J. Majewski, Toruń 2009, s. 24.

⁴ Por. uwagi S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, s. 96–97.

⁵ A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 322; V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary...*, s. 50–51.

⁶ V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary...*, s. 73.

⁷ J. Wróblewski, *Dwugłos – pod wspólnym tytułem. Recenzja pracy T. Kaczmarka – Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w teorii i praktyce sądowej*, „Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego” 1983, nr 16, s. 275–277; P. Góralski, *Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w kodeksie karnym z 1997 r. na tle polskich kodyfikacji karnych z 1932 i 1969 r.*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2001, t. 8, s. 14.

tekście kontroli apelacyjnej – naruszenia prawa materialnego. Z kolei naruszenie postanowień dyrektyw można by zaś jedynie kwestionować w ramach zarzutu rażącej niewspółmierności kary⁸.

Poza powyższym rozróżnieniem dalsze, bardziej szczegółowe kwestie w tej materii dostarczają już znacznie więcej komplikacji interpretacyjnych. Pojawienie się ich wynika przede wszystkim ze swoistego skrótu myślowego, którego dopuścił się ustawodawca w intytulacji rozdziału VI kodeksu karnego – „Zasady wymiaru kar i środków karnych”. Wprawdzie zdecydowana większość przedstawicieli nauki prawa karnego opowiedziała się za wspomnianym powyżej, dychotomicznym podziałem ustawowych wskazań, to jednak nawet ogólna aprobatą tego założenia nie przesądziła o dalszej zgodności poglądów. Występujące w piśmiennictwie rozbieżności wiązały się zwłaszcza z kwestią dokonania prawidłowej klasyfikacji zasad i dyrektyw, jak również z nadaniem tym pojęciom właściwego sensu na płaszczyźnie prawnokarnej.

Przechodząc do katalogu zasad sądowego wymiaru kary (wynikających bezpośrednio bądź pośrednio z przepisów kodeksowych), należy zaznaczyć, że zdecydowana większość przedstawicieli doktryny prawa karnego do wspomnianej kategorii zaliczyła: zasadę względną swobody sądu przy wymiarze kary, zasadę humanitaryzmu, zasadę indywidualizacji kary, zasadę zaliczania rzeczywistego pozbawienia wolności na poczet orzeczonej kary, zasadę oznaczonego kar i środków karnych⁹. Nazwy wspomnianych zasad zostały przy tym zrekonstruowane na podstawie przepisów kodeksowych, które stanowią podstawową materię dla wyprowadzenia ich głównych założeń.

Powyższy katalog zasad sądowego wymiaru kary nie uzyskał jednakże powszechnej akceptacji w piśmiennictwie. W doktrynie przedmiotu zwracano m.in. uwagę na potrzebę dokonania wśród nich pewnej hierarchizacji, wyróżniając w tym zakresie odpowiednio nadrzędne i drugorzędne zasady. Poza postulatem dokonania swoistej gradacji omawianych zasad opowiedziano się także za włączeniem do tej kategorii „zasady” stopnia winy oraz „zasady” stopnia społecznej szkodliwości czynu¹⁰. W literaturze

⁸ Por. M.J. Lubelski, *Od kary celowej do słusznej lub zastosowania środka karnego wyznaczonego zasadami słusznej represji karnej – uwagi w przedmiocie ideologii karania, w 80-lecie pierwszej kodyfikacji karnej Polski Odrodzonej*, [w:] *Idee nowelizacji kodeksu karnego*, red. M. Lubelski, R. Pawlik, A. Strzelec, Kraków 2014, s. 31.

⁹ Za takim katalogiem zasad sądowego wymiaru kary opowiedzieli się w szczególności: Z. Sienkiewicz; por. Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne...*, s. 390, jak również V. Konarska-Wrzosek; por. V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru kary...*, s. 51–52 oraz J. Wojciechowska; por. J. Wojciechowska, [w:] E. Bienkowska et alia, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 915–917.

¹⁰ K. Buchała, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz do art. 1–116 kodeksu karnego*, Kraków 2001, s. 381–382.

przedmiotu nie zabrakło również i takich propozycji interpretacyjnych, w których wyraźnie zdystansowano się od próby zaszeregowania określonej regulacji kodeksowej do kategorii zasad bądź dyrektyw sądowego wymiaru kary. Przykładem w tym zakresie może być wymijająca interpretacja „stopnia społecznej szkodliwości czynu”, zgodnie z którą niesamodzielność tego wskazania w procesie sądowego wymiaru kary sprowadzałaby jego rolę do współwyznaczenia stopnia winy oraz do przeciwdziałania orzekaniu zbyt łagodnych środków¹¹. Ponadto należy również zaznaczyć, że w piśmiennictwie pojawiły się poglądy kwestionujące znaczenie niektórych zasad w procesie sądowego rozstrzygnięcia o karze i innych środkach reakcji penalnej. Przykładowo, zdaniem M. Lubelskiego, zasada zaliczania rzeczywistego pozbawienia wolności na poczet orzeczonego środka reakcji karnej odnosi się w istocie do samej kwestii „pryncypiów kary”, natomiast zasada oznaczoności kar i środków karnych stanowi, w ocenie autora, przykład generalnej zasady odpowiedzialności karnej¹².

Warto również wspomnieć, że niektóre zasady, relewantne z punktu widzenia problematyki wymiaru kary, wynikają wprost z regulacji ustawy zasadniczej, a jeszcze inne z postanowień ratyfikowanych umów międzynarodowych. Wśród zasad posiadających legitymację konstytucyjną wypadałoby zaś w szczególności wymienić: zasadę poszanowania przyrodzonej i niezbywalnej godności człowieka (art. 30 Konstytucji), zasadę zakazującą stosowania tortur oraz okrutnego traktowania (art. 40 Konstytucji), zasadę równego traktowania przez władze publiczne (art. 32 ust. 2 Konstytucji)¹³, zasadę pro-

¹¹ W. Wróbel, [w:] G. Bogdan et alia, *Kodeks karny. Część ogólna, t. 1, Komentarz do art. 1–116 K.K.*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 692. Zaprezentowane przez autora stanowisko zostało ocenione przez T. Kaczmarek jako: „[...] niejasne, zaś sam wywód na tyle pokrętny, iż na jego podstawie nie da się ustalić bez szklanki whisky sensownej odpowiedzi na kluczowe pytanie o to, co stanowić i wyznaczać miałyby odpowiedniość i współmierność kary do czynu – pod względem jej wysokości i rodzaju”. W konkluzji T. Kaczmarek stwierdził, że w istocie żadna z ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary nie posiada charakteru samodzielnego, autonomicznego, chyba że „autonomiczność” będzie rozumiana jako „samodzielność” dawniej sfederowanych republik radzieckich. Por. T. Kaczmarek, [w:] Z. Cwiąkański et alia, *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary, t. 5*, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 202.

¹² M. Lubelski, *Zasady i dyrektywy wymiaru kary (rozstrzygnięć o karze i środkach karnych) – próba ujęcia systemowego*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesora Marii Szewczyk*, red. W. Górski, P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka, Warszawa 2013, s. 251–252.

¹³ Sąd Najwyższy stwierdził, że: „[...] przestrzeganie zasady równości wobec prawa wymaga podobnego traktowania w podobnej sytuacji, a więc podobnego wymiaru kary za podobne, popełnione w podobnych okolicznościach przestępstwo – zwłaszcza gdy brak okoliczności uzasadniających znaczne jej zróżnicowanie”. Por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 28 lutego 1995 r., III KRn 211/94, „Prokuratura i Prawo. Dodatek orzecznictwo” 1995, nr 7–8, poz. 2; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dn. 30 maja 2000 r., 89/00, Legalis nr 52151; „Nie do przyjęcia jest twierdzenie autora apelacji jakoby fakt, że oskarżony jest cudzoziemcem, zasługiwał na szczególne potępienie i powinien implikować przykładowe ukaranie. Tego rodzaju »obostrzenie« kary nie znajduje żadnego uzasad-

porcjonalności w ograniczaniu korzystania z konstytucyjnych praw i wolności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Niewątpliwie wysoka ranga wskazanych zasad przemawiała za słusznością poglądu, propagującego potrzebę dostrzeżenia ich konkretyzującego wpływu na ostateczny wymiar kary¹⁴.

Z dotychczasowych ustaleń wynika zatem, że *de facto* zróżnicowany stopień generalizacji zasad przemawia za dokonaniem ich podziału na: 1) zasady ogólnoustrojowe, nazywane także konstytucyjnymi, które odnoszą się nie tylko do problematyki sądowego wymiaru kary, lecz także do zagadnień pozostających w optyce innych dziedzin prawa oraz 2) zasady *stricte* związane z sądowym wymiarem kary, wynikające z przepisów kodeksu karnego¹⁵.

Drugą, obok zasad sądowego wymiaru kary, podstawową grupę czynników odpowiedzialnych za zawężenie swobody sędziowskiej stanowią – zawarte w rozdziale VI kodeksu karnego – dyrektywy. Ich normatywne brzmienie pozwoliło przy tym zauważyć, że wykazują one wyraźne zabarwienie celowościowe. Za ich pośrednictwem wskazano bowiem na pewien stan rzeczy, do którego powinien zmierzać podmiot stosujący prawo¹⁶. Jak można przypuszczać, spodziewanym efektem, wynikającym z dokonania prawidłowego – czyli przede wszystkim dostosowanego do indywidualnego przypadku – zrelacjonowania kary do zawartych w kodeksie karnym drogowskazów¹⁷ jej wymiaru, powinno być dokonanie sprawiedliwego rozstrzygnięcia w danej sprawie.

Kodeksowe dyrektywy sądowego wymiaru kary nie posiadają przy tym jednolitego charakteru. Dostrzegając ich wewnętrzne zróżnicowanie,

nienia w obowiązujących przepisach k.k. i jest sprzeczne nie tylko z dyrektywami wymiaru kary, ale także z elementarnym poczuciem sprawiedliwości i równości wszystkich wobec prawa"; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 2 marca 2004, II AKa 31/04, KZS 2004, nr 3, poz. 20 – „Skoro dla oznaczenia wymiaru kary zasadnicze znaczenie ma stopień społecznej szkodliwości czynu przestępczego, to zachowania mniej szkodzące społeczeństwu powinny być karane łagodniej, odpowiednio do ich treści materialnej. Gdy sprawcy i ich ofiara żyją poza społeczeństwem, to ich porachunki są mało znaczące dla społeczeństwa, a przeto przestępstwo między nimi popełnione nie musi być karane tak samo surowo, jak popełnione na szkodę członka społeczeństwa”.

¹⁴ M. Królikowski, S. Zółtek, [w:] M. Błaszczuk et alia, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116*, t. 2, red. M. Królikowski i R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 258 i n.; por. także J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2007, s. 387–388; W. Wróbel, *op. cit.*, s. 660 i n.

¹⁵ J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny...*, s. 387–388.

¹⁶ M. Cieślak stwierdził, że: „Pojęcie celu [kary – dop. moje] jest ścisłym odpowiednikiem – jak gdyby projekcją – pojęcia skutku w sferze psychiki tego, kto posługuje się danym urządzeniem celowym – w sferze jego świadomości, pragnień i woli. Cel – to skutek, do którego dąży podmiot działający i który wyznacza do spełnienia narzędziom, którymi się posługuje”. M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2, s. 202; por. także R. Kaczor, *Uwagi o celach kary na tle art. 53 § 1 kodeksu karnego*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2002, t. 10, s. 37.

¹⁷ K. Buchała, *Dyrektywy sądowego...*, s. 16.

w doktrynie prawa karnego opowiedziano się za wyróżnieniem ogólnych oraz szczególnych dyrektyw sądowego wymiaru kary. Do pierwszej kategorii większość przedstawicieli nauk penalnych zaliczyła: dyrektywę stopnia winy, dyrektywę stopnia społecznej szkodliwości czynu, dyrektywę prewencji szczególnej oraz dyrektywę prewencji ogólnej¹⁸.

Przedstawiona klasyfikacja ogólnych dyrektyw nie uzyskała, podobnie jak wspomniane powyżej zasady, jednomyślnej akceptacji w literaturze przedmiotu. Pojawiające się w tym zakresie kontrowersje wynikały m.in. ze sposobu rozumienia istoty dyrektyw, które ustawodawca kieruje pod adresem organu stosującego prawo. Na tej podstawie podnoszono m.in., że jedynie uznanie kodeksowego ujęcia stopnia winy – jako przykładu formuły zawężającej „kierunkowo” luz decyzyjny – pozwoli przyjąć, iż zakaz nieprzekraczania przez sąd stopnia winy sprawcy wpisuje się w istotę dyrektyw sądowego wymiaru kary¹⁹.

Zaakcentowaną powyżej rozbieżność poglądów potwierdziło również inne stanowisko, w którym z kolei opowiedziano się za możliwością wyróżnienia tylko dwóch dyrektyw sądowego wymiaru kary – dyrektywy prewencji szczególnej i ogólnej²⁰. W orzecznictwie przekonywano bowiem, że: „Treść przepisu art. 53 § 1 i 2 k.k. daje podstawę do formułowania dwóch ogólnych dyrektyw wymiaru kary, a mianowicie dyrektywy prewencji indywidualnej i dyrektywy prewencji generalnej. Na tle ww. przepisu – jak dalej zaznaczono – można też sformułować następujące zasady sądowego wymiaru kary: zasadę swobodnego uznania sądu w granicach ustawy odnośnie [do] rodzaju i rozmiaru orzeczonej kary, zasadę indywidualizacji kar, zasadę winy oraz społecznej szkodliwości czynu”²¹. W niniejszej wypowiedzi nawiązano tym samym do dawnych poglądów, które prezentowano w okresie obowiązywania kodeksu karnego z 1969 r. Pominięcie przy klasyfikacji ogólnych dyrektyw – stopnia społecznej szkodliwości czynu (dawniej

¹⁸ Por. w szczególności Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne...*, s. 393 i 402; V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektywy wyboru kary...*, s. 105–113.

¹⁹ J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny...*, s. 394–395.

²⁰ K. Buchała, *Ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary w projekcie k.k.*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 2, s. 310.

²¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 15 lutego 2013 r., II AKa 367/12, Legalis nr 739627. O „zasadzie winy” mowa również w wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dn. 12 września 2012 r., II AKa 247/12, w którym *expressis verbis* stwierdzono, że: „Zasada winy pełni funkcję legitymującą odpowiedzialność karną, ale i limitującą wysokość kary, która nie może przekraczać stopnia winy. Ustalając zaś ów stopień winy, sąd uwzględnia zarówno przesłanki zarzucalności (zdolności do zawinienia, możliwości rozpoznania bezprawności czynu i sytuację motywacyjną), jak i stosunek sprawcy do popełnionego czynu, czyli dokonuje oceny jego zamiaru i motywu, którymi się kierował oraz sposobu działania”. Z kolei w innych orzeczeniach stwierdzono natomiast, że: „Najważniejszą dyrektywą wymiaru kary jest, aby jej dolegliwość nie przekraczała stopnia winy [...]”. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dn. 17 listopada 1999 r., II AKa 183/99, OSA 2000, nr 4, poz. 25.

społecznego niebezpieczeństwa czynu) uzasadniano wówczas zamiarem uniknięcia zbędnych powtórzeń w zakresie oceny wspomnianej właściwości czynu, która – jak argumentowano – została już uwzględniona (pomiimo że w sposób abstrakcyjny) w ustawowym wymiarze kary²². Natomiast potrzebę wyeliminowania stopnia winy ze wspomnianego katalogu dyrektyw wymiaru kary motywowano ramowym charakterem wspomnianego czynnika, który z uwagi właśnie na tę cechę wpisywał się w – przyjmowaną w doktrynie przedmiotu – definicję zasad sądowego wymiaru kary²³.

Ponadto w literaturze przedmiotu pojawiły się również opozycyjne – wobec przedstawionych – poglądy, propagujące rozszerzenie katalogu ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary. Przykładowo, w ocenie L. Gardockiego wynikająca z przepisów kodeksowych zasada humanitaryzmu (art. 3 k.k.) nie tylko zasługiwała na status jednej z dyrektyw, lecz także na uznanie jej wręcz za najważniejsze (z perspektywy teoretycznej) wskazanie dla sądowego wymiaru kary²⁴. Z kolei w przekonaniu innych autorów katalog ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary wymagałby także uzupełnienia o równie dyrektywalne zadośćuczynienie pokrzywdzonemu w wyniku popełnionego przestępstwa²⁵.

Zasygnalizowana powyżej problematyczna typologia ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary nie wyczerpuje wszystkich, zgłaszanych w tym zakresie, kontrowersji interpretacyjnych. Nie aspirując do ich szczegółowego omówienia w ramach niniejszego opracowania, należałoby jednak w tym miejscu wspomnieć, że oscylują one nie tylko wokół trudności związanych z wykładnią wspomnianych wskazań, lecz także dotyczą samej kwestii ich przydatności oraz samodzielności w procesie sądowego wymiaru kary²⁶. Warto również nadmienić, iż nierozwiązaną kwestią w tej materii pozostaje także możliwość wskazania dyrektywy wiodącej. Mając zaś na uwadze wiele różnych stanowisk, jakie w tym zakresie wyrażono w piśmiennictwie, wydaje się, że relacje między ogólnymi dyrektywami sądowego wymiaru kary trudno rozpatrywać w układzie hierarchicznej nadrzędności i podrzędności, pozwalającym na wyodrębnienie dyrektywy dominującej²⁷. Wynikające stąd przekonanie o równoważnym ich charakte-

²² *Ibidem*.

²³ K. Buchała, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 417.

²⁴ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 187.

²⁵ W. Wróbel, *op. cit.*, s. 690; por. także J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 481.

²⁶ Z nowszych opracowań por. m.in. T. Kaczmarek, *Problem indywidualizacji wymiaru kary sprawiedliwej i celowej*, [w:] *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, red. J. Majewski, Warszawa 2014, s. 9 i n.

²⁷ W doktrynie prawa karnego nie wyrażono jednolitego poglądu, pozwalającego na ustalenie hierarchii ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary. Prezentowane zaś w tym zakresie stano-

rze znajduje zresztą potwierdzenie już w samej redakcji art. 53 § 1 k.k., w której nie dostrzega się zwrotów językowych (np. „przede wszystkim”), przemawiających za preponderancją którejkolwiek z nich. Ponadto należy w tym miejscu nadmienić, że nawet wskazanie przez ustawodawcę dyrektywy priorytetowej oznacza w praktyce, że będzie ona *de facto* stanowiła jeden z elementów wśród szeregu innych wskazań, relewantnych z punktu widzenia procesu wymiaru kary²⁸.

W tym kontekście wypada zatem stwierdzić, że autorzy ostatniej nowelizacji do kodeksu karnego zbyt optymistycznie ocenili rangę art. 85a k.k., sugerując, że przepis ten zawiera dyrektywy wymiaru kary łącznej²⁹. Zgodnie z jego treścią: „Orzekając karę łączną, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim cele zapobiegawcze i wychowawcze, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego, a także potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa”³⁰. Wprowadzenie do kodeksu karnego art.

wiska pozwoliły zauważyć, iż niektórzy autorzy opowiedzieli się za dominującym znaczeniem dyrektywy stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz stopnia winy. Inni natomiast uznali prymat dyrektywy indywidualnoprewencyjnej. Ponadto w literaturze przedmiotu zaproponowano również kompromisowe rozwiązanie niniejszego problemu, abstrahując w nim od nadania in abstracto wiodącej roli którejkolwiek z ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary. Por. przede wszystkim: T. Kaczmarek, *Teoretyczne i praktyczne aspekty...*, s. 26 i n.; zob. także J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczynska, G. Łabuda, *Kodeks karny...*, s. 389–390; Z. Sienkiewicz, *Społeczne niebezpieczeństwo czynu...*, s. 95–96 oraz lit. tam podana, a także wyrok Sądu Najwyższego z dn. 11 maja 1972 r., Rw 331/71, OSNKW 1972, nr 9, poz. 145.

²⁸ W kontekście art. 54 § 1 k.k. zob. w szczególności wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 12 października 2000 r., II Aka 168/00, KZS 2000, nr 11, poz. 40; por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 10 lutego 2000 r., II Aka 22/2000, „Prokuratura i Prawo. Dodatek orzecznictwo” 2000, nr 7–8, poz. 22, w którym stwierdzono, że wynikająca z art. 54 § 1 k.k. supremacja dyrektywy indywidualnoprewencyjnej: „[...] nie eliminuje jednak wymagania wymierzenia takiej kary, która odpowiadałaby stopniowi winy sprawcy i stopniowi społecznej szkodliwości czynów mu przypisanych i zdolna byłaby osiągnąć cele w zakresie prewencji indywidualnej, jak i generalnej, rozumianej jako kształtowanie świadomości prawnej społeczeństwa”. Por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dn. 16 lutego 2006 r., II Aka 16/06, KZS 2007, nr 5, poz. 54; postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 4 maja 2005 r., II KK 454/04, LEX nr 149647; postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 7 września 2006 r., II KK 118/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1696; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 29 maja 2008 r., II Aka 120/08, LEX nr 466458; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 29 maja 2008 r., II Aka 120/08, LEX nr 466458; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 8 listopada 2012 r., II Aka 200/12, KZS 2013, nr 2, poz. 47.

²⁹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2393 z 15.05.2014 r., <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>>, s. 22 [dostęp 10.07.2015 r.].

³⁰ Niezależnie od powyższej regulacji warto wspomnieć, że jeszcze przed wprowadzeniem do kodeksu karnego art. 85a, określającego *expressis verbis* dyrektywy wymiaru kary łącznej, przyjmowano, iż stopień winy i społecznej szkodliwości poszczególnych przestępstw nie powinny być w tym zakresie brane pod uwagę. W podniesionej argumentacji przekonywano bowiem, że dyrektywy te zostały już w istocie uwzględnione przy wymiarze kar jednostkowych, a ponowne kierowanie się nimi oznaczałoby dwukrotne osądzenie tego samego czynu. Zob. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 25 października 1983 r., IV KR 213/83, OSNKW 1984, nr 5–6, poz. 65; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 26 lipca 2007 r., II Aka 186/07, Legalis nr 90157; wyrok Sądu Apelacyjnego w

85a, regulującego ustawowe wskazania wymiaru kary łącznej, nie sposób jednak uznać za rozwiązanie całościowe. Priorytetowe znaczenie celów indywidualno- oraz ogólnoprewencyjnych nie zwalnia *verba legis* od uwzględnienia innych wskazań wymiaru kary łącznej. Rola tych ostatnich przedstawia się przy tym inaczej, w zależności od tego, czy mamy do czynienia z „klasycznym” modelem kary łącznej, czy też z przypadkami, gdy kara łączna jest orzekana w trybie wyroku łącznego na podstawie wcześniej orzeczonych wobec sprawcy kary lub kar łącznych³¹.

Przechodząc z kolei do problematyki szczególnych dyrektyw sądowego wymiaru kary³², należy w pierwszej kolejności zauważyć, że zdecydowana większość autorów przychyliła się do kompromisowego stanowiska, iż wymienione determinanty sądowego wymiaru kary posiadają ograniczony zakres zastosowania. Ich uwzględnienie staje się bowiem możliwe dopiero wówczas, gdy zaistnieją ku temu ustawowe przesłanki. Wyraźnie zróżnicowany charakter tych wskazań pozwala przy tym dostrzec, że niektóre z nich zostały ustanowione z myślą o karaniu: 1) określonych kategorii sprawców, 2) z wykorzystaniem określonych rodzajów kar, albo ich wariantów, jak również 3) za czyny zabronione o określonym ciężarze gatunkowym. Do pierwszej grupy przepisów należą regulacje, o których mowa odpowiednio w art.: 64 k.k., 65 k.k., 57a k.k., 10 § 2 i 3 k.k., 10 § 4 k.k. oraz 54 § 1 k.k. Dyrektywy należące do pozostałych dwóch grup są z kolei określane mianem wskaźników służących racjonalizacji represji karnej. W ramach tej kategorii wymienia się zaś: dyrektywę nakazującą traktowanie bezwzględnej kary pozbawienia wolności (nieprzekraczającej 5 lat) jako *ultima ratio* (art. 58 § 1 k.k.), dyrektywę pozwalającą na samoistne orzekanie środka karnego, przepadku lub środka kompensacyjnego w przypadku przestępczości o niedużym ciężarze gatunkowym (art. 59 k.k.), dyrektywę zobowiązującą do umorzenia postępowania karnego w przypadku przestępstw o niedużym

Rzeszowie z 14 marca 2013 r., II AKA 16/13, Legalis nr 734853; por. także M. Szewczyk, *Kara łączna w polskim prawie karnym*, Kraków 1981, s. 85–86; por. także K. Buchała, *Wymiar kary łącznej*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 1, s. 60 i n.; por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 18 kwietnia 1991 r., II AkR 33/91, KSZ nr 4, poz. 9 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dn. 28 listopada 1990 r., II KR 61/90, OSP 1991, nr 11, poz. 292; por. również J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny...*, s. 395–396; J. Giezek, *Dyrektywy wymiaru kary łącznej* [w:] *Dyrektywy sądowego wymiaru kary*, red. J. Majewski, Warszawa 2014, s. 49–64; A. Barczak-Oplustil, *Dyrektywy wymiaru kary łącznej*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górowski, P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka, Warszawa 2013, s. 462 i n.

³¹ Por. P. Kardas, *Kara łączna i ciąg przestępstw*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015*, Kraków 2015, red. W. Wróbel, s. 622–636.

³² Warto przy tym nadmienić, że niektórzy autorzy nie posługują się wskazanym określeniem, lecz używają zwrotu „zalecenia szczegółowe dotyczące wymiaru kary”. Jeszcze inni zaś twierdzą, że charakter szczególnych dyrektyw sądowego wymiaru kary posiadają regulacje wynikające z art. 53 § 2 i 3 k.k. Zob. Z. Sienkiewicz, [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne...*, s. 402.

ciężarze gatunkowym w razie naprawienia szkody lub zadośćuczynienia wyrządzonej krzywdzie (art. 59a k.k.), dyrektywę pozwalającą na orzekanie grzywny obok kary pozbawienia wolności (art. 33 § 2 k.k.), dyrektywę nakazującą uwzględnianie przy ustalaniu stawki dziennej grzywny sytuacji ekonomicznej sprawcy (art. 33 § 3 k.k.), dyrektywę zakazującą orzekania kary dożywotniego pozbawienia wolności wobec sprawcy, który w chwili popełnienia czynu nie miał ukończonych 18 lat (wyrażonym w art. 54 § 2 k.k.), dyrektywę zakazującą orzekania kary ograniczenia wolności związanej z obowiązkiem wykonywania pracy na cele społeczne (art. 58 § 2a k.k.)³³. W kontekście powyższej klasyfikacji należałoby jednocześnie zaznaczyć, że wspomniane dyrektywy są najczęściej dyrektywami wyboru określonego środka reakcji penalnej, rzadziej natomiast dyrektywami wymiaru, czy też jednocześnie dyrektywami wyboru i wymiaru³⁴.

W tym miejscu wypada również nadmienić, iż powyższy katalog szczególnych dyrektyw sądowego wymiaru nie posiada charakteru zamkniętego. Przykładowo, zdaniem M. Lubelskiego, listę dyrektyw szczególnych uzupełniają jeszcze inne kodeksowe rozwiązania, oferujące (poza już wymienionymi) zaostrzenie czy łagodzenie wymierzanej kary (m.in. taki status nadano normom wynikającym z art. 69 § 4 k.k., jak również 60 § 1 k.k.)³⁵. Wyrażony jednocześnie przez autora pogląd o dynamice rozwojowej szczególnych dyrektyw sądowego wymiaru kary, które – jak dodatkowo podkreślono – erygują nową rzeczywistość karną³⁶, nakazywałby więc w dalszej kolejności zastanowić się nad dyrektywalnym statusem najnowszych regulacji karnomaterialnych³⁷.

Odnosząc powyższe uwagi do treści art. 37a k.k., należy zauważyć, że w ocenie autorów nowelizacji: „[...] przepis ten stanowi dyrektywę sądowego wymiaru kary, która skłania sądy do orzekania zamiast kary pozbawienia wolności kar wolnościowych”³⁸. Stanowisko to może jednak wzbudzać pewne wątpliwości. Już bowiem sama alokacja tego rozwiązania *prima facie* podpowiada, że przepis ten nie został umiej-

³³ V. Konarska-Wrzosek, [w:] Z. Cwiakalski et alia, *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, t. 5, red. T. Kaczmarek, Warszawa 2015, s. 287–289.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ M. Lubelski, *Zasady i dyrektywy wymiaru kary (rozstrzygnięć o karze i środkach karnych) – próba ujęcia systemowego*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szweczyk*, red. W. Górowski, P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka, Warszawa 2013, s. 249–250.

³⁶ *Ibidem*, s. 255.

³⁷ Ustawa z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 396.

³⁸ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2393 z 15.05.2014 r., <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>>, s. 13 [dostęp 10.07.2015 r.].

scowiony wśród regulacji poświęconych *verba legis* wymiarowi kary. Ponadto wspomniana regulacja nie wpisuje się w tradycyjną istotę dyrektyw wyboru konsekwencji, które wskazując na pewien kierunek orzekania sądu, ograniczają *de facto* jego swobodę. Norma wynikająca z brzmienia art. 37a k.k. nie zawiera bowiem żadnych wskazówek, którymi sąd miałby się kierować, wymierzając konkretną co do rodzaju i wysokości karę, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że w żaden sposób nie zawęży ona tzw. luzu decyzyjnego³⁹. Wobec powyższego należało tym samym raz jeszcze zastanowić się nad charakterem tej regulacji. Poszukując odpowiedzi na to pytanie, trudno byłoby zaś zgodzić się z poglądem, iż wspomniana regulacja stanowi przykład ustawowej dyrektywy wymiaru kary⁴⁰. Takie ujęcie wydaje się niewątpliwie zaskakujące, gdyż w praktyce oznaczałoby bowiem, że – zamiast do sądu – ustawodawca sam do siebie kieruje dyrektywę wymiaru kary, bez wskazania zresztą możliwości, w jaki sposób miałyby przebiegać jej realizacja w tym procesie⁴¹.

Przedstawione zastrzeżenia skłaniają tym samym do wniosku, że rozważana regulacja kodeksowa wpisuje się w standardy tych rozwiązań, które prowadzą do modyfikacji ustawowego zagrożenia⁴². Należy bowiem podkreślić, że przewidziana w nim możliwość wymierzenia sprawcy kary zamiennej zupełnie pomija kwestię racjonalizujących ten wymiar uwarunkowań⁴³.

Podobne wątpliwości można by również wysunąć pod adresem art. 37b k.k., który – zgodnie z Uzasadnieniem – zawiera (bliżej nieskonkretyzowaną oraz merytorycznie wątpliwą) „ustawową” dyrektywę wymiaru kary⁴⁴. Umieszczenie tego przepisu, jak i brak jakiegokolwiek odwołania do przesłanek wymiaru kary na jego podstawie skłaniają w konsekwencji do wniosku, że także ta norma nie wpisuje się w standardy natury dyrektywnej⁴⁵.

³⁹ J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych oraz możliwości wyboru rodzaju wymierzonej kary*, „Palestra” 2015, nr 7–8, s. 28 i 35.

⁴⁰ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 327.

⁴¹ Ibidem, s. 30

⁴² M. Małecki, *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 289

⁴³ J. Giezek, *O sankcjach alternatywnych...*, s. 29.

⁴⁴ *Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2393 z 15.05.2014 r.*, <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>>, s. 12 [dostęp 10.07.2015 r.].

⁴⁵ Odmienny pogląd w tym zakresie zaprezentował A. Zoll, stwierdzając, że art. 37a k.k. stanowi przykład dyrektywy sądowego wymiaru kary. W ocenie autora regulacja ta wyraża – wprawdzie odmienną niż w art. 60 k.k. – postać nadzwyczajnego złagodzenia kary. A. Zoll, *Środki reakcji karnej na przestępstwo na gruncie nowelizacji Kodeksu karnego z 2015 r.* – referat wygłoszony na IV Krakowskim Forum Karnistycznym, 30.06.2015 r. – <<http://www.czpk.pl/index.php/wideo/krakowskie-forum-karnistyczne>> [dostęp 17.07.2015 r.].

Zaprezentowany punkt widzenia skłaniałby zatem do wniosku, iż *de lege ferenda* kara zamienna oraz – niefortunnie określana – kara mieszana⁴⁶ potrzebowałaby w istocie wypracowania właściwych (a przynajmniej priorytetowych) dla nich dyrektyw sądowego wymiaru kary.

Wątpliwości interpretacyjne pojawiają się również w zakresie regulacji art. 59a k.k.⁴⁷ Przepis ten wprawdzie został umieszczony w rozdziale określającym ustawowe wskazania wymiaru kary, to jednak jego alokacja nie przesądza o braku zastrzeżeń co do jego charakteru prawnego. W uzasadnieniu projektu nowelizacyjnego stwierdzono, że rozwiązanie to stanowi przykład „instytucji sprawiedliwości naprawczej”, umożliwiającej konsensualne załatwienie sprawy między pokrzywdzonym a sprawcą⁴⁸. W literaturze przedmiotu stwierdzono z kolei, że treść art. 59a k.k. wyraża okoliczność uzasadniającą „zanik potrzeby karania”⁴⁹. Poza tym nie zabrakło również stanowisk przekonujących, że rozwiązanie to wpisuje się w istotę okoliczności wyłączających ukaranie sprawcy (co w konsekwencji pozwalałoby na zastosowanie wobec sprawcy art. 100 k.k.)⁵⁰. Ponadto w doktrynie opowiedziano się także za dyrektywalnym statusem tego rozwiązania, podnosząc – jako uzasadnienie – względną obligatoryjność stosowania jego przepisów⁵¹. Jak można przypuszczać, w niniejszym stanowisku dostrzeżono nie tylko samą alokację art. 59a k.k., lecz także znaczenie § 3 niniejszego przepisu, przesądzającego o potrzebie uwzględnienia celów kar przy jego stoso-

⁴⁶ M. Małecki, *op. cit.*, s. 296–298.

⁴⁷ Szerzej na temat tej instytucji zob. m.in. A. Lach, *Umorzenie postępowania karnego na podstawie art. 59a k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 1–2, s. 137 i n.; A. Jezusek, *Tzw. umorzenie konsensualne – węzłowe problemy wiążące się z wykładnią art. 59a k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, nr 4, s. 95 i n.; R.A. Stefański, *Umorzenie restytucyjne – odstępstwem od zasady legalizmu*, [w:] *Zasada legalizmu w procesie karnym*, t. 1, red. B. Dudzik, J. Kosowski, I. Nowikowski, Lublin 2015, s. 423 i n.; M. Kurowski, *Umorzenie postępowania na podstawie art. 59 a k.k.*, [w:] *Polski proces karny i materialne prawo karne w świetle nowelizacji z 2013 roku. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Januszowi Tyłmanowi z okazji Jego 90. urodzin*, red. T. Grzegorzczak, Warszawa 2014, s. 439 i n.; A. Pilch, *Umorzenie kompensacyjne (art. 59a k.k.)*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 321 i n.

⁴⁸ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw druk sejmowy nr 870 z dn. 08.11.2012 r., <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=870>>, s. 133–134 [dostęp 10.07.2015 r.]; Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw druk sejmowy nr 2393 z 15.05.2014 r., <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>>, s. 29 [dostęp 10.07.2015 r.].

⁴⁹ J. Majewski, *Umorzenie postępowania karnego w trybie art. 59a k.k. a działania obrońcy*, [w:] *Obrońca i pełnomocnik w procesie karnym po 1 lipca 2015 r. Przewodnik po zmianach*, red. P. Wiliński, Warszawa 2015, s. 171.

⁵⁰ A. Jezusek, *Tzw. umorzenie konsensualne – węzłowe problemy wiążące się z wykładnią art. 59a k.k.*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2014, nr 4, s. 118.

⁵¹ V. Konarska-Wrzosek, [w:] Z. Cwiąkałski *et alia*, *System Prawa Karnego. Nauka o karze...*, s. 287–289.

waniu⁵². Za pośrednictwem tej przesłanki dochodzi więc do kierunkowego zawężenia tzw. luzu decyzyjnego, co w konsekwencji odpowiadałoby istocie regulacji natury dyrektywnej⁵³. Argumentacja ta jednak nie neutralizuje zasygnalizowanych kontrowersji, które wynikają z *de facto* bardziej karno-procesowego niż materialnoprawnego charakteru omawianego przepisu⁵⁴. Wydaje się bowiem, że nawet przy założeniu o braku jednoznacznego podziału na instytucje czysto materialne i czysto procesowe trudno oprzeć się wrażeniu, że rozwiązanie z art. 59a k.k. wykazuje wyraźnie proceduralne konotacje, przewidując w swej treści samodzielną podstawę bezwarunkowego umorzenia postępowania.

Podsumowując w tym miejscu pierwszą część przygotowanego opracowania⁵⁵, należy zauważyć, że: a) problematyka sądowego wymiaru kary stanowi nadal aktualny problem badawczy dla polskiej myśli penalnej; b) tradycyjny podział na zasady oraz dyrektywy sądowego wymiaru kary okazał się trafnym zabiegiem, co jednak nie przesądziło o zgodności poglądów, które wskazania przynależą do wymienionych kategorii; c) nowym rozwiązaniem kodeksowym, związanym z wymiarem kary (zwłaszcza art. 37a k.k. oraz art. 37b k.k.), trudno nadać – przede wszystkim z uwagi na ich czysto abstrakcyjny charakter – dyrektywalny status.

⁵² Warto w tym miejscu jednak nadmienić, że w licznych orzeczeniach wyraźnie stwierdzono, że szczególna dyrektywa wymiaru kary wobec sprawców młodocianych, o której mowa w art. 54 § 1 k.k., nie zwalnia w istocie od uwzględnienia pozostałych wskazań sądowego wymiaru kary. Ponadto zwrócono także uwagę, że jej obligatoryjny charakter nie koliduje z zasadą swobody sędziowskiej. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 12 października 2000 r., II AKA 168/00, KZS 2000, nr 11, poz. 40; por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 20 stycznia 2010 r., II AKA 2152/09, KZS 2010, nr 2, poz. 33; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 22 listopada 2012 r., II AKA184/12, LEX nr 1264353; wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dn. 31 stycznia 2013 r., II AKA 254/12, LEX nr 1298865. Stąd też wydaje się, że bardziej racjonalne (dla uniknięcia ewentualnych nieporozumień i niepotrzebnych sporów) byłoby *de lege ferenda* postulować zamiast słów w art. 59a § 1 k.k. „umarza się” na rzecz „może umorzyć”. Pozwoliłoby to tym samym na rezygnację z w istocie dekoracyjnego § 3 niniejszego przepisu. Por. także przypis 27. Na temat wątpliwości co do zwrotu „umarza się” – por. A. Lach, *Ocena projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, Kodeks karny i niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 870 z 8 listopada 2012 r.)*, <orka.sejm.gov.pl/RexDomk7.nsf/0/.../\$file/i273-13A.rtf>, s. 10 [dostęp 17.07.2015 r.]. W ocenie autora: „Z jednej strony zmniejszając dyskrejonalność organów procesowych pozwala to zminimalizować ryzyko nierównego traktowania oskarżonych, z drugiej jednak odbiega od fakultatywności stosowania pokrewnych instytucji (art. 11 k.p.k., art. 66 k.k.)”.

⁵³ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1972, s. 222 i n.

⁵⁴ Rozważając charakter prawny niniejszej instytucji, R. Koper stwierdził, że jest on: „[...] dość złożony, a istota tej regulacji opiera się na rozwiązaniach nowatorskich, w określonym zakresie interesujących i wartościowych, ale też w określonej części dyskusyjnych”. R. Koper, *Istota i charakter prawny regulacji określonej w art. 59a k.k.*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 1, s. 105.

⁵⁵ Pełne podsumowanie przeprowadzonych rozważań nastąpi w drugiej części opracowania.



A B S T R A C T

The purpose of this article is to discuss the code determinants concerning judicial degrees of punishment. The first part of this paper discusses the basic division of statutory determinants for judicial decisions concerning the degree of punishment which allows us to distinguish its rules and directives. The analysis includes also a reference to new criminal law solutions (Article 37a of the Polish Penal Code, Article 37b *ibid.*, Article 59a *ibid.*), the presence of which in the Penal Code requires to take a position as to their possible, directive status.

*Kodeksowe uwarunkowania sądowego
wymiaru kary – próba klasyfikacji. Część II*

*Code Determinants for the Judicial Degrees
of Penalty – an Attempt of Classification.
Part II*

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

Niniejszy artykuł stanowi kontynuację podjętego uprzednio wątku, związanego z klasyfikacją kodeksowych uwarunkowań sądowego wymiaru kary. W drugiej części opracowania nawiązano bezpośrednio do treści ustawowych regulacji, wynikających z brzmienia art. 53 § 2 i 3 k.k. Ponadto odrębną uwagę poświęcono nowemu brzmieniu art. 56 k.k., który wyłącza stosowanie większości przepisów kodeksowych, związanych z wymiarem kary (tj. art. 53, art. 54 § 1 oraz art. 55 k.k.) w stosunku do obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę.

Niniejsze opracowanie stanowi kontynuację rozważań nad problematyką uwarunkowań sądowego wymiaru kary. Podejmując dalsze analizy w tym zakresie, uznano, że na odrębną uwagę zasługują także kodeksowe rozwiązania zawarte w art. 53 § 2 i 3 k.k. oraz regulacja art. 56 k.k. w zakresie, w jakim wyłącza ona zasadniczo stosowanie reżimu prawnokarnego w stosunku do obowiązku naprawienia szkody oraz zadośćuczynienia za doznaną krzywdę¹.

W odniesieniu do pierwszego z wyróżnionych przepisów – art. 53 § 2 k.k. – wypada w pierwszej kolejności zaznaczyć, że w uzasadnieniu do projektu kodeksu karnego wyraźnie stwierdzono, iż nowy kodeks karny nie wprowadził katalogu okoliczności obciążających i łagodzących, porzeczając jedynie na wymienieniu najważniejszych, a przy tym wyraź-

¹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. poz. 396; por. przypis 43.

nie ambiwalentnych czynników, które sąd powinien uwzględnić w procesie wymiaru kary². Rezygnacja ze wspomnianego podziału, bliska zresztą tradycji poprzednich kodyfikacji karnych³, wynikała – jak można przypuszczać – nie tylko z zaufania do kompetencji sędziowskich⁴, lecz także z przekonania, że nie sposób byłoby – z pewnymi wyjątkami – uznać *a priori*, że taka czy inna okoliczność jest bezwzględnie obciążająca czy łagodząca⁵. Z kolei brak enumeratywnego wyróżnienia wspomnianych okoliczności stanowił – jak można przypuszczać – następstwo faktycznej niemożności oraz merytorycznej nietrafności ujęcia ich w katalog *numerus clausus*⁶. Użyty w tekście ustawy zwrot „w szczególności” świadczy więc o tym, że sąd może również uwzględnić inne, pozakodeksowe wskazania, które pozostawałyby komplementarne wobec innych czynników, istotnych z perspektywy konkretnego wymiaru kary⁷.

Z powyższych ustaleń wynika zatem, że okoliczności wskazane w art. 53 § 2 k.k. nie zostały w nim wyczerpująco wymienione oraz posiadają – zasadniczo⁸ – janusowe oblicze. Oznacza to więc, że jedynie *in concreto* mogą one przemawiać na korzyść bądź na niekorzyść sprawcy. Warto również zaznaczyć, że regulacja art. 53 § 2 k.k. odwołuje się do najbardziej typowych i powtarzalnych czynników, które – jak podkreśla się

² *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniem*, Warszawa, s. 152.

³ „Projekt nie zawiera tzw. katalogu okoliczności obciążających i łagodzących, katalogu przeważnie niewyczerpującego (przykładowego), sporządzonego dla orientacji sądu. Katalog taki, jak wiadomo, zawierają tylko niektóre kodeksy karne państw socjalistycznych. [...] Pominięcie katalogu okoliczności obciążających i łagodzących wynika również z innej przesłanki. Katalog taki bardzo silnie akcentuje »wyważenie« kary jako odpłaty. Wprawdzie Projekt nie neguje tego charakteru kary, jednakże wskazując na inne dyrektywy co do jej wymiaru, stara się zmodyfikować ideę odpłaty względami celowościowymi”. Por. *Projekt kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających*, Warszawa 1968, s. 113. Należy jednak zaznaczyć, że jeszcze projekt z 1963 r. przewidywał odpowiednio w art. 59 i 60 katalog okoliczności obciążających oraz łagodzących przy wymiarze kary. Por. *Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1963, s. 12–13.

⁴ Jako argument przemawiający za rezygnacją z formułowania katalogu okoliczności łagodzących i obciążających podawano także potrzebę szerszego uwzględnienia w wymiarze kary jej celowości. Por. I. Andejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 230.

⁵ Por. W. Wolter, *Zasady wymiaru kary w kodeksie karnym z 1969 r.*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 10, s. 515–516.

⁶ *Ibidem*, s. 515.

⁷ Por. J. Bańa, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 176.

⁸ W piśmiennictwie podkreśla się, że okoliczność popełnienia przestępstwa wspólnie z nieletnim będzie przemawiać na niekorzyść sprawcy. Tam m.in. J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2007, s. 404. Z drugiej jednak strony należy mieć na względzie stanowisko Sądu Najwyższego, w którym podniesiono, że: „Okolicznością obciążającą jest współdziałanie sprawcy, który ukończył 17 lat, z nieletnim, natomiast znaczenie tej okoliczności odpowiednio maleje, jeżeli różnica wieku pomiędzy tym sprawcą a nieletnim jest nieznaczna”. Por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 27 sierpnia 1980 r., V KRN 189/80, ONSKW 1980, nr 10–11, poz. 81.

– „manifestują się niemal w pełnym zestawie na gruncie wszystkich spraw karnych”⁹.

Zdecydowanie więcej rozbieżności wzbudza natomiast wypracowanie jednolitej, a przede wszystkim spójnej nomenklatury, która oddawałaby sens regulacji zawartych w art. 53 § 2 k.k.

Z perspektywy *stricte* normatywnej wypada zauważyć, że o ile kodeks karny z 1969 r. posługiwał się określeniem „wskazówki” dla *sui generis* kwantyfikatorów wymienionych w art. 50 § 2 d.k.k., o tyle obowiązująca ustawa karna nie zawiera żadnych postanowień w tej materii. Ustawodawca milcząco przechodzi bowiem do ich przykładowego wyliczenia, abstrahując tym samym od stosowania jakiegokolwiek terminologii w tym zakresie. Wyraźnego, a przede wszystkim jednolitego stanowiska wobec zasygnalizowanego problemu nie wyrażono także w doktrynie przedmiotu. Najczęściej komentatorzy posługują się zwrotem „okoliczności wpływające na wymiar kary”¹⁰. Niektórzy starają się przy tym podkreślić wagę analizowanych czynników, podnosząc, że są to „istotne” okoliczności w procesie wymiaru kary¹¹, a jeszcze inni natomiast wskazują na ich „faktyczny” charakter¹². W zasygnalizowanej rozbieżności utwierdzają ponadto te stanowiska, w których analizowane wskazania określono mianem dyrektyw szczegółowych¹³, czy też szczegółowych przesłanek wymiaru kary¹⁴. Zdecydowanie bardziej jednoznaczną oraz konsekwentną¹⁵ terminologię w tym zakresie dostrzega się natomiast w poglądach judykatury, w świetle których ustawowe wskazania z art. 53 § 2 k.k. uzyskały

⁹ V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 53 k.k.*, [w:] P. Daniluk et alia, *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis [dostęp 10.07.2015 r.].

¹⁰ Z. Sienkiewicz, [w:] M. Kalitowski et alia, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 2, Gdańsk 1999, s. 94; J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny...*, s. 404; W. Wróbel, [w:] G. Bogdan et alia, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–116 K.K.*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 693.

¹¹ V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru kary w polskim ustawodawstwie karnym*, Toruń 2002, s. 78, J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *op. cit.*, s. 175 i n.

¹² I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *op. cit.*, s. 230.

¹³ Por. J. Wojciechowska, [w:] E. Bieńkowska et alia, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 917; P. Hofmański, L.K. Paprzycki, [w:] M. Bernet et alia, *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2014, s. 245; M. Królikowski, S. Żótek, [w:] M. Błaszczuk et alia, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 32–116*, t. 2, red. M. Królikowski i R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 282.

¹⁴ T. Bojarski, [w:] T. Bojarski et alia, *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2013, s. 172 i n.

¹⁵ Warto jednak nadmienić, że w judykaturze stosuje się również inną nomenklaturę w tym zakresie. Przykładowo – Sąd Najwyższy w postanowieniu z dn. 3 października 2011 r., V KK 96/11, LEX nr 1044083, stwierdził, że: „Przepis art. 53 § 2 k.k. określa [...] ogólne dyrektywy sądowego wymiaru kary [...]”.

status – *de facto* popularnych – okoliczności¹⁶. Podzielając to ostatnie stanowisko, o wyraźnie już ugruntowanej tradycji, wypadałoby następnie zastanowić się nad ewentualną próbą zdefiniowania wspomnianych okoliczności.

Wychodząc od słownikowego określenia „okoliczności”, oznaczającego m.in. wydarzenie, fakt, sytuację, szczególnie towarzyszący czemuś¹⁷, a ponadto uwzględniając doświadczenie praktyki wymiaru sprawiedliwości, wypadałoby stwierdzić, że przez okoliczności wpływające na wymiar kary należy rozumieć te fakty, sytuacje, zdarzenia, stany, które charakteryzując albo sprawcę, albo jego czyn nie pozostają obojętne dla zastosowanej w danym przypadku reakcji penalnej¹⁸. Jednocześnie należy w tym miejscu podkreślić, że okoliczności wynikające z treści art. 53 § 2 k.k. nie posiadają charakteru normy stanowczej, stąd też ich kwestionowanie w trybie art. 438 pkt 1 k.p.k. nie jest prawnie dopuszczalne¹⁹.

W dalszej kolejności wypadałoby także zwrócić uwagę na pozycję oraz znaczenie okoliczności wymienionych w art. 53 § 2 k.k. dla procesu są-

¹⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dn. 30 stycznia 2014 r., II AKa 7/14, LEX nr 1439017; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dn. 4 kwietnia 2013 r., II AKa 81/13, LEX nr 1322877; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 25 września 2012 r., II AKa 133/12, LEX nr 1223227; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dn. 28 czerwca 2012 r., II AKa 206/12, KZS 2013, nr 4, poz. 84; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dn. 8 grudnia 2010 r., II AKa 302/10, KZS 2011, nr 4, poz. 50; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 8 listopada 2006 r., II AKa 157/06, KZS 2006, nr 12, poz. 21. Jednocześnie warto w tym miejscu podkreślić, że: „Okoliczności należące do znamion ustawowych przypisanego oskarżonemu czynu mogą być przyjmowane jako okoliczności obciążające przy wymiarze kary tylko wtedy, gdy podlegają stopniowaniu i zawierają takie elementy, które je różnią od okoliczności typowych, na niekorzyść oskarżonego” – por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dn. 5 czerwca 2012, II AKa 156/12, LEX nr 1238627.

¹⁷ Słownik języka polskiego, red. M. Szymczak, Warszawa 1979, s. 504.

¹⁸ Por. K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Warszawa 1990, s. 235; L. Lernell, *Pojęcie okoliczności obciążających w prawie karnym*, „Państwo i Prawo” 1964, nr 2, s. 204–213; por. także wyrok Sądu Najwyższego z dn. 29 kwietnia 1983 r., IV KR 67/83, OSNKW 1984, nr 1, poz. 8.

¹⁹ W judykaturze wielokrotnie zwracano uwagę, że: „Przepis art. 53 § 1 i § 2 k.k. nie ma charakteru normy stanowczej (zawierającej nakaz lub zakaz określonego postąpienia), zatem jego obraza – w rozumieniu art. 438 pkt 1 k.p.k. – nie wchodzi w grę. Przepis ten określa natomiast objęte sferą swobodnego sędziowskiego uznania ogólne dyrektywy wymiaru kary, dlatego podważanie przyjętej na ich podstawie oceny sądu jest możliwe tylko w ramach zarzutu rażącej niewspółmierności kary, chyba że wadliwość orzeczenia o karze skarżący wywodzi z obrazy prawa materialnego lub procesowego”. Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 13 września 2012 r., LEX nr 1226712; III KK 283/12; postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 22 października 2013 r., V KK 296/13, LEX nr 1388604, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 12 lipca 2013 r., II AKa 229/13, LEX nr 1356709; por. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 28 lutego 2013 r., LEX nr 1294787, w którym stwierdzono, że: „Orzekanie o karze ma charakter indywidualny, a proces wyboru i miarowania właściwej in concreto represji karnej jest w pewnej mierze subiektywny. Dlatego też ustawodawca, określając w art. 53 k.k. zasady i dyrektywy modelowego orzekania o karze, pozostawia sądowi określony zakres swobody w jej wymierzaniu. Wykładnikiem granic »uznaniowości« sądu jest wskazana w przepisie art. 438 pkt 4 k.p.k. rażąca niewspółmierność kary”.

dowego wymiaru kary. Odwołując się również w tym zakresie do postanowień poprzedniej kodyfikacji karnej, warto bowiem przypomnieć, że w jego przepisach ustawodawca *expressis verbis* przesądził, że wymienione w art. 50 § 2 d.k.k. czynniki posiadają charakter „wskazówek”, pozostających w ścisłym związku z przepisami art. 50 § 1 d.k.k. W uzasadnieniu do projektu kodeksu karnego z 1969 r. podniesiono wprost, że: „Projekt wymienia okoliczności konkretne, które sąd powinien stwierdzić i na nich się oprzeć w realizacji dyrektyw ogólnych [...]”²⁰.

W świetle współczesnych poglądów doktryny przyjmuje się, że również okoliczności wyróżnione w art. 53 § 2 k.k. posiadają w istocie „dopełniający” charakter wobec ogólnych dyrektyw wymiaru kary (art. 53 § 1 k.k.)²¹. Oznaczałoby to w konsekwencji, że relacja art. 53 § 2 k.k. względem art. 53 § 1 k.k. opiera się na zasadzie podporządkowania pierwszego z wymienionych przepisów²², wykazującego tym samym funkcjonalne powiązanie z ogólnymi dyrektywami sądowego wymiaru kary²³. Na tej podstawie można by w rezultacie stwierdzić, że przykładowo wyliczone okoliczności w art. 53 § 2 k.k. powinny *de facto* ułatwiać prawidłową orientację sądu przy indywidualnym akcie wymiaru określonej reakcji prawnokarnej²⁴.

Zasygnalizowanych dotychczas wątpliwości terminologicznych nie umniejsza również, wspomniana na wstępie, kodeksowa redakcja art. 53 § 3 k.k. W porównaniu do poprzednich kodyfikacji przepis ten zawiera istotną nowość, nawiązującą *verba legis* do roli, jaką na etapie sądowego wymiaru kary mogą odegrać rezultaty jednej z tzw. alternatywnych metod rozwiązywania konfliktów. Przyjęta regulacja stanowi niewątpliwie konsekwencję coraz większej popularności koncepcji tzw. sprawiedliwości naprawczej, opartej na mediacyjnym rozstrzygnięciu konfliktu o podłożu przestępczym²⁵. Warto więc wspomnieć, że już w uzasadnieniu

²⁰ Por. *Projekt kodeksu karnego oraz przepisów wprowadzających*, Warszawa 1968, s. 112.

²¹ A. Marek, *Kodeks karny Komentarz*, Warszawa 2007, s. 143.

²² A. Tobis, *Spory o koncepcję wymiaru kary*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1976, nr 4, s. 78.

²³ Por. B. Janiszewski, *Dolegliwość jako element współczesnej kary kryminalnej*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 301 i n.

²⁴ Por. uwagi K. Maksymowicza i T. Szewioly; K. Maksymowicz, T. Szewiola, *Okoliczności obciążające w ujęciu teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, „Nowe Prawo” 1982, nr 3–4, s. 54–55.

²⁵ M. Królikowski, S. Żółtek, op. cit., s. 280; W. Zalewski, *Współczesna polityka kryminalna zagrożeniem dla praw człowieka?*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2005, t. 13, s. 426–427; *idem*, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji prawa karnego?*, Gdańsk 2006; A. Kalisz-Prakopik, *Mediacja sądowa i pozasądowa. Zarys wykładu*, Warszawa 2009; *Mediacja*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2009; E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Prawa ofiar przestępstw*, Warszawa 2009; E. Bieńkowska, *Mediacja w sprawach karnych*, Warszawa 2009; A. Zienkiewicz, *Studium mediacji*, Warszawa 2007.

do projektu kodeksu karnego wyraźnie zadeklarowano, że w obowiązującej kodyfikacji zwrócono uwagę na potrzebę przesunięcia punktu ciężkości polityki kryminalnej z karania na rozwiązywanie konfliktu społecznego, następującego przede wszystkim poprzez naprawienie szkody, opłacalność zapobiegania jej i traktowanie pokrzywdzonego jako równoprawną z oskarżonym stroną postępowania karnego²⁶. Z powyższymi słowami korelowało więc komentowane rozwiązanie, przewidujące, że: „Wymierzając karę sąd bierze także pod uwagę pozytywne wyniki przeprowadzonej mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę pomiędzy nimi osiągniętą w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem” (art. 53 § 3 k.k.).

Wobec podniesionych uprzednio argumentów należy w pierwszej kolejności zaznaczyć, że rozważana okoliczność kodeksowa posiada wyraźne jednokierunkowe (*de facto* pozytywne, czy też inaczej mówiąc, łagodzące) zabarwienie²⁷. W jej przypadku trudno byłoby zatem formułować ewentualny zarzut, w myśl którego – ambiwalentność kodeksowych wskazań z art. 53 § 2 k.k. nie zawsze sprzyja prawidłowemu ich stosowaniu w praktyce sądowej. Zgłaszane w tej materii potencjalne obawy mogłyby w istocie dotyczyć zakresu przyznanej sądowi swobody, zarówno co do oceny charakteru tego rodzaju okoliczności, jak i co do kierunku ich wpływu na wymiar kary²⁸. W wyrażonych wątpliwościach utwierdza ponadto wykładnia „pozytywnych wyników mediacji”²⁹, którym w istocie nie powinno czynić zadość

²⁶ Nowe kodeksy karne z uzasadnieniem, Warszawa 1997, s. 151.

²⁷ „Szczególną okolicznością mającą znaczenie w perspektywie wymiaru kary jest okazana przez sprawcę skrucha, jak też przyznanie się do winy oraz zrekomensowanie pokrzywdzonym doznanych szkód i krzywd. Dobrowolne bowiem naprawienie szkody w całości jest o tyle ważne, że ustawodawca w stosunku do szeregu przestępstw premiuje takie zachowanie sprawcy, otwierając doń możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymiaru”. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dn. 26 września 2013 r., II AKA 168/13, Legalis nr 744321; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dn. 4 kwietnia 2013 r., II AKA 81/13, Legalis nr 999518; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dn. 4 kwietnia 2013 r., II AKA 83/13, Legalis nr 999519; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 11 października 2007 r., II AKA 191/07, Legalis nr 96359; postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 16 stycznia 2007 r., V KK 390/06, Legalis nr 120987; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 17 maja 2000 r., II AKA 74/00, Legalis nr 70523.

²⁸ W piśmiennictwie podkreśla się bowiem „obligatoryjny” charakter niniejszej dyrektywy, sugerując tym samym, że nieuwzględnienie imperatywnego sformułowania „sąd bierze pod uwagę” prowadziłoby wprost do „naruszenia art. 53 § 3 k.k.”, M. Królikowski, S. Żółtek, *op. cit.*, s. 281. Z drugiej jednak strony w doktrynie zwraca się uwagę na odmienne stanowiska, przekonujące, że wskazany w niniejszym przepisie „pozytywny” rezultat mediacji nie jest wiążący dla sądu, gdyż godziłby w jego dyskrecyjną władzę przy wymiarze kary. Por. C. Kulesza, *Prawa podmiotowe pokrzywdzonego a instytucja mediacji w sprawach karnych*, [w:] *Mediacja dla każdego*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2010, s. 66.

²⁹ Bardziej zinstytucjonalizowane ramy przybiera, wymieniona w tym przepisie, ugoda, która zgodnie ze znowelizowanym kodeksem postępowania karnego stanowi tytuł egzekucyjny po nadaniu jej klauzuli wykonalności – art. 107 § 3 k.p.k.

osiągnięcie samego porozumienia między pokrzywdzonym a sprawcą, lecz dopiero wykonanie wynikających z jego treści obowiązków³⁰.

Z drugiej jednak strony wydaje się, że „łagodzące oblicze” normy, zawartej w art. 53 § 3 k.k., nie przesądza już *per se* – w jakim kierunku oraz w jakim stopniu – podjęcie mediacji czy zwanie ugody powinno wpłynąć na „korzystny” wymiar kary wobec danego sprawcy. Należy bowiem podkreślić, że wprawdzie kompensacja poniesionych szkód oraz krzywd spowodowanych przestępstwem przemawia niewątpliwie na korzyść sprawcy, stanowiąc w istocie okoliczność łagodzącą przy wymiarze kary, to jednocześnie nie pozwala na pominięcie faktu, że decyzja o wyborze i wymiarze reakcji karnej stanowi *de facto* wypadkową bardzo wielu czynników, wymagających starannego rozważenia przez sąd.

Zastanawiając się w dalszej kolejności nad prawnokarnym statusem omawianego przepisu, należy zaznaczyć, że w świetle niektórych poglądów regulacja wynikająca z art. 53 § 3 k.k. została potraktowana jako kolejna, kodeksowa okoliczność, wpływająca na wymiar kary³¹. W ten sposób starano się bowiem podkreślić, że również to wskazanie ustawowe stanowi faktyczną: „[...] podwalinę [...], istotną z punktu widzenia właściwej realizacji [...]”³² ogólnych dyrektyw sądowego wymiaru kary³³. Do zgoła odmiennych wniosków prowadził natomiast ten kierunek wykładni, w którym przekonywano o dyrektywalnym statusie art. 53 § 3 k.k.³⁴ To ostatecznie stanowisko pozostaje przy tym wewnątrznie zróżnicowane, gdyż w ocenie niektórych autorów treść art. 53 § 3 k.k. pozostaje w konwencji ogólnych³⁵, a według innych, szczególnych dyrektyw sądowego wymiaru kary³⁶. Wobec dostrzeżonej rozbieżności należy stwierdzić, że bardziej przekonujący pozostaje

³⁰ E. Bieńkowska, *Mediacja w polskim prawie karnym. Charakterystyka regulacji prawnej*, „Przegląd Prawa Karnego” 1998, nr 18, s. 23; M. Fajst, M. Nielaczna, *System mediacji w Polsce – słabość prawa czy organizacji?*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, nr 2, s. 206; E. Bieńkowska, *O unormowaniu mediacji w sprawach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 2, s. 34–35; C. Kulesza, *Sprawiedliwa kara a konsensualne formy zakończenia postępowania karnego (uwagi na tle orzecznictwa sądowego)*, [w:] *Zagadnienia teorii i nauczania prawa karnego. Kara łączna. Księga Jubileuszowa Profesor Marii Szewczyk*, red. W. Górowski, P. Kardas, W. Wróbel, T. Sroka, Warszawa 2013, s. 937.

³¹ Z. Sienkiewicz, *op. cit.*, s. 94; J. Giezek, [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny...*, s. 404; R.G. Hałas, [w:] F. Ciepły *et alia*, *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak i K. Wiak, Warszawa 2014, s. 340.

³² V. Konarska-Wrzošek, *Dyrektyw wyboru kary...*, s. 78.

³³ Rozumiana w ten sposób istota analizowanego przepisu znalazła przy tym potwierdzenie w ramach interpretacji, traktujących omawianą okoliczność kodeksową jako szczegółową dyrektywę sądowego wymiaru kary. Por. J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 917; P. Hofmański, *op. cit.*, s. 249.

³⁴ M. Królikowski, S. Żółtek, *op. cit.*, s. 280; W. Wróbel, *op. cit.*, s. 690.

³⁵ W. Wróbel, *op. cit.*, s. 690.

³⁶ M. Dąbrowska-Kardas, *Analiza dyrektywalna przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, Warszawa 2012, s. 256.

pogląd, w świetle którego art. 53 § 3 k.k. uzyskałby status szczególnej dyrektywy wymiaru kary. Należy bowiem zaznaczyć, że istotą ogólnych dyrektyw wymiaru kary jest w szczególności to, że odnoszą się do: „[...] wszystkich sądzonych sprawców, wszystkich rodzajów przestępstw, a ponadto [...] wszystkich kar i środków karnych przewidzianych w danym systemie prawa”³⁷. Tymczasem brzmienie art. 53 § 3 k.k. nie pozostawia wątpliwości, że sąd uwzględni pozytywne wyniki mediacji pomiędzy pokrzywdzonym a sprawcą albo ugodę między nimi tylko wówczas, gdy faktycznie dojdzie w danej sprawie do mediacji lub do zawarcia ugody pomiędzy stronami procesu karnego. Oznacza to więc, że omawiany przepis może zostać wykorzystywany tylko w sytuacji, gdy zaistnieją ku temu stosowne przesłanki, pozwalające na uwzględnienie rezultatów konsensualnego neutralizowania sporów wywołanych przestępstwem³⁸. W konsekwencji należałoby więc dopowiedzieć, że komentowana regulacja nie różni się od innych rozwiązań, związanych z wymiarem kary, które również posiadają ograniczony zakres zastosowania (przykładowo art. 54 § 1 k.k.)³⁹.

Warto również nadmienić, że w literaturze przedmiotu wyrażono – jak przypuszcza się *per facta concludentia* – stanowisko, traktujące omawiany przepis kodeksowy jako swoiście odrębną instytucję sądowego wymiaru kary⁴⁰. Podkreślając przy tym jego szczególną wymowę aksjologiczną, starano się w ten sposób zwrócić uwagę, że niniejsze rozwiązanie ustawowe stanowi fragment propagowanej ewolucji, która koncentruje się na zaakcentowaniu roli pokrzywdzonego, jako podmiotu wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych⁴¹. Przy tak szerokim ujęciu podnoszono, że regulacja ta nawiązuje do „wartości” naprawionej szkody materialnej

³⁷ V. Konarska-Wrzosek, *Dyrektywy wyboru kary...*, s. 73–74; por. także P. Petasz, A. Górczyńska, *Kilka uwag o dyrektywach wyboru kary*, „Apelacja Gdańska” 2004, nr 3–4, s. 68 i n.

³⁸ Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dn. 11 października 2007 r., II AKa 191/07, *Legalis* nr 96359 – „Wymierzając karę, Sąd Okręgowy całkowicie pominął treść ugody zawartej między rodzicami oskarżonego a pokrzywdzonym, w której zrzekł się on swoich roszczeń za zapłacenie mu ustalonej kwoty pieniędzy. Choć nie było to wynikiem bezpośrednich działań samego oskarżonego, a jego rodziców, nie można przypuszczać, że działał on wbrew jego woli, a istotne jest też poczucie całkowitej satysfakcji pokrzywdzonego, który uznał swoją krzywdę za wyagrodzoną. W ten sposób został zlikwidowany konflikt między oskarżonym a pokrzywdzonym, powstały wskutek przestępstwa. Jest to doniosła okoliczność, którą musi się brać pod uwagę przy orzekaniu o karze. Gdy szkoda i krzywda ofiary przestępstwa zostaje zlikwidowana, zatem już nie istnieje, kara nie musi być surowa, bo spełniona jest zasadnicza funkcja kary, a to »jest« zadośćuczynienie poczuciu krzywdy ofiary. Państwo nie powinno stawać na przeszkodzie konsensualnemu załatwieniu sporu wywołanego przestępstwem, jeśli nie sprzeciwia się to podstawowym zasadom sprawiedliwości. [...]”.

³⁹ M. Dąbrowska-Kardas, *op. cit.*, s. 256.

⁴⁰ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2007, s. 117–118.

⁴¹ A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 145; *idem* [w:] E. Bieńkowska *et alia*, *System Prawa Karnego. Zagadnienia ogólne*, t. 1, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 19–21

lub moralnej, która – jak zaznaczono – stanowi w istocie nie uboczny, ale wręcz najbardziej pożądaný cel polityki kryminalnej⁴². Powyższy kierunek wykładni nie powinien, zgodnie z prezentowanymi w piśmiennictwie poglądami, prowadzić do wniosku, że „dowartościowanie” mediacji karoprawnej przyczynia się do zatarcia różnicy pomiędzy bezprawiem karnym a bezprawiem cywilnym. Za szczególnie zaś wątpliwe uznano traktowanie rezultatów postępowania mediacyjnego, jako wyniku negocjacji pomiędzy dwoma „partnerami”. Oznaczałoby to bowiem – jak wyraźnie zaznaczono – nieuprawnione stawianie na jednej płaszczyźnie sprawcy i pokrzywdzonego⁴³.

W kontekście podjętej problematyki na odrębną uwagę zasługuje także regulacja art. 56 k.k., która wyłącza stosowanie większości przepisów kodeksowych, związanych z wymiarem kary (tj. art. 53, art. 54 § 1 oraz art. 55 k.k.) w stosunku do obowiązku naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę⁴⁴. Nowe brzmienie art. 46 k.k. oraz art. 56 k.k. spowodowało tym samym, że środek ten – zgodnie z intencją autorów nowelizacji – utracił swój charakter prawnokarny⁴⁵. W tym miejscu warto jednak wspomnieć, iż w piśmiennictwie pojawiły się wątpliwości, czy utrata penalnego charakteru obowiązku naprawienia szkody dotyczy jedynie sytuacji, gdy jest on orzekany wyłącznie jako środek karny, czy też założenie to odnosi się również do tych przypadków, w których występuje on jako obowiązek probacyjny⁴⁶.

⁴² K. Buchała, [w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 400.

⁴³ T. Bojarski, [w:] T. Bojarski *et alia*, *Kodeks karny...*, s. 134–135.

⁴⁴ Unikając zbędnych powtórzeń, należy w tym miejscu zaznaczyć, że kwestia „wyłączeń” spod regulacji art. 56 k.k. niektórych rozwiązań kodeksowych nie jest zagadnieniem nowym. Por. m.in. K. Łucarz, *Zakaz prowadzenia pojazdów jako środek polityki karnej*, Wrocław 2005, s. 97; J. Lachowski, *Wybrane zagadnienia sporne na tle wykładni przepisów o warunkowym zwolnieniu*, [w:] *Środki związane z poddaniem sprawcy próbie*, red. J. Majewski, Toruń 2013, s. 118; J. Lachowski, *Warunkowe przedterminowe zwolnienie w prawie polskim na tle ustawodawstwa państw Rady Europy, X lat obowiązywania kodeksu karnego wykonawczego*, red. S. Lelental, G.B. Szczygiel, Białystok 2009, s. 224; J. Lachowski, *Warunkowe zwolnienie z reszty kary pozbawienia wolności*, Warszawa 2010, s. 143–145.

⁴⁵ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 2393 z 15.05.2014 r., <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>>, s. 28 [dostęp 10.07.2015 r.]. Warto w tym miejscu zaznaczyć, iż rozważane wyłączenie nie dotyczy innego środka kompensacyjnego – tj. nawiazki z art. 47–48 k.k. W tym zakresie por. P. Gensikowski, *Wybrane problemy nawiazki jako środka kompensacyjnego w świetle projektu Komisji Kodyfikacyjnej*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2014, zeszyt specjalny, s. 17 i n. Jak zauważa zaś W. Cieślak, zasadniczym celem nawiazki jest niewątpliwie kompensacja, co jednak nie oznacza, że spostrzeżenie to dotyczy wszystkich rodzajowych odmian nawiazki. W. Cieślak, [w:] A. Grześkowiak *et alia*, *System Prawa Karnego. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, red. M. Melezini, Warszawa 2010, s. 784.

⁴⁶ Zdaniem W. Zalewskiego, naprawienie szkody w kontekście obowiązków probacyjnych zachowuje swój penalny charakter. Jak podkreślił autor: „Spełnienie roszczeń orzekanych w tym

Podzielając pogląd, że zmiana art. 56 k.k. wyklucza możliwość zastosowania art. 53, art. 54 § 1 i art. 55 k.k. do obowiązku naprawienia szkody, niezależnie od tego, czy został on orzeczony jako obowiązek probacyjny, czy też na podstawie art. 46 k.k.⁴⁷, należałoby stwierdzić, iż *sui generis* dyrektywami będą tutaj regulacje zawarte w art. 361–363 k.c., normujące kwestie: związku przyczynowego (art. 361 § 1 k.c.), zakresu szkody podlegającej naprawieniu (art. 361 § 2 k.c.), przyczynienia się poszkodowanego do powstania lub zwiększenia szkody (art. 362 k.c.), sposobów naprawienia szkody (art. 363 § 1 k.c.), chwilę miarodajną dla ustalenia wysokości odszkodowania (art. 363 § 2 k.c.). Nie bez znaczenia w tym zakresie będą ponadto przepisy zawarte w Tytule VI księgi trzeciej kodeksu cywilnego, poświęcone odpowiedzialności za szkody wyrządzone w wyniku czynów niedozwolonych, które odpowiednio dotyczą: miarkowania odszkodowania (art. 440 k.c.), solidarności dłużników oraz rozliczeń regresowych między nimi (art. 441 k.c.), przedawnienia (art. 442¹ k.c.), naprawienia szkody na osobie (art. 444–449 k.c.). W dalszej kolejności należałoby również wymienić przepisy zawarte w unormowaniach szczególnych przypadków odpowiedzialności, które wynikają zarówno z regulacji kodeksu cywilnego, jak i z ustaw szczególnych⁴⁸.

Recypowanie przepisów cywilistycznych (z wyjątkiem możliwości zasądzenia renty – art. 46 § 1 k.k. *in fine*) przy orzekaniu środka z art. 46 k.k. wzbudza jednak pewne zastrzeżenia. Przede wszystkim należy podkreślić, że o ile art. 361 § 1 k.c. przyjmuje – jako zasadę – pełną kompensację szkód, o tyle art. 46 k.k. przewiduje wprost również częściowe naprawienie szkody. Warto także zaznaczyć, że § 2 art. 46 k.k. może wzbudzać pewne zastrzeżenia z perspektywy art. 446 § 4 k.c., który stanowi, że sąd może przyznać najbliższym członkom rodziny⁴⁹ zmarłego odpowiednią su-

trybie nadal będzie musiało uwzględniać dyrektywy wymiaru kary i środków karnych. Nie ma w tym względzie spójności. Jeden kodeks, a dwie regulacje dotyczące trybu orzekania kompensacji [...]”. Por. W. Zalewski, *Tak zwany kompleks cywilnoprawny w prawie karnym po nowelizacjach*, [w:] *Problemy współczesnego prawa karnego i polityki kryminalnej. Księga jubileuszowa Profesor Zofii Sienkiewicz*, red. M. Bojarski, Wrocław 2015, s. 391.

⁴⁷ J. Lachowski, [w:] M. Błaszczuk *et alia*, *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 2, *Komentarz do art. 32–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 353.

⁴⁸ M. Kaliński, [w:] Z. Banaszczyk *et alia*, *System Prawa Prywatnego*, t. 6, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. A. Olejniczak, Warszawa 2014, s. 33–34.

⁴⁹ W tym miejscu należy wskazać, że w orzecznictwie cywilistycznym przyjmuje się szeroką wykładnię zwrotu „najbliższy członek rodziny”, przyjmując, że: „W obowiązującym stanie prawnym, definiując pojęcie »rodziny«, można – jak trafnie wskazuje się w piśmiennictwie – użyć następujących kryteriów: pokrewieństwo, małżeństwo, przysposobienie, powinowactwo, rodzina zastępcza i pozostawanie we wspólnym gospodarstwie domowym. Można zatem zaaprobować definicję rodziny jako najmniejszej grupy społecznej, powiązanej poczuciem bliskości i wspólności, osobistej i gospodarczej, wynikającej nie tylko z pokrewieństwa”. Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 13 kwietnia 2005 r., IV CK 648/04, Legalis nr 68991.

mę zadośćuczynienia⁵⁰, nie warunkując tego uprawnienia przesłanką w postaci „znacznego pogorszenia ich sytuacji życiowej”⁵¹. Skoro zatem, zgodnie z art. 46 § 2 k.k., sąd zamiast zadośćuczynienia może orzec nawiazkę (która ze swej istoty abstrahuje od kwestii ustalenia wysokości szkody) na rzecz osoby najbliższej, przy konieczności udowodnienia, że sytuacja życiowa tej ostatniej uległa znacznemu pogorszeniu, to powstaje zasadnicze pytanie o możliwy w tym przypadku zakres kompensaty. W orzecznictwie nie bez racji wskazuje się bowiem na wyraźnie „ograniczający” charakter wymienionej przesłanki⁵². Stąd też wydaje się, że takie ujęcie pozostaje w sprzeczności z intencją autorów nowelizacji. Należy bowiem przypomnieć, że jako podstawowy cel nowego uregulowania art. 46 k.k. wskazano przecież ułatwienie pokrzywdzonemu – pełnego – zaspokojenia roszczeń cywilnoprawnych⁵³, wynikających z popełnionego przestępstwa⁵⁴. Wobec podniesionej kwestii warto również nadmienić, że brak niniejszej przesłanki

⁵⁰ J. Zych, *Projektowane zmiany w Kodeksie karnym odnoszące się do ustalenia m.in. zadośćuczynienia i nawiazki* (art. 46 k.k., art. 47 § 3 k.k., art. 48 k.k.), „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 2, s. 7–9. Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Bydgoszczy z dn. 12 czerwca 2014, I ACa 167/14, Legalis nr 1062536, w którym wyraźnie podniesiono, że: „Dodać także należy, że przyznanie zadośćuczynienia, o którym mowa w art. 446 § 4 k.c., członkowi najbliższej rodziny zmarłego wskutek czynu niedozwolonego nie jest zależne od pogorszenia się sytuacji materialnej tej osoby i poniesienia przez nią szkody majątkowej, a jego celem jest kompensacja doznanej przez nią krzywdy, a więc złagodzenie cierpienia psychicznego wywołanego śmiercią osoby najbliższej i pomoc w dostosowaniu się do nowej sytuacji życiowej zmienionej przez to zdarzenie. Zadośćuczynienie ma zatem wyrównywać cierpienia spowodowane przedwczesną utratą członka rodziny, skutkującą naruszeniem chronionej prawem więzi rodzinnej i prawa do życia w rodzinie jako dobra osobistego”.

⁵¹ Powyższa przesłanka, o wyraźnie cywilistycznym pochodzeniu, nakazuje przyjąć, że: „Przez sytuację życiową [...] należy rozumieć ogół czynników składających się na położenie życiowe jednostki, także trudno wymierzalne wartości ekonomiczne”. Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 28 lipca 1976 r., IV CR 271/76, Legalis nr 19552. Ponadto w orzecznictwie podkreśla się, że: „Pogorszenie się sytuacji życiowej musi być obiektywnym i przyczynowo uzasadnionym wynikiem śmierci osoby najbliższej, a nie wynikać tylko z subiektywnych reakcji i ich życiowych konsekwencji” – wyrok Sądu Najwyższego z dn. 4 listopada 1980 r., IV CR 412/80, Legalis nr 22308.

⁵² Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 10 marca 1969 r., I CR 26/96, Legalis nr 13883.

⁵³ Wątpliwe – wobec przytoczonej wypowiedzi – wydaje się poszukiwanie ewentualnego usprawiedliwienia w dalszych słowach projektodawcy, w których przekonywano, że: „[...] nie można zobowiązać sądu do prowadzenia postępowania dowodowego poza zakresem aktu oskarżenia w celu ustalenia pełnego zakresu szkody lub krzywdy ponad to, co można ustalić w postępowaniu rozpoznawczym związanym z wniesioną skargą. Odmienne uregulowanie, jakkolwiek teoretycznie spójne, nie jest celowe ze względu na negatywny wpływ, jaki może mieć na zdolność koncentracji rozprawy i ekonomiki postępowania karnego. W art. 46 § 3 przewidziana jest możliwość dochodzenia niezaspokojonej części roszczenia w drodze procesu cywilnego”. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw, w druk sejmowy nr 2393 z 15.05.2014 r., <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393>>, s. 28–29 [dostęp 10.07.2015 r.]

⁵⁴ *Ibidem*. Jedynym więc rozwiązaniem pozostaje skorzystanie z regulacji art. 46 § 3 k.k., który przewiduje, że: „Orzeczenie odszkodowania lub zadośćuczynienia na podstawie § 1 albo nawiazki na podstawie § 2 nie stoi na przeszkodzie dochodzeniu niezaspokojonej części roszczenia w drodze postępowania cywilnego”.

nie rodziłby wątpliwości przy stosowaniu art. 46 § 2 k.k.⁵⁵. Ewentualne zaś obawy⁵⁶ przed zbyt pochopnym, czy wręcz nieuzasadnionym jego stosowa-

⁵⁵ W orzecznictwie cywilistycznym przyjmuje się bowiem, że: „Zadośćuczynienie przewidziane w art. 446 § 4 k.c. nie jest zależne od pogorszenia sytuacji materialnej osoby uprawnionej i poniesienia szkody majątkowej, a jego celem jest kompensacja doznanej krzywdy, a więc złagodzenie cierpienia psychicznego wywołanego śmiercią osoby najbliższej i pomoc pokrzywdzonemu w dostosowaniu się do zmienionej w związku z tym jego sytuacji. W literaturze i orzecznictwie wskazuje się, że na rozmiar krzywdy, o której mowa w art. 446 § 4 k.c., mają wpływ przede wszystkim: wstrząs psychiczny i cierpienia moralne wywołane śmiercią osoby bliskiej, poczucie osamotnienia i pustki po jej śmierci, rodzaj i intensywność więzi łączącej pokrzywdzonego ze zmarłym, rola w rodzinie pełniona przez osobę zmarłą, wystąpienie zaburzeń będących skutkiem śmierci osoby bliskiej, stopień, w jakim pokrzywdzony będzie umiał odnaleźć się w nowej rzeczywistości i zdolność do jej zaakceptowania, wiek pokrzywdzonego [...]. Niewątpliwie krzywdę doznaną w wyniku śmierci osoby bliskiej bardzo trudno ocenić i wyrazić w formie pieniężnej. Każdy przypadek powinien być traktowany indywidualnie w uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy, przy czym ocena ta powinna opierać się na kryteriach obiektywnych, a nie na wyłącznie subiektywnych odczuciach pokrzywdzonego. Należy przy tym zaznaczyć, że zadośćuczynienie przewidziane w art. 446 § 4 k.c. jest odzwierciedleniem w formie pieniężnej rozmiaru krzywdy, która, jak słusznie wskazuje się w literaturze i orzecznictwie, nie zależy od statusu materialnego pokrzywdzonego. Jedynie zatem rozmiar zadośćuczynienia może być odnoszony do stopy życiowej społeczeństwa, która pośrednio może rzutować na jego umiarkowany wymiar i to w zasadzie bez względu na status społeczny i materialny pokrzywdzonego. Przesłanka »przeciętnej stopy życiowej« społeczeństwa ma więc charakter uzupełniający i ogranicza wysokość zadośćuczynienia tak, by jego przyznanie nie prowadziło do wzbogacenia osoby uprawnionej, nie może jednak pozbawiać zadośćuczynienia jego zasadniczej funkcji kompensacyjnej i eliminować innych czynników kształtujących jego rozmiar [...]». Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 20 grudnia 2012 r., IV CSK 192/12, Legalis nr 607831. Z kolei w wyroku Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dn. 9 marca 2012 r., I ACa 458/12, Legalis nr 704753, podkreślono, że: „Kompensacie na podstawie art. 446 § 4 k.c. podlega doznana krzywda, a więc w szczególności cierpienie, ból i poczucie osamotnienia po śmierci najbliższego członka rodziny. »Przy wysokości« zadośćuczynienia, o którym mowa w art. 446 § 4 k.c., należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na rozmiar doznanej przez poszkodowanego krzywdy. W razie śmierci osoby bliskiej na rozmiar krzywdy mają przede wszystkim wpływ: dramatyzm doznań osoby bliskiej, poczucie osamotnienia i pustki, cierpienia moralne i wstrząs psychiczny wywołany śmiercią osoby najbliższej, rodzaj i intensywność więzi łączącej pokrzywdzonego ze zmarłym, wystąpienie zaburzeń będących skutkiem tego odejścia (np. nerwicy, depresji), roli w rodzinie pełnionej przez osobę zmarłą, stopień, w jakim pokrzywdzony będzie umiał się znaleźć w nowej rzeczywistości i zdolności jej zaakceptowania, leczenie doznanej traumy, wiek pokrzywdzonego”. Natomiast w wyroku Sądu Najwyższego z dn. 12 września 2013 r., IV CSK 87/13, Legalis nr 728663, podniesiono z kolei, że: „[...] krzywda wywołana śmiercią współmałżonka, jest – oceniając według kryteriów obiektywnych – jedną z najbardziej dotkliwych i najmocniej odczuwalnych z uwagi na rodzaj i siłę więzów rodzinnych oraz rolę pełnioną w rodzinie przez – w tym wypadku – żonę i matkę. W rozpoznawanej sprawie krzywda jest tym bardziej dotkliwa, że śmierć nastąpiła nagle w wypadku komunikacyjnym i dotknęła młodą kobietę w pełni sił, zaangażowaną zawodowo i rodzinnie, studiującą, czyniącą plany na przyszłość i stanowiącą oparcie dla założonej dopiero przed kilku laty rodziny. Przede wszystkim jednak dla jej męża – powoda była to utrata, niewiele lat po ślubie, żony, z którą był silnie związany i matki ich wspólnych małoletnich dzieci, z którymi tworzyli zgodną i dobrą rodzinę. Poczucie krzywdy powoda wynikające z osobistego żalu, bólu, osamotnienia, cierpienia i bezradności powiększała niewątpliwie świadomość, że spadł na niego cały ciężar opieki, wychowania i odpowiedzialności za kilkuletnie dzieci, zapewnienia im odpowiednich warunków nie tylko materialnych, lecz także ciepła i uczuć potrzebnych po stracie matki. W wyniku śmierci żony życie rodzinne, które z nią tworzył, rozpadło się, on sam zmienił się psychicznie i zmuszony był korzystać z pomocy psychologa”.

⁵⁶ W.J. Kocot, *Zadośćuczynienie pieniężne dla najbliższych członków rodziny w razie śmierci poszkodowanego będącej następstwem czynu niedozwolonego*, [w:] *Czyni niedozwolone w prawie*

niem mogłoby *de lege ferenda* niwelować zamieszczenie w kodeksie karnym formuły wskazującej, że nawiązka na podstawie art. 46 § 2 k.k. powinna być orzekana w „odpowiedniej wysokości”⁵⁷.

Powyższy argument uzasadniałby zresztą przekonanie, że na płaszczyźnie znowelizowanego art. 46 k.k. należałoby odrzucić cywilistyczną konstrukcję miarkowania odszkodowania, o której mowa w art. 440 k.c.⁵⁸ Przede wszystkim wypada bowiem zaznaczyć, że czyny zabronione, w porównaniu do innych, antyspołecznych zachowań, to zdarzenia o dużej naganności. Stąd też kompensata za wywołane nimi następstwa powinna zmierzać do pełnego wyrównania szkód i krzywd⁵⁹. Ponadto, mając na względzie zaakcentowany tutaj interes pokrzywdzonego, warto również zauważyć, że jego ochrona może ulec osłabieniu z uwagi na brak wyeliminowania w treści art. 46 § 1 k.k. zwrotu o niestosowaniu przepisów cywilnoprawnych dotyczących przedawnienia. Obowiązująca redakcja otwiera bowiem drogę podniesienia wspomnianego zarzutu przedawnienia w ramach środka odwoławczego, co tym samym mogłoby w pewnych okolicznościach pozbawić pokrzywdzonego szans na dochodzenie swoich roszczeń. Warto także nadmienić, że cywilistyczny charakter art. 46 k.k. wzbudza również kontrowersje w świetle art. 61 § 2 k.k. Trudno bowiem oprzeć się wrażeniu, że skoro przepis ten pozwala na odstępnie od wymierzenia tego środka kompensacyjnego, to tym samym utwierdza w przekonaniu, iż obowiązek z art. 46 k.k. stanowi *de facto* element prawnokarnej dolegliwości orzekanej wobec sprawcy⁶⁰.

Na zakończenie wypada również wspomnieć o jeszcze jednej, równie istotnej konsekwencji cywilnoprawnego wymiaru obowiązku z art. 46 § 1

polskim i prawie porównawczym. *Materiały Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów*, Toruń 24–25 czerwca 2011 r., red. M. Nesterowicz, Warszawa 2012, s. 234–245. Zdaniem autora, orzeczenie zadośćuczynienia na podstawie art. 446 § 4 k.c. należy ograniczyć do „wyjątkowych sytuacji”, obejmujących szczególnie rodzaj krzywdy oraz względy słuszności. *Idem*, s. 244.

⁵⁷ Nawiażując w ten sposób do cywilistycznego zwrotu (art. 446 § 4 k.c.), można by stwierdzić, że takie ujęcie korelowałoby z kompensacyjnym charakterem tego środka. Zob. K. Szczechowicz, J. Szczechowicz, *Zadośćuczynienie za doznaną krzywdę w przypadku śmierci pokrzywdzonego*, [w:] *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, red. Z. Cwiąkański, G. Artymiak, Warszawa 2010, s. 467.

⁵⁸ Odmienne J. Lachowski; por. J. Lachowski, [w:] M. Błaszczuk et alia, *Kodeks karny...*, s. 353. W ocenie autora, nie będzie natomiast podstaw do miarkowania zadośćuczynienia, które ma być odpowiednie. Zob. również postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 10 października 2013 r., V KK 130/13, Legalis nr 877793, w którym stwierdzono, że: „Miarkowanie odszkodowania z tytułu zadośćuczynienia za doznaną krzywdę sytuacją majątkową sprawcy jest sprzeczne z istotą tej instytucji”.

⁵⁹ M. Iwański, M. Jakubowski, K. Pałka, *Środki kompensacyjne*, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 198.

⁶⁰ A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2393)*, <orka.sejm.gov.pl/RexDomk7.nsf/0/.../\$file/i1252-14.rtf> [dostęp 10.07.2015 r.].

k.k. Niniejsza uwaga odnosi się zaś bezpośrednio do kwestii odpowiedzialności sprawców przestępstw komunikacyjnych, korzystających z ubezpieczenia OC. Pomimo zgłaszanych wątpliwości, iż w sytuacji, gdy sprawca dysponuje – wskutek zawarcia umowy ubezpieczenia – uprawnieniem do uchylenia się od obowiązku naprawienia szkody, oddziaływanie niniejszego środka okazuje się w istocie pozorne, w judykaturze stwierdzono jednak, że: „Korzystanie przez sprawcę przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu w komunikacji z ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych za szkody powstałe w związku z ruchem tych pojazdów nie wyłącza ani nakazu orzeczenia obowiązku naprawienia szkody (art. 46 § 1 k.k.), ani możliwości orzeczenia – zamiast tego obowiązku – nawiązki określonej w art. 46 § 2 k.k.”⁶¹. Wobec powyższego nasuwa się w tym miejscu pytanie, czy ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej nie staje się w świetle powyższych realiów *de facto* ubezpieczeniem również od odpowiedzialności karnej⁶²?

Przeprowadzone rozważania pozwalają na sformułowanie kilku wniosków.

1. Okoliczności wymienione w art. 53 § 2 k.k. posiadają charakter ambiwalentny, neutralny, co skutkuje tym, że proces ich dalszego wartościowania pozostawiono już w gestii sądu. Nie wyklucza to tym samym możliwości dokonania ich oceny jako łagodzących albo obciążających. Wobec redakcyjnego ujęcia art. 53 § 2 k.k. niniejsze wartościowanie powinno jednakże nastąpić dopiero po wnikliwej analizie okoliczności danej sprawy, dokonanej w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy. Jednocześnie warto w tym miejscu zaznaczyć, że wskazana powyżej dychotomiczna ocena wskaźników z art. 53 § 2 k.k. nie musi być dokonana w ramach skali jednostopniowej. Wydaje się bowiem, że nie sposób wyeliminować sytuacji, w których – przykładowo – motywy działania sprawcy mogłyby zostać uznane za mniej bądź bardziej szlachetne⁶³.
2. Otwarty katalog okoliczności wymienionych w art. 53 § 2 k.k. oznacza, że może on być uzupełniany o inne czynniki, charakteryzujące czyn oraz osobę sprawcy. Przykładowo, wspomniane okoliczności z art. 53 § 2 k.k. mogłyby więc uzupełniać (obok podreżnikowo eksponowanej tutaj nagminności) takie elementy, jak

⁶¹ Uchwała Sądu Najwyższego z dn. 20 czerwca 2000 r., I KZP 5/00, OSNKW 2000, nr 7–8, poz. 55.

⁶² E. Bieńkowska, *W kierunku lepszej realizacji funkcji kompensacyjnej przez polskie prawo karne – propozycja zmian*, [w:] *Karnomaterialne i procesowe aspekty naprawienia szkody w świetle kodyfikacji karnych z 1997 r. i propozycji ich zmian*, red. Z. Cwiakalski, G. Artymiak, Warszawa 2010, s. 24.

⁶³ Por. J. Giezek, *Okoliczności łagodzące i obciążające a uzasadnianie wyroków w części dotyczącej wymiaru kary*, „Nowe Prawo” 1987, nr 5, s. 54.

np. działanie pod wpływem afektu, usprawiedliwionego rozdrażnienia, gniewu, współczucia, przemęczenia, działania pod wpływem innej osoby, wyzyskanie zależności bądź trudnego położenia, popełnienie przestępstwa na szkodę osoby bezradnej czy z naruszeniem obowiązku wdzięczności⁶⁴. Warto jednakże zaznaczyć, że otwarty charakter wyliczenia zawartego w art. 53 § 2 k.k. nie uprawnia do wysunięcia wniosku, że tym samym katalog okoliczności wpływających na ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu może być tą drogą dowolnie uzupełniany przez organ orzekający. *Prima facie* taki wniosek mógłby wynikać z faktu, że szereg okoliczności wymienionych w art. 53 § 2 k.k. pokrywa się z tymi, które sąd bierze pod uwagę, określając stopień społecznej szkodliwości czynu art. 115 § 2 k.k.⁶⁵

3. Wobec dotychczasowych ustaleń wydaje się, że ewentualne redagowanie otwartego/zamkniętego katalogu okoliczności łagodzących i obciążających w ustawie karnej (samodzielnie bądź obok okoliczności wpływających na wymiar kary – art. 33 k.w.) nie stanowiłoby trafnego rozwiązania. Pojawiające się w tym zakresie wątpliwości są powiązane nie tylko z kwestią dopuszczalnej ingerencji w sferę swobodnego uznania sądowego (zwłaszcza w przypadku, gdy dana okoliczność *in concreto* mogłaby podlegać odmiennym ocenom), lecz także z samą racjonalnością takiego wyróżnienia⁶⁶.
- 4 W kontekście art. 53 § 3 k.k. wypada z kolei zauważyć, że przepis ten posiada wyraźne jednokierunkowe (*de facto* pozytywne, czy też inaczej mówiąc, łagodzące) zabarwienie. Więcej wątpliwości wzbudza natomiast sprecyzowanie prawnokarnego statusu niniejszej regulacji. Wobec podniesionych argumentów wydaje się, że najbardziej przekonującym rozwiązaniem pozostaje zaliczenie komentowanego przepisu w poczet szczególnych dyrektyw sądowego wymiaru kary.
- 5 Nowe brzmienie art. 46 k.k. oraz art. 56 k.k. spowodowało, że obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za wyrządzoną krzywdę utracił swój charakter prawnokarny. Recypowanie prze-

⁶⁴ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *op. cit.*, s. 176.

⁶⁵ Por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 20 września 2002 r., WA 50/02, OSNKW 2003, nr 1–2, poz. 9, w którym stwierdzono, że: „Ze względu na niedopuszczalność rozszerzającej interpretacji art. 115 § 2 k.k., należy przyjąć, iż nagminność przestępstw nie zalicza się do wyznaczników stopnia społecznej szkodliwości czynu”.

⁶⁶ W tym ostatnim przypadku, jak wskazywał T. Bojarski, pojawia się pytanie, czy ustawowy podział na okoliczności łagodzące i obciążające jest w istocie potrzebny? Jak zasugerował autor, tego rodzaju treści są na tyle oczywiste dla interpretatora, że nie wymagają one odrębnego dekretowania w ustawie. Por. T. Bojarski, [w:] T. Bojarski *et alia*, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2009, s. 87.

pisów cywilistycznych (z wyjątkiem możliwości zasądzenia renty – art. 46 § 1 k.k. *in fine*) przy orzekaniu środka z art. 46 k.k. wzbudza jednakże pewne zastrzeżenia. Pojawiające się tutaj wątpliwości dotyczą zaś nie tylko zakresu naprawienia wspomnianych uszczerbków, lecz także dodatkowych ograniczeń, jakie wynikają w tym względzie z brzmienia art. 46 § 2 k.k. oraz cywilistycznej regulacji, przewidującej w pewnych sytuacjach potrzebę miarkowania należnego odszkodowania.

6. Zaprezentowane w I oraz II części ustalenia pozwalają zauważyć, że nieprzestrzeganie określonej konwencji terminologicznej w zakresie problematyki ustawowych wskazań dla sądowego wymiaru kary skutkuje wieloma nieporozumieniami na płaszczyźnie teorii prawa karnego, a w konsekwencji także i pewną dowolnością stosowanej nomenklatury pojęciowej. Przy takim ujęciu podręcznikowy podział na zasady, dyrektywy czy okoliczności wpływające na kształt sądowego wymiaru kary nabiera w istocie ściśle konwencjonalnego charakteru, wzbudzając wręcz pewne zagrożenie dla spójności: „[...] rozstrzygnięć aksjologicznych podbudowujących wymiar kary”⁶⁷. Wydaje się przy tym, że odpowiedzialnością za taki stan rzeczy nie można obciążać wyłącznie doktryny prawa karnego. Współodpowiedzialny pozostaje bowiem także ustawodawca, który konsekwentnie od wejścia w życie kodeksu karnego z 1997 r. abstrahuje od dokonania jakiegokolwiek klasyfikacji ustawowych wskazań sądowego wymiaru kary⁶⁸.

⁶⁷ Por. M. Królikowski, S. Żółtek, *op. cit.*, s. 248.

⁶⁸ Wniosek ten potwierdza wspomniana powyżej, niefortunna intytułacja rozdziału VI kodeksu karnego – „Zasady wymiaru kar i środków karnych”. Odrębną natomiast kwestią pozostaje zagadnienie praktycznej przydatności ustawowych wskazań sądowego wymiaru kary. Zbyt pochopne przecenianie praktycznego znaczenia ustawowych wskazań dla sądowego wymiaru kary uzasadniają zwłaszcza tzw. czynniki pozanormatywne, które – jak stwierdzał T. Kaczmarek – powodują, że komentowane przepisy: „[...] stanowią najczęściej mistyfikację służącą do podtrzymywania złudzeń, że racjonalizowanie kary następować może ściśle wedle przyjętych przez ustawę paradygmatów, w sposób całkowicie niezależny od autonomicznych dyspozycji sędziego do uwzględniania innych zespołów wartości i ich preferencji, wynikających z własnych postaw oceniających”. Por. T. Kaczmarek, *O pozytywnej prewencji ogólnej w ujęciu projektu kodeksu karnego*, „Palestra” 1995, nr 3–4, s. 63 i n.



A B S T R A C T

This article is a continuation of the previously taken theme associated with the classification of the code determinants for the judicial degrees of punishment. The second part of the paper includes a direct reference to the content of statutory regulations arising from the Article 53 § 2 and 3 of the Polish Criminal Code. Furthermore, it includes a separate account of the new wording of Article 56 of the Polish Criminal Code which excludes the application of most of the code provisions related with the degree of penalty (i.e. Article 53 of the Polish Criminal Code, Article 54 § 1 *ibid.*, and Article 55 *ibid.*) in relation to the obligation to make good the damage caused by offence or compensate the harm suffered.

*Wojskowy wymiar sprawiedliwości Stanów
Zjednoczonych – ewolucja źródeł prawa*

*The military justice system of the United
States – the evolution of the sources of law*

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

Powstanie pierwszych źródeł prawa wojskowego Stanów Zjednoczonych datuje się na okres przed uchwaleniem Konstytucji z 1787 roku. Fakt ten sprawił, że przez prawie dwa stulecia ta dziedzina prawa traktowana była jako niemal zupełnie odrębny obszar prawa karnego. Począwszy jednak od połowy XX wieku obserwujemy postępujący proces zbliżania się prawa wojskowego do standardów prawa federalnego i stanowego. Pomimo tego faktu amerykańskie prawo wojskowe nadal pozostaje osobliwe, a szereg jego instytucji wciąż świadczy o europejskich korzeniach tej dziedziny wymiaru sprawiedliwości.

Problematyka prawa karnego wojskowego systemu *common law* nie spotkała się dotychczas z szerszym zainteresowaniem polskiej literatury historycznoprawnej. Istniejące prace naukowe, które poruszają tę tematykę, dotyczą przede wszystkim konkretnego momentu historycznego w jej rozwoju¹. Brak ewidentnie przekrojowych rozważań natury historycznej. Musimy jednak zdawać sobie sprawę z tego, że prawo wojskowe Stanów Zjednoczonych stanowi odrębny – trzeci – system prawa, obok federalnego i stanowego. Co więcej, ta szczególna dziedzina prawa posiada zupełnie inne korzenie. Źródeł tego prawa należy bowiem szukać nie w *english common law*, ale w prawie rzymskim². Co jak na system *common law* samo w sobie jest zjawiskiem wyjątkowym i interesującym jednocześnie.

¹ J. Palus, S.M. Przyjemski, *Ochrona porządku prawnego w siłach zbrojnych państw-członków NATO*, Warszawa 2003; J. Polan-Haraschin, *Prawo karne Wielkiej Brytanii (Zarys)*, Warszawa 1958; idem, *Prawo karne marynarki wojennej Wielkiej Brytanii*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1960, nr 3, s. 375–386.

² Military jury system needs safeguards found in civilian federal courts, Report to the Congress by the Comptroller General of the United States 1977, s. 9, <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GAO-report-76-48.pdf> [dostęp 20.04.2015 r.].

W tym stanie rzeczy warto przedstawić syntetycznie i chronologicznie najważniejsze momenty w ewolucji źródeł prawa karnego wojskowego Stanów Zjednoczonych, których charakterystyka oraz okoliczności dziejowe, w jakich powstawały, wskazują nie tylko na bardzo istotne miejsce tej gałęzi prawa w systemie tego państwa, ale w szczególności na jego specyfikę.

Źródła amerykańskiego prawa karnego wojskowego można klasyfikować wedle przeróżnych kryteriów, nie zapominając o roli precedensów i nauki prawa, przepisów służbowych, zwyczajów wojennych i rozkazów wojskowych. Warto również zwrócić uwagę na to, że pierwsze tego typu akty prawne pojawiły się jeszcze w okresie przedkonstytucyjnym, co też dostrzega się w literaturze, podkreślając, iż prawo wojskowe w ogóle jest „starsze” niż Konstytucja z 1787 roku. Fakt ten nadaje tej gałęzi prawa szczególną rangę i swoistość³.

Czym było od samego początku i jest nadal prawo wojskowe dla Stanów Zjednoczonych, obrazują doskonale słowa Johna Adamsa, który twierdził, że „discipline in army is like the laws in a civil society. There can be no liberty in a commonwealth where the laws are not revered and most sacredly observed, nor can there be happiness or safety in an army for a single hour when discipline is not observed”⁴.

Połączenie dyscypliny z prawem wojskowym to fakt wspólny także dla kontynentalnych systemów prawa, natomiast jak pisze Jonathan Lurie, powołując się dalej na Adamsa, „dyscyplina w armii oraz silny rząd centralny to warunki wolności Stanów Zjednoczonych”⁵.

Widać zatem wyraźnie, że ranga prawa wojskowego w systemie prawa amerykańskiego jest bardzo duża, co tym bardziej wymaga, aby podejmować tę tematykę, zaczynając od zagadnień historycznych.

³ „The source of military jurisdiction is the Constitution; the specific provisions relating to it being found in the powers granted to Congress, in the authority vested in the President, and in a provision of the Fifth Amendment. Military Law is derived from both written and unwritten sources. The written sources are the Articles of War [aktualnie Uniform Code of Military Justice – T.Sz.], adopted as a part of the revised statutes of the United States in 1874 and since amended in some particulars; other statutory enactments relating to the military service; the army regulations; and general and special orders, and decisions promulgated by the War Department and by department, post, and other commanders. The Unwritten Source is the “custom of war,” consisting of the customs of the service both in peace and in war” (*Manual for Court-Martial, Courts of Inquiry and Retiring Boards and of other procedure under military law*, Washington 1908, s. 6; zob. także F.G. Munson, *Military Law*, Annapolis 1923, s. 41; G.B. Davis, *A treatise on the military law of the United States*, New York 1915, s. 2–12).

⁴ J. Lurie, *Military justice in America. The U.S. Court of Appeals for the Armed Forces 1775–1980*, Kansas 2001, s. 3.

⁵ *Ibidem*, s. 3.

The Massachusetts Articles of War z 5 kwietnia 1775 roku

Pierwsze strzały w wojnie o niepodległość zbuntowanych kolonii brytyjskich na kontynencie amerykańskim padły w Massachusetts. To właśnie tam wydano pierwszy akt odnoszący się do odpowiedzialności karnej w oddziałach amerykańskich. Jego specyfika polegała przede wszystkim na tym, że ważne miejsce w jego strukturze zajmowała obszerna preambuła, przedstawiająca powody wystąpienia zbrojnego przeciwko macierzy w Londynie. Koloniści, piórem swoich przedstawicieli zebranych na Kongresie Prowincjonalnym, stanowczo sprzeciwiali się praktyce brytyjskich władz, naruszającej w ich ocenie nie tylko prawa ludzkie, ale także boskie, w obronie których ich przodkowie oddawali życie. Świadomi potrzeby utworzenia sił zbrojnych dla obrony przed postępującym brytyjskim zniewoleniem, uchwalili zasady i regulacje nią rządzące w postaci artykułów wojskowych⁶.

Artykuły bostońskie wzorowane były na brytyjskich regulacjach prawnych z 1765 i 1774 roku oraz szwedzkim prawodawstwie wojennym Gustawa Adolfa z 1621 roku. Składały się z 53 artykułów o charakterze zarówno karnomaterialnym, jak i proceduralnym. Przede wszystkim jednak znaczną część tego aktu zajmowały przepisy prawa karnego materialnego, w których stypizowane były typowe przestępstwa związane ze służbą wojskową i okresem działań wojennych (art. 7 – dezercja, art. 4 – niesubordynacja, przemoc względem przełożonego itp.⁷).

W kontekście prawa karnego materialnego na uwagę zasługuje jeszcze to, że w przepisach statuujących poszczególne typy przestępstw brak – poza wskazaniem kary śmierci – konkretnej sankcji karnej za ich popełnienie⁸. Artykuły, w zależności od typu sądu wojskowego, posługiwały się bowiem albo odwołaniem do kary wynikającej z „natury przestępstwa” (*shall be punished by order of a General Court-Martial, according to the nature of his offence* – art. 5), albo wręcz pozostawiały jej wymierzenie dyskrecjonalnej władzy sądu (*shall be punished at the discretion of a General Court-Martial* – art. 9). Trudno w takiej sytuacji mówić o spełnieniu zasady *nulla poena sine lege*, jednak trzeba mieć na względzie – a wynika to właśnie z preambuły tego aktu – że ustawodawcy obdarzyli oficerów i dowódców odpowiedzialnych za sprawowanie wymiaru sprawiedliwości w wojsku dużym kredytem zaufania, wierząc, że będą oni wykonywać swoje zadania sumiennie

⁶ W. Winthrop, *Military law and precedents*, Washington 1920, Appendix, s. 946–952.

⁷ *Ibidem*, s. 949–950.

⁸ *The Army Lawyer: A history of the Judge Advocate Generals Corps 1775–1975*, s. 10, <http://www.loc.gov/rx/frd/Military_Law/pdf/lawyer.pdf> [dostęp 10.04.2014 r.].

i w zgodzie z poczuciem elementarnych wartości honoru i dobra powszechnego⁹. Stanowiło to ewidentne nawiązanie do rzymskich tradycji uprawnień głównodowodzącego armią, który w praktyce był panem życia i śmierci swoich podkomendnych¹⁰.

Z regulacji ustrojowo-proceduralnych na uwagę zasługuje wyróżnienie dwóch kategorii sądów wojskowych, tj. sądu regimentu (Regimental Court-Martial) i sądu generalnego (General Court-Martial). Podział ten miał w istocie charakter rzeczowy, a nie instancyjny. Kryterium właściwości był ciężar gatunkowy zarzucanego czynu. Sprawy o przestępstwa najcięższe, zagrożone karą śmierci należały do właściwości sądu generalnego, pozostałe rozpatrywał sąd regimentu.

General Court-Martial miał składać się z przynajmniej 13 członków w randze oficerskiej, natomiast Regimental Court-Martial z co najmniej 5. W przypadku trudności w skompletowaniu i tej liczby oficerów sąd regimentu miał liczyć przynajmniej 3 sędziów. Skład sądzący powoływał uprawniony dowódca, który również zatwierdzał orzeczenie przez niego wydane.

W kontekście naczelnych zasad prawa karnego, jakie zaczynają dochodzić do głosu w ustawodawstwach karnych schyłku XIX wieku, warto przytoczyć treść art. 49 A.W. z punktu widzenia zasady *nullum crimen sine lege*. Jego treść była następująca: „All crimes not capital, and all disorders and neglects which Officers and Soldiers may be guilty of, to the prejudice of good order and military discipline, though not mentioned in the Articles of War, are to be taken cognizance of by a General or Regimental Court Martial, according to the nature and degree of the offence, and be punished at their discretion”.

Ewidentnie zasada powyższa nie była spełniona. Co więcej, zastępowała ją reguła analogii, odwołująca się do natury określonego, a nie stypizowanego czynu.

Niezależnie od powyższych zastrzeżeń artykuły Kongresu Prowincjonalnego Massachusetts z 5 kwietnia 1775 roku stały się inspiracją do wydawania podobnych aktów w innych koloniach, przede wszystkim Connecticut i Rhode Island, New Hampshire, Pensylwania i South

⁹ Dzisiaj już nie budzi wątpliwości, że uprawnionym dowódcą do określania sankcji karnej za czyny zabronione określone w prawie wojskowym, aczkolwiek pozbawione wskazania sankcji karnej, jest Prezydent, który w formie rozkazu wykonawczego reguluje te kwestie, G.B. Davis, *A treaties...*, s. 343–344.

¹⁰ C.E. Brand, *Roman military law*, University of Texas Press 2011, s. XV.

Carolina¹¹. Akty te, stanowiące w sposób spontaniczny przez terytorialne ciała przedstawicielskie, stały się podstawą wydanych już na II Kongresie Kontynentalnym przepisów dla całej armii zbuntowanych kolonii.

American Articles of War z 30 czerwca 1775 roku

Wydanie *Massachusetts Articles of War* stanowiło znaczący krok na drodze do regulacji stosunków karnoprawnych w tworzącej się i rosącej liczebnie armii. Dorobek bostoński został w pełni wykorzystany przy opracowywaniu regulacji dla całej armii, niezależnie od partykularyzmu prawnego poszczególnych obszarów. 14 czerwca 1775 roku II Kongres Kontynentalny powołał specjalną komisję do przygotowania zasad i regulacji nią rządzących. W jej skład weszli: George Washington, Philip Schuyler, Silas Deane, Thomas Cushing i Joseph Hewes. Projekt nowego prawa był gotowy już dwa tygodnie później, aby następnie 30 czerwca tego samego roku stać się oficjalnym prawem. Charakterystyczna dla tego aktu była nie tylko regulacja, ale – podobnie jak poprzednio – przede wszystkim preambuła, w obszerny sposób wyjaśniająca powody, dla których kolonie wystąpiły w obronie swoich praw i zdecydowały się powołać własną armię¹².

Zbiór ten oparty był na rozwiązaniach brytyjskich. Pierwotnie liczył 69 postanowień. 7 listopada 1775 roku został poszerzony o kolejne 16 punktów, które w istocie stanowiły samodzielny całość. Dla marynarki wojennej zostały wydane odrębne regulacje 28 listopada 1775 r. o nazwie *Rules for the Regulation of the Navy of the United Colonies*¹³. Podobnie jak przepisy dla armii lądowej, tak i regulacje amerykańskiej marynarki wzorowane były na brytyjskich rozwiązaniach prawnych, a w szczególności na *Articles for the Government of the British Navy* z 1749 roku. To właśnie na nich opierał się główny twórca amerykańskich artykułów marynarki John Adams, który dokonał w nich tylko niezbędnych zmian natury organizacyjnej i ustrojowej, bez podważania ich istoty. Akt liczył 44 artykuły. Kwestiom odpowiedzialności karnej, strukturze wymiaru sprawiedliwości oraz procedurze i prawu karnemu materialnemu poświęcone były przede wszystkim artykuły od 25 do 44. Treść aktu miała być rozpowszechniana wśród załóg okrętów zarówno poprzez wywieszenie tekstu w widocznym miejscu, jak i jego cykliczne odczytywanie¹⁴. Podobnie jak to miało miejsce w przepisach dla

¹¹ W. Winthrop, *Military...*, s. 54.

¹² W. Winthrop, *Military...*, s. 21–22.

¹³ Tekst dostępny pod adresem <<http://www.history.navy.mil/faqs/faq59-5.htm>> [dostęp 12.05.2014 r.].

¹⁴ Art. 7. The Captain is to cause the articles of war to be hung up in some public place of the ship, and read to the ship's company once a month.

armii lądowej, tak i ówczesne regulacje dla marynarki wojennej dalekie były od przestrzegania zasad *nullum crimen* czy *nulla poena sine lege*¹⁵. Przepisy w wersji z 1775 roku nie wyróżniały jeszcze poszczególnych kategorii sądów wojskowych, jak to miało miejsce w armii lądowej¹⁶. Orzeczenie sądu w sprawach najpoważniejszych przestępstw podlegało zatwierdzeniu przez głównodowodzącego¹⁷.

American Articles of War z 20 września 1776 roku

Pomimo modyfikacji z 7 listopada 1775 roku artykuły wojenne nadal pozostawiały wiele do życzenia, przede wszystkim jeżeli chodzi o zakres przedmiotowy regulacji. Szczególnie istotna była kwestia szpiegostwa. W tym celu, za sugestią Geорга Washingtona, powołano specjalną komisję w składzie: John Adams, Thomas Jefferson, John Rutledge, James Wilson i R.R. Livingston. Zadanie postawione komisji przez Kongres, jak podaje W. Winthrop, brzmiało: „to consider what is proper to be done with persons giving intelligence to the enemy or supplying them with provisions”. Projekt nowej regulacji został przedstawiony Kongresowi 7 sierpnia 1776 roku, aby ostatecznie stać się prawem obowiązującym od 20 września 1776 roku¹⁸.

Artykuły wojskowe z września 1776 roku zasługują na szczególną uwagę także choćby z tego względu, że w przeciwieństwie do poprzednich regulacji – również angielskich – odznaczały się znacznie bardziej przejrzystym układem treści. Podzielone były na 18 sekcji, z których każda dzieliła się następnie na artykuły (od 2 do 17). Podobnie jak *Articles of War* z czerwca

¹⁵ Art. 32. There shall be no quarreling or fighting between ship mates on board any ship belonging to the Thirteen United Colonies, nor shall there be used any reproachful or provoking speeches tending to make quarrels and disturbance on pain of imprisonment, and such other punishment as a court-martial shall think proper to inflict.

Art. 33. If any person shall sleep upon his watch, or negligently perform the duty which shall be enjoined him to do, or forsake his station, he shall suffer such punishment as a court-martial shall think proper to inflict, according to the nature of his offence.

Art. 37. The Captain, officers and others shall use their utmost endeavours to detect, apprehend and bring to punishment, all offenders, and shall at all times readily assist the officers appointed for that purpose in the discharge of their duty on pain of their being proceeded against, and punished by a court-martial at discretion.

¹⁶ Art. 39. A court martial shall consist of at least three Captains and three Lieutenants, with three Captains and three first Lieutenants of marines, if there shall be so many of the marines then present, and the eldest Captain shall preside.

¹⁷ Art. 43. The sentence of a court martial for any capital offence shall not be put in execution until it be confirmed by the Commander in Chief of the fleet, and it shall be the duty of the President of every court-martial to transmit to the Commander in Chief every sentence which shall be given, with a summary of the evidence and proceedings thereon by the first opportunity.

¹⁸ W. Aycock, S.W. Wurfel, *Military law under the Uniform Code of Military Justice*, North Carolina 1955, s. 9–10.

1776 roku, tak i te w wersji z września 1776 roku regulowały łącznie kwestie materialnoprawne, procesowe i ustrojowe. Warto jednak podkreślić, że te dwie ostatnie dziedziny zostały wyraźnie wyodrębnione w postaci rozbudowanej sekcji XIV, składającej się z aż 22 artykułów, których istotę można wyrazić w postaci następujących zagadnień:

- w charakterze oskarżyciela występował judge-advocate general lub osoba przez niego wytypowana,
- utrzymano zasadę funkcjonowania dwóch kategorii sądów wojskowych, tj. General Court-Martial (min. 13 sędziów) i Regimental Court-Martial (min. 5 sędziów),
- postępowanie sądowe miało się odbywać w godzinach od 8.00 do 15.00, chyba że zachodził wypadek nagły, wymagający natychmiastowej reakcji („except in cases which require an immediate example”),
- areszt miał trwać nie dłużej niż 8 dni, chyba że w tym terminie sąd wojskowy nie zdołałby się zebrać,
- wykonanie wyroku sądu generalnego nie mogło mieć miejsca przed jego zatwierdzeniem przez Kongres, generała lub innego kompetentnego dowódcę; brak instancji odwoławczej,
- każda osoba posiadająca wiedzę na temat przestępstwa była zobligowana do złożenia zeznań pod przysięgą,
- posiedzenie sądu miało odbywać się w nastroju powagi i szacunku dla składu sądującego; wszelkie naruszanie porządku w trakcie rozprawy (słowem, gestem) było karane wedle uznania sądu,
- głosowanie odbywało się z uwzględnieniem stażu służby sędziów – od najmłodszego do najstarszego służbą,
- narada nad wyrokiem była tajna,
- wyrok nie mógł być wyjawiony (ogłoszony), aż do momentu jego zatwierdzenia przez właściwą władzę wojskową (uprawnionego dowódcę).

Warto nadmienić, że omawiane przepisy zakładały ich pełną znajomość tak przez oficerów, jak i żołnierzy niższych rangą, przewidując obowiązkowe ich rozpowszechnienie wśród kadr oficerskich, a także ich ogłaszanie pozostałym żołnierzom, przynajmniej raz na dwa miesiące przed frontem regimentu, kompanii itp.

American Articles z 31 maja 1786 roku

Reformę artykułów wojskowych w 1786 roku podjęto na skutek faktycznego braku możliwości zadośćuczynienia wymaganiom poprzedniej wersji prawa, zwłaszcza w kwestii składów osobowych sądów wojskowych i ich powoływania. Jak można bowiem wyczytać z preambuły tego aktu,

w oddziałach wojskowych o mniejszej liczbie kadry oficerskiej nie było w zasadzie możliwości skompletowania składu przynajmniej 13 sędziów, aby powołać sąd generalny (General Court-Martial). W praktyce skutkowało to bezkarnością za pewne kategorie ciężkich przestępstw, a w konsekwencji szkodą dla dyscypliny i wizerunku służby wojskowej.

Z tychże właśnie względów zdecydowano się na reformę całej sekcji XIV artykułów z 1776 roku w postaci regulacji zatytułowanej *Administration of Justice*, która podzielona została tym razem na 27 artykułów, w całości poświęconych kwestiom proceduralnym i ustrojowym sądownictwa wojskowego¹⁹.

Tak jak dotychczas, ustawodawstwo przewidywało dwie kategorie sądów wojskowych, tj. General Court-Martial i Regimental Court-Martial, z tym że ten pierwszy miał składać się z minimum 5 do 13 członków łącznie, a sąd regimentu z 3 oficerów. Obowiązujący do tej pory podział właściwości rzeczowej został zachowany. Sprawy o ciężkie przestępstwa zagrożone zwłaszcza karą śmierci lub wydaleniem oficera ze służby należały do właściwości sądu generalnego, a pozostałe czyny do kompetencji sądu regimentu. Co warte podkreślenia, po raz pierwszy bardzo wyraźnie zaznaczono możliwość powołania trzeciej kategorii sądu wojskowego, a mianowicie sądu garnizonowego, także złożonego z 3 oficerów. Była to ewidentna odpowiedź na zapotrzebowanie struktur sądownictwa wojskowego na niższych szczeblach armii, a zatem także w fortach, koszarach czy wszędzie tam, gdzie stacjonowało wojsko, a zaistniała potrzeba powołania sądu przy jednocześnie relatywnie małej liczbie oficerów uprawnionych do pełnienia funkcji sędziowskich. Utrzymano instytucję zatwierdzania wyroku przez Kongres, sekretarza wojny, właściwego generała czy innego uprawnionego dowódcę, w zależności od rozstrzygnięcia zawartego w wydawanym orzeczeniu.

Ułatwieniem organizacyjnym było także bez wątpienia powierzenie roli oskarżyciela nie tylko judge advocat'owi lub osobie przez niego wybranej, ale także osobie mianowanej przez dowódcę armii czy garnizonu. Co więcej, po raz pierwszy (art. 6 A.W.) przepisy stanowiły, że judge advocate czy inna osoba pełniąca funkcję oskarżyciela ma również pełnić rolę obrońcy sądzonego, na wypadek pytań, na które odpowiedź oznaczałaby samooskarżenie podsądnego. Judge advocate pełnił nadal także funkcje administracyjne oraz organizacyjne w trakcie postępowania, do których należało w szczególności zaprzysiężanie świadków i sędziów oraz prowadzenie akt sprawy.

W omawianym akcie podjęto wyraźną próbę dookreślenia sankcji karnej za poszczególne przestępstwa. I tak art. 24 stanowił, że „No person shall

¹⁹ W. Winthrop, *Military...*, s. 22-23.

be sentenced to suffer death, except in the cases expressly mentioned in the foregoing articles; nor shall more than 100 lashes [kara chłosty – T.Sz.] be inflicted on any offender at the discretion of a court-martial”²⁰.

Nie sposób nie wspomnieć o jeszcze jednym organie, którego funkcjonowanie zostało uregulowane w tym akcie, a mianowicie o Court of Inquiry²¹. Jak wynika z art. 25 A.W., był on odpowiedzialny za prowadzenie wstępnego śledztwa, zarządzanego na polecenie generała lub oficera dowodzącego w celu zbadania natury zdarzenia, oskarżenia czy posądzenia żołnierza. Materiał zgromadzony przez Court of Inquiry miał być następnie przekazywany oficerowi dowodzącemu do decyzji i wykorzystania w dalszym postępowaniu sądowym.

Skład tego sądu, a raczej komisji, miał liczyć od 1 do maksymalnie 3 członków, przy udziale judge advocate’a lub innej odpowiedniej osoby jako prowadzącej protokół, wzywającej i zaprzysięgającej świadków.

Z następnego przepisu tego aktu, tj. art. 26, należy wnioskować z kolei, że powyższy swoisty „przesąd” mógł mieć praktycznie zastosowanie tylko w sprawach o stosunkowo lekkim ciężarze gatunkowym, albowiem nie mógł obejmować czynów zagrożonych karą śmierci czy wydaleniem ze służby oficera.

Co warte podkreślenia, Court of Inquiry traktowany był z pewną nieufnością przez ustawodawcę, chociaż z założeń tej regulacji wynikało, że miała ona być usprawnieniem wojskowego sądownictwa, czymś w rodzaju sita oddzielającego sprawy, które rzeczywiście winny trafić do sądu, od tych, które nigdy nie powinny się tam znaleźć. Najwyraźniej obawiano się jednak wykorzystywania tej uproszczonej procedury w niewłaściwych celach, dlatego uzależniono możliwość jej wszczęcia i prowadzenia od żądania oskarżonego²².

²⁰ W. Winthrop, *Military...*, s. 974.

²¹ Art. 25. In such case where the general or commanding officer may think proper to order a court of inquiry, to examine into the nature of any transaction, accusation or imputation against any officer or soldier, the said court shall be conducted conformably to the following regulations: It may consist of one or more officers, not exceeding 3, with the judge advocate or a suitable person as a recorder, to reduce the proceedings and evidence to writing, all of whom shall be sworn to the faithful performance of their duty. This court shall have the same power to summon witnesses as a court-martial, and to examine them on oath. But they shall not give their opinion on the merits of the case, excepting they shall be thereto specially required. The parties accused shall also be permitted to cross-examine and interrogate the witnesses, so as to investigate fully the circumstances in question.

²² Art. 26. The proceedings of a court of inquiry must be authenticated by the signature of the recorder and the president, and delivered to the commanding officer; and the said proceedings may be admitted as evidence, by a court-martial, in cases not capital or extending to the dismissal of an officer; provided, that the circumstances are such that oral testimony cannot be obtained. But, as courts of inquiry may be perverted to dishonorable purposes, and may be considered as engines of destruction to military merit, in the hands of weak and envious commandants, they are hereby prohibited, unless demanded by the accused.

Dla marynarki wojennej wejście w okres konstytucyjny również oznaczało zmiany w regulacjach prawnych. Reforma organizacyjna rozpoczęta w 1798 roku poskutkowała wydaniem 23 kwietnia 1800 roku nowego dokumentu zawierającego zbiór przepisów prawa karnego wojskowego pt. *An act for the better government of the navy of the United States* (wszedł w życie 1 czerwca 1800 roku²³).

Składający się z 42 artykułów dokument łączył regulacje ustrojowe, proceduralne i materialnoprawne. Wyróżniał dwie kategorie organów orzekających o odpowiedzialności karnej, tj. Naval General Courts-Martial oraz Court of Inquiry. Był to podział rzeczowy, a nie instancyjny. Sąd generalny miał składać się z przynajmniej 5, ale nie więcej niż z 13 oficerów. Court of Inquiry z kolei miał liczyć 3 członków. Organizacja osobowa sądów marynarki wojennej pokazuje, że przy regulacji prawnej dotyczącej ich uwzględniono doświadczenia i problemy w tym zakresie, które znalazły rozwiązanie w artykułach dla armii lądowej z 1786 roku.

Wszystkie kategorie organów sądowych były powoływane *ad hoc* do konkretnej sprawy. Pewne lżejsze przestępstwa (np. kradzież do 20 dolarów) pozostawione były jurysdykcji kapitana statku²⁴. Akt ten, podobnie jak współczesne mu regulacje dla wojsk lądowych, nie wprowadzał w życie konsekwentnie zasady *nullum crimen sine lege*, czego jaskrawym dowodem był art. XXXII o następującej treści: „All crimes committed by persons belonging to the navy, which are not specified in the foregoing articles, shall be punished according to the laws and customs in such cases at sea”.

Nad przebiegiem postępowania karnego czuwał judge advocate. On też zaprzysięgał sędziów i świadków oraz przygotowywał dokumentację procesową. Nie było możliwości odwołania od orzeczenia sądu, wyrok jednak nie podlegał wykonaniu do czasu jego zatwierdzenia przez uprawnioną władzę (prezydenta, dowódcę floty, dowódcę powołującego sąd etc.)²⁵.

²³ A bill for the better government of the Navy of the United States, 3rd March, 1800, dostępny pod adresem <<http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llhb&fileName=020/llhb020.db&recNum=150>> [dostęp 12.05.2014 r.]; zob. także Naval Regulations Issued by Command of the President of the United States of America (Washington, D.C.: Printed for the Navy Office, 1814) dostępne pod adresem <<http://www.history.navy.mil/faqs/faq59-19.htm#anchor157071>> [dostęp 12.05.2014 r.].

²⁴ Art. XXVI. Any theft not exceeding twenty dollars may be punished at the discretion of the captain, and above that sum, as a court martial shall direct, R. Peters, *The Public Statutes at large of the United States of America, from the organization of the government in 1799 to march 3, 1845*, Boston 1850, s. 47.

²⁵ Art. XLI. All sentences of courts martial, which shall extend to the loss of life, shall require the concurrence of two thirds of the members present; and no such sentence shall be carried into execution, until confirmed - confirmed by the President of the United States; or if the trial take place

Akt z 1800 roku obowiązywał w niemal niezmienionym kształcie aż do 1862 roku²⁶.

Articles of War z 10 kwietnia 1806 roku

W dniu 10 kwietnia 1806 weszła w życie nowa wersja artykułów wojennych. Był to pierwszy, pełny zbiór prawa karnego armii USA po wejściu w życie Konstytucji z 1787 roku. Zbiór liczył 101 artykułów i dodatkowo zawierał przepisy o szpiegostwie²⁷. W zasadniczych kwestiach proceduralnych i ustrojowych stanowił kontynuację artykułów z 1786 roku. Był on następnie kilkakrotnie nowelizowany w związku z kolejnymi konfliktami zbrojnymi, a zwłaszcza wojną secesyjną, w trakcie której 17 artykułów zmieniono, a 8 nowych dodano²⁸.

Dla kompletności rozważań warto wspomnieć, że w sądownictwie armii konfederatów obowiązywały również Artykuły Wojenne z 1806 roku w postaci aktu zatytułowanego *An Act to organize Military Courts to attend the Army of the Confederate States in the Field and to define the Powers of said Courts* z 9 października 1862 roku. Przepisy te w stosunku do prawa obowiązującego w wojskach Unii różniły się wyłącznie w zakresie terminologii wynikającej raczej z przyczyn politycznych niż merytorycznych²⁹. I tak w regulacjach tych zamiast „United States” mamy „Confederate States”, zamiast „President of United States” występuje „President of Confederate State” etc.³⁰ Treść merytoryczna i numeracja samych artykułów były identyczne.

out of the United States, until it be confirmed by the commander of the fleet or squadron; all other sentences may be determined by a majority of votes, and carried into execution on confirmation of the commander of the fleet, or officer ordering the court, except such as go to the dismissal of a commissioned or warrant officer, which are first to be approved by the President of the United States.

²⁶ Naval Justice, 1945, s. 18–21, <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Morgan-Papers/Vol-III_Naval-Justice.pdf> [dostęp 10.04.2014 r.].

²⁷ W. Winthrop, *Military...*, s. 23.

²⁸ F.G. Munson, *Military...*, s. 7; W. Winthrop, *Military...*, s. 976–985.

²⁹ Zob. także *An Act to organize Military Courts to attend the army of the Confederate States in the field, and to define the Powers of said Courts* w: *Military laws of the Confederate States embracing all the legislation of congress appertaining to military affairs from the first to the last session inclusive with a copious index*, Richmond 1863, s. 78. Tekst dostępny pod adresem <<http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=dul1.ark:/13960/t0ks7fj06;view=1up;seq=5>> [dostęp 27.03.2014 r.].

³⁰ *Articles of War for the government of the Armies of the Confederate States*, Charleston 1861, tekst dostępny pod adresem: <<http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=dul1.ark:/13960/t15m-71w8d;view=1up;seq=2>> [dostęp 27.03.2014 r.].

American Articles of War z lat 1874–1916

Od czasu ostatniej całościowej rewizji artykułów wojskowych z 1806 roku minęło wiele lat, w trakcie których kolejne konflikty z udziałem wojsk Stanów Zjednoczonych wymogły zmiany w obowiązujących przepisach, a nawet dodanie nowych. Kompilacja tych zmian i nowości w stosunku do wersji z 1806 roku poskutkowała wydaniem 22 czerwca 1874 roku kolejnej wersji *Articles of War*, która liczyła już 128 artykułów. Ważnym *novum* było uwzględnienie (1863 rok) rozszerzenia jurysdykcji sądów wojskowych także na przestępstwa pospolite, takie jak kradzież, morderstwo, pobicie i gwałt, popełniane w czasie wojny przez osoby wojskowe. Dotychczas jurysdykcja ograniczała się do przestępstw wojskowych związanych ze służbą wojskową, co też należy uznać za wpływ tradycji brytyjskiego prawa wojskowego, które niemal do schyłku XIX wieku obowiązywało jedynie w czasie wojny, a w czasie pokoju tylko w koloniach i dominiach. Co więcej, art. 62 umożliwiał wręcz nieograniczoną jurysdykcję przełożonych wojskowych i podległych im sądów wojskowych o jeszcze inne czyny zabronione, także powszechne, wedle kryterium „naruszenia dyscypliny i posłuszeństwa rozkazom”³¹.

Było to kolejne odstępstwo od zasady *nullum crimen sine lege*. Nie może zatem dziwić fakt, że tuż po I wojnie światowej, w XX-wiecznej rzeczywistości prawnej, rozwiązanie to było bardzo krytykowane, jako nadmierne rozszerzające właściwość rzeczową sądów wojskowych³².

Słabością tego aktu było także to, że większość jego pozostałych postanowień ustrojowych i proceduralnych (aż 87 artykułów) była wręcz dosłownym odpowiednikiem wersji z początków XIX wieku, a w konsekwencji jako przestarzałe nie odpowiadały nowej rzeczywistości po wojnie domowej³³. Było jasne, że dokonana rewizja stanowiła jedynie wstęp do poważniejszych zmian w prawie wojskowym, które miały nastąpić w kolejnych latach. Do najważniejszych należy zaliczyć:

– *Act establishing the Summary Court* (z 1898 roku) – ustanowienie nowej kategorii sądu wojskowego, tj. Summary Court-Martial, którego kompetencje w zasadzie pokrywały się w czasie pokoju z właściwością do-

³¹ Art. 62. All crimes not capital and all disorders and neglects, which officers and soldiers may be guilty of, to the prejudice of good order and military discipline, though not mentioned in the foregoing articles of war, are to be taken cognizance of by a general or regimental garrison or field-officer's court-martial, according to the nature and degree of the offense and punished at the discretion of such court.; zob. także S.N. Katz, *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford 2009, vol. 4, s. 177.

³² *Fundamentals of military law*, Department of the Army 1976, s. 5–7. i n., <<http://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=uiug.30112101041603;view=1up;seq=1>> [dostęp 10.04.2014 r.].

³³ *A Manual for Courts-Martial, Court of Inquiry and other procedure under military law*, Washington 1918, s. X.

tychczasowego sądu regimentu i garnizonu, a w czasie wojny z właściwością oficerskiego polowego sądu wojskowego;

– *Act to prevent the failure of military justice* (z 1901 roku) – prawo mające zagwarantować należyty przebieg postępowania sądowego przed sądem wojskowym z udziałem osób niewojskowych. Zapewnienie współdziałania cywilnych sądów i prokuratur w karaniu osób uchylających się od uczestnictwa w wojskowym wymiarze sprawiedliwości;

– *Act of maximum punishment* (z 1890 roku) – uregulowanie wymiaru kary orzekanej przez sąd wojskowy, zwłaszcza General Court-Martial³⁴.

Warto również wspomnieć o nowelizacji, na mocy której prezydent uzyskał prawo do wydawania prawa w zakresie funkcjonowania sądownictwa wojskowego³⁵. Ważną reformą było także zreorganizowanie 2 marca 1913 roku struktury wojskowego wymiaru sprawiedliwości prowadzące do ostatecznej likwidacji sądów garnizonowych i regimentowych oraz powołania w ich miejsce Special Court-Martial. Z kolei 29 sierpnia 1916 roku wprowadzono regulację, na mocy której każdy oficer uzyskał prawo do zasiadania w składzie sądu wojskowego. Nowela z tej daty podkreśliła także tendencje do rozszerzania jurysdykcji sądów wojskowych. Wymóg, aby w istocie przestępstwa pospolite takie jak napad, podpalenie czy rabunek były szkodliwe dla dyscypliny i posłuszeństwa rozkazom, został usunięty³⁶.

Omawiając źródła prawa wojskowego marynarki wojennej, należy wspomnieć o dacie 17 czerwca 1862 roku. Wtedy to weszła w życie nowa wersja *The Articles for the Government of the Navy*³⁷. Akt ten składał się z 70 artykułów i obowiązywał, z niewielkimi zmianami, aż do wejścia w życie *Uniform Code of Military Justice*, czyli do 1950 roku.

Podobnie jak artykuły dla armii lądowej, prawo marynarki wojennej łączyło w jednym akcie zagadnienia prawnomaterialne, ustrojowe i proce-

³⁴ E. Dudley, *Military law and the procedure of courts-martial*, New York 1907, Appendix A-D, s. 459 i n.; *A Manual for Courts-Martial, Court of Inquiry and Retiring Boards, and other procedure under military law*, Washington 1910, s. 129–133.

³⁵ Art. 38. The President may by regulations, which he may modify from time to time, prescribe the procedure, including modes of proof, in cases before courts-martial, courts of inquiry, military commissions, and other military tribunals: provided, that nothing contrary to or inconsistent with these articles shall be so prescribed: provided further, that all rules made in pursuance of this article shall be laid before the Congress annually.

³⁶ Fred K. Morrison, *Court-Martial Jurisdiction: The Effect of O'Callahan v. Parker*, 11 Wm. & Mary L. Rev. (1969), s. 509, <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol11/iss2/8>> [dostęp 24.06.2014 r.].

³⁷ Tekst w wersji z 1932 roku dostępny pod adresem <<http://www.history.navy.mil/faqs/faq59-7.htm>> [dostęp 12.05.2014 r.]; zob także Naval Justice tekst dostępny pod adresem <http://www.loc.gov/r/r/frd/Military_Law/Morgan-Papers/Vol-III_Naval-Justice.pdf> [dostęp 12.05.2014 r.].

duralne. Zbiór ten przewidywał następujące kategorie sądów wojskowych: General Courts-Martial, Summary Courts-Martial, Court of Inquiry i Deck Courts-Martial. Procedura i ustrój sądów opierały się bez wątpienia na przepisach wojsk lądowych, albowiem składy sądów, tryby ich powoływania, instytucja zatwierdzania orzeczeń (art. 54) były uregulowane w sposób identyczny jak w *The Articles of War* z 1806 roku. Różnice wynikały przede wszystkim ze specyfiki służby wojskowej na okrętach oraz kategorii oficerów posiadających uprawnienia w sądownictwie wojskowym.

American Articles of War z 4 czerwca 1920 roku

W historii wojskowego wymiaru sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych nie było nigdy zakrojonej na tak dużą skalę dyskusji jak ta, która miała miejsce po zakończeniu I wojny światowej. W literaturze nie bez przesady określa się ją mianem wielkiej debaty (*Great Debate*)³⁸. Doświadczenia funkcjonowania sądownictwa wojskowego amerykańskich sił ekspedycyjnych w Europie, krytyka opinii publicznej (prasy) oraz zarzuty ze strony niektórych członków Kongresu wymogły wówczas dokonanie gruntownej oceny obowiązującego prawodawstwa karnego wojskowego.

W sposób syntetyczny wszelkie uwagi i zastrzeżenia dotyczące wojskowego wymiaru sprawiedliwości przedstawił ówczesny szef sądownictwa wojskowego judge advocat-general E.H. Crowder w swojej korespondencji prowadzonej z sekretarzem wojny N.D. Baker'em³⁹. I chociaż w jego oce-

³⁸ *Fundamentals...*, s. 9 i n.; szerzej zob. J. Lurie, *Military...*, s. 28 i n.

³⁹ 1. That the general treatment of accused soldiers is not according to the rigid limitations of law as embodied in the Criminal Code, but is according to the arbitrary discretion of the commanding officer in each case; 2. That the military Criminal Code itself is not modern and enlightened, but is an archaic code which systematically belongs to medieval times; 3. That a soldier may be put on trial by a commanding officer's arbitrary discretion, without any preliminary inquiry into the probability of the charge; 4. That commanding officers do thus put on trial a needlessly large number of trivial charges; 5. That the court-martial is composed of and the defense is conducted by men not acquainted with military law; 6. That the Judge Advocate combines incongruously the functions of prosecutor, judicial adviser of the court, and defender of the accused; 7. That second lieutenants "knowing nothing of law and less than nothing of court-martial procedure" are assigned to the defense of enlisted men charged with capital or other most serious offenses; 8. That a plea of guilty is received from an accused on a charge for which the sentence of death may be imposed; 9. That commanding generals, as reviewing authorities, send back for reconsideration judgments of acquittal; 10. That the judgment of the court is kept secret until after the action of the reviewing authority is taken, even when the initial judgment is an acquittal; 11. That the sentences imposed by courts-martial are as a rule excessively severe; 12. That the sentences imposed by courts-martial are variable for the same offense; 13. That the Judge Advocate General's office either partakes in the attitude of severity or makes no attempt to check it by revisory action; 14. That the action taken in the Judge Advocate General's office is ineffectual to enforce military law and procedure, because its rulings do not have the force of a Supreme Court mandate, but are only recommendatory, and are either ignored by the division commanders or vetoed by the Chief of Staff, *Military justice during*

nie znaczna część tych zarzutów wynikała raczej z niezajomości specyfiki wojskowego wymiaru sprawiedliwości w trakcie działań wojennych niż z rzeczywistej wadliwości samego sądownictwa wojskowego, to jednak takie argumenty, jak: praktyczny brak kontroli odwoławczej, pochopne kierowanie przez dowódców wyroków uniewinniających do ponownego – „skazującego” – rozpoznania, przestarzały charakter prawa i procedury karnej wojskowej, kumulacja ról procesowych w osobie *judge advocat’a*, czy wreszcie zarzut niezajomości przepisów prawa przez sędziów i przypadkowość wyrokowania wojskowych musiały skłaniać do refleksji i skutkować reformą prawodawstwa.

Po przeprowadzeniu monitoringu funkcjonowania amerykańskich sądów wojskowych w Europie, zaproszeniu do współpracy przedstawicieli sądownictwa wojskowego koalicjantów z czasów Wielkiej Wojny (m.in. Wielkiej Brytanii, Belgii i Francji) oraz staraniem specjalnych komisji Departamentu Wojny, Senatu i Izby Reprezentantów, które przeprowadziły liczne przesłuchania osób odpowiedzialnych za wojskowy wymiar sprawiedliwości, powstał w lipcu 1919 roku projekt zmian w *Articles of War*⁴⁰. Rewizja została ogłoszona jako rozdział II *Army Reorganization Act* z 4 czerwca 1920 roku. Nowe prawo weszło w życie 4 lutego 1921 roku⁴¹.

Charakteryzując powyższy akt przez pryzmat wcześniejszych regulacji tego typu, należy wskazać, że chociaż nadal regulował on zarówno kwestie materialnoprawne, proceduralne, jak i ustrojowe sądownictwa wojskowego w jednym dokumencie, to jednak dostrzegalna była wyraźna próba wyodrębnienia wymienionych dziedzin w postaci samodzielnych części [część II A-C „Courts-Martial” (ustroj), część II D „Procedure” (procedura) czy część III „Punitive Articles” (prawo karne materialne)].

Zbiór liczył 121 artykułów. Utrzymano zasadę trzech kategorii sądów wojskowych, tj. General Court-Martial (min. 5 członków), Special Courts-Martial (min. 3 członków) i składający się z jednego oficera jako sędziego Summary Court-Martial (art. 3–7). Wciąż nie był to podział instancyjny, ale wyłącznie rzeczowy, a każdy sąd wojskowy był organem powoływanym *ad hoc* przez uprawnionego dowódcę, kiedy tylko zaszła taka potrzeba.

Ważną zmianą względem dotychczasowego stanu prawnego był obowiązek wyznaczenia, jako jednego z członków sądu generalnego, osoby bę-

the war, A letter from the Judge Advocate General of the Army to the Secretary of War in reply to a request for information, Washington 1919, s. 12–13.

⁴⁰ *Proceedings and report of Special War Department Board on Courts-Martial and their procedure*, Washington 1919, s. 16 i n.

⁴¹ *A manual for court-martial. Revised in the office of the Judge Advocate General of the Army and published by direction of the President*, Washington 1920, s. VII–X.

dącej oficerem Judge Advocate General's Department (*law member*). Był to efekt wpływu krytyki odnośnie do rzekomego braku wiedzy z zakresu prawa oficerów pełniących funkcję sędziów w sprawach o najpoważniejsze przestępstwa. Regulacja powyższa nie była do końca konsekwentna, albowiem właściwy przepis (art. 8 ust. 2 A.W.) pozwalał na wybranie innego, „odpowiedniego” oficera, jeżeli prawnik z biura JAG był niedostępny. W praktyce oznaczało to utrzymanie przekonania, wedle którego każdy oficer, który w trakcie nauki w West Point musiał zdać egzamin z prawa wojskowego, był kompetentny do zasiadania w sądzie wojskowym, pomimo najzwyczajniej braku wykształcenia prawniczego.

Kolejna modyfikacja, na którą należy zwrócić uwagę, to wyraźne dążenie do rozdzielenia ról procesowych takich jak obrońca, oskarżyciel, doradca prawny sądu wojskowego i dowódca zatwierdzający wyrok. Dotychczas w zasadzie funkcje te pełnił judge advocat-general. Nowe uregulowanie nie pozostawiało wątpliwości, że jakakolwiek osoba zaangażowana w sam proces nie może następnie referować sprawy dowódcy uprawnionemu do zatwierdzenia zapadłego w tym procesie orzeczenia⁴².

Funkcje oskarżyciela w imieniu Stanów Zjednoczonych miał pełnić trial judge advocat, a oskarżony miał prawo do obrońcy. Procedura karna zabraniała zmuszania do samooskarżania się zeznającego świadka, ustanawiała jako zasadę podejmowanie decyzji kwalifikowaną większością $\frac{3}{4}$ głosów (za wyjątkiem kary śmierci, kiedy to obowiązywała jednomyślność) – art. 43 A.W.

Chyba jednak najbardziej rewolucyjną zmianą dotychczasowego stanu prawnego było wprowadzenie art. 50^{1/2} A.W.⁴³ Ten rozbudowany przepis, którego fragmenty przytoczono w przypisie, ustanawiał coś na miarę kontroli odwoławczej z urzędu. Rolę organu odwoławczego miała pełnić specjalna komisja złożona z fachowców departamentu JAG. Do jej kompetencji miało należeć opiniowanie orzeczeń sądów wojskowych przed ich zatwierdzeniem przez uprawnionego dowódcę. Tryb ten dotyczył przede

⁴² [...] That no officer who has acted as memher, trial judge advocate, assistant trial judg'e advocate, defense counsel, or assistant defense counsel in any case shall subsequently act as staff judge advocate to the reviewing or confirming authority upon the same case (art. 11 in fine A.W.); por. C.E. Brand, *Roman...*, s. XVII.

⁴³ Art. 50^{1/2}. [Review; Rehearing] – The Judge Advocate General shall constitute, in his office, a board of review consisting of not less than three officers of the Judge Advocate General's Department.

Before any record of trial in which there has been adjudged a sentence requiring approval or confirmation by the President under the provisions of article 46, article 48, or article 51 is submitted to the President, such record shall be examined by the board of review. The board shall submit its opinion in writing, to the Judge Advocate General, who shall, except as herein otherwise provided, transmit the record and the board's opinion, with his recommendations, directly to the Secretary of War for the action of the President [...].

wszystkim spraw o najpoważniejsze przestępstwa, zagrożone karą śmierci czy wydaleniem ze służby oficera, połączonym z jego degradacją⁴⁴. W pozostałych kategoriach spraw należących do właściwości niższych sądów obowiązywał dotychczasowy tryb kontroli orzeczenia przed zatwierdzeniem przez właściwą władzę wojskową, a sprowadzający się do opiniowania sprawy przez oficera pełniącego funkcję sztabowego doradcy prawnego dowódcy (stuff judge advocat).

Przedstawiony wyżej system kontroli odwoławczej stanowił formę kompromisu pomiędzy brakiem jeszcze wówczas zgody na utworzenie wojskowego sądu apelacyjnego a panującą nadal instytucją zatwierdzania orzeczeń⁴⁵.

Z części poświęconej prawu karnemu materialnemu na uwagę zasługuje potwierdzenie zakazu stosowania okrutnych i niezwykłych kar takich jak: chłosta, piętnowanie czy tatuowanie⁴⁶. Czyny zabronione stypizowane w tym akcie nosiły charakter zarówno przestępstw powszechnych, jak i wojskowych.

⁴⁴ Art. 46. [Action by Convening Authority] – Under such regulations as may be prescribed by the President every record of trial by general court-martial or military commission received by a reviewing or confirming authority shall be referred by him, before he acts thereon, to his staff judge advocate or to the Judge Advocate General. No sentence of a court-martial shall be carried into execution until the same shall have been approved by the officer appointing the court or by the officer commanding for the time being.

Art. 48. [Confirmation – When Required] – In addition to the approval required by article 46, confirmation by the President is required in the following cases before the sentence of a court-martial is carried into execution, namely:

- a) Any sentence respecting a general officer;
- b) Any sentence extending to the dismissal of an officer, except that in time of war a sentence extending to the dismissal of an officer below the grade of brigadier general may be carried into execution upon confirmation by the commanding general of the army in the field or by the commanding general of the territorial department or division;
- c) Any sentence extending to the suspension or dismissal of a cadet; and
- d) Any sentence of death, except in the cases of persons convicted in time of war of murder, rape, mutiny, desertion, or as spies; and in such excepted cases a sentence of death may be carried into execution, subject to the provisions of article 501/2, upon confirmation by the commanding general of the Army in the field or by the commanding general of the territorial department or division.

When the authority competent to confirm the sentence has already acted as the approving authority no additional confirmation by him is necessary.

Art. 51. [Suspension of Sentences of Dismissal or Death] – The authority competent to order the execution of a sentence of dismissal of an officer or a sentence of death may suspend such sentence until the pleasure of the President be known, and in case of such suspension a copy of the order of suspension, together with a copy of the record of trial, shall immediately be transmitted to the President.

⁴⁵ *Reform of the court of military appeals*, Washington 1979, s. B-16-18.

⁴⁶ Art. 411. [Cruel and Unusual Punishments Prohibited] – Cruel and unusual punishments of every kind, including flogging, branding, marking, or tattooing on the body, are prohibited.

Uniform Code of Military Justice z 5 maja 1950 roku

Okres II wojny światowej był dla wojskowego wymiaru sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych wydarzeniem bez precedensu, co dobitnie obrazuje fakt zwołania w jego trakcie ponad 2 milionów sądów wojskowych różnych kategorii, przy zaangażowaniu w konflikt ponad 16 milionów żołnierzy amerykańskich⁴⁷. Podobnie jak po zakończeniu I wojny światowej, pojawiła się znacząca fala krytyki funkcjonowania wojskowego wymiaru sprawiedliwości, z niemal identycznymi zarzutami, jakie wówczas wysuwano. Znacznie wyraźniej podnoszono jednak potrzebę stworzenia wojskowego systemu odwoławczego z prawdziwego zdarzenia, a nie opartego na zatwierdzeniu przez właściwą władzę wojskową czy opiniowaniu przez komisję Departamentu JAG. Jak nigdy przedtem nie był aktualny problem jednolitego prawa wojskowego dla wszystkich rodzajów sił zbrojnych, a zatem także marynarki wojennej, sił powietrznych i straży przybrzeżnej. Niezbędna była gruntowna rewizja w tym zakresie.

Przygotowania nad reformą dotychczasowych *Articles of War* rozpoczęły się już 1946 roku. Brały w niej udział zarówno komisje Kongresu, jak i organa Departamentu Obrony USA. W prace nad nowym prawem wojskowym szczególnie zaangażowana była tzw. komisja Forrestala, nazwana tak od nazwiska ówczesnego sekretarza obrony Jamesa V. Forrestala, który powołał ją latem 1948 roku. W jej skład wchodziły następujące osoby:

- Edmund M. Morgan, Jr. (profesor prawa na Harvardzie) – przewodniczący;
- Gordon Gray z Departamentu Armii – członek;
- John Kenney z Departamentu Marynarki – członek;
- Eugene M. Zuckert z Departamentu Sił Powietrznych – członek;
- Felix E. Larkin z Departamentu Obrony – sekretarz⁴⁸.

Projekt jednolitego kodeksu dla armii amerykańskiej (*Uniform Code of Military Justice*), po debacie i przyjęciu w Kongresie, został podpisany przez prezydenta H. Trumana 5 maja 1950 roku. Wtedy to otworzył się nowy – nowoczesny – rozdział w dziedzinie prawa wojskowego Stanów Zjednoczonych⁴⁹. Akt ten wszedł w życie 31 maja 1951 roku i miał zastosowanie do spraw wszczętych po tej dacie⁵⁰. Kodeks, bo tak już należy okre-

⁴⁷ *Reform...*, s. B-20.

⁴⁸ *Uniform Code of Military Justice, Text, References and Commentary based on the Report of the Committee on a Uniform Code of Military Justice to The Secretary of Defense, 1949*, s. 10.

⁴⁹ *Military Law Review*, September 2000, vol. 165, s. 113–114.

⁵⁰ *Executive order 10214* [w:] *Manual for Courts-Martial United States 1951*. Tekst dostępny w zasobach Biblioteki Kongresu Stanów Zjednoczonych pod adresem: <http://www.loc.gov/r/r/frd/Military_Law/pdf/manual-1951.pdf> [dostęp 29.03.2014 r.].

ślać to prawo, pierwotnie składał się ze 140 artykułów podzielonych na pięć następujących części: kwestie ogólne i ustrojowe (art.1–29), procedura przed sądem I instancji (art. 30–58), rewizja (art. 59–76), prawo karne materialne obejmujące zarówno przestępstwa powszechne, jak i wojskowe (art. 77–134) oraz różne przepisy (art. 135–140)⁵¹.

Za najważniejsze zmiany w dotychczasowym stanie prawnym należy uznać:

- skodyfikowanie w jednym akcie prawa wojskowego dla wszystkich rodzajów sił zbrojnych,
- wprowadzenie rozbudowanego systemu kontroli odwoławczej, opartego nie tylko – jak dotychczas – na instytucji zatwierdzenia orzeczenia czy opinii komisji Departamentu JAG, ale przede wszystkim na nowej kategorii apelacyjnego sądu wojskowego, złożonego z cywilnych prawników, którym został Court of Military Appeals przy Departamencie Obrony Stanów Zjednoczonych⁵².

Od wejścia w życie 31 maja 1951 roku *Uniform Code of Military Justice* podlegał szeregu nowelizacjom wynikającym z doświadczeń kolejnych konfliktów zbrojnych i coraz silniejszej tendencji zbliżania prawa wojskowego

⁵¹ § 885 U.S. Code (dalej U.S.C.), art. 85 (Uniform Code of Military Justice (dalej U.C.M.J.) Desertion; § 890 U.S.C. art. 90 U.C.M.J. *Assaulting or willfully disobeying superior commissioned officer*; § 891 U.S.C. art. 91 U.C.M.J. *Insubordinate conduct toward warrant officer, noncommissioned officer, or petty officer*; § 894 U.S.C. art. 94 U.C.M.J. *Mutiny or sedition*; § 909 U.S.C. art. 109 U.C.M.J. *Property other than military property of United States Waste, spoilage, or destruction*; § 918 U.S.C. art. 118 U.C.M.J. Murder; § 919 U.S.C. art. 119 U.C.M.J. *Manslaughter*; § 919a U.S.C. art. 119a U.C.M.J. *Death or injury of an unborn child*; § 920 U.S.C. art. 120 U.C.M.J. *Rape and sexual assault generally*; § 920a U.S.C. art. 120a U.C.M.J. *Stalking*; § 920b U.S.C. art. 120b U.C.M.J. *Rape and sexual assault of a child*; § 920c U.S.C. art. 120c U.C.M.J. *Other sexual misconduct*; § 921 U.S.C. art. 121 U.C.M.J. *Larceny and wrongful appropriation*; § 922 U.S.C. art. 122 U.C.M.J. *Robbery*; § 923 U.S.C. art. 123 U.C.M.J. *Forgery* – zob. <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/10/subtitle-A/part-II/chapter-47/subchapter-X>> [dostęp 29.03.2014 r.]

⁵² Art. 67. [Review by the Court of Military Appeals].

(a) (1) There is hereby established a Court of Military Appeals, which shall be located for administrative purposes in the Department of Defense. The Court of Military Appeals shall consist of three judges appointed from civilian life by the President, by and with the advice and consent of the Senate, for a term of fifteen years. Not more than two of the judges of such court shall be appointed from the same political party, nor shall any person be eligible for appointment to the court who is not a member of the bar of a Federal court or of the highest court of a State. Each judge shall receive a salary of \$17,500 a year and shall be eligible for reappointment. The President shall designate from time to time one of the judges to act as Chief Judge. The Court of Military Appeals shall have power to prescribe its own rules of procedure and to determine the number of judges required to constitute a quorum. A vacancy in the court shall not impair the right of the remaining judges to exercise all the powers of the court.

(2) The terms of office of the three judges first taking office after the effective date of this subdivision shall expire, as designated by the President at the time of nomination, one on May 1, 1956, one on May 1, 1961, and one on May 1, 1966. The terms of office of all successors shall expire fifteen years after the expiration of the terms for which their predecessors were appointed, but any judge appointed to fill a vacancy occurring prior to the expiration of the term for which his predecessor was appointed shall be appointed only for the unexpired [...].

do powszechnego prawa karnego, zwłaszcza federalnego (*Military Justice Act* z 1968 roku). Na mocy bowiem aktu z 1968 roku fachowy sędzia wojskowy, za zgodą stron procesowych, uzyskał prawo do rozstrzygnięcia w sprawie jednoosobowo, a nie jak dotychczas wyłącznie w składzie kolegiąlnym⁵³. Dalszej reformie ustrojowej uległo także wojskowe postępowanie apelacyjne, które rozbudowano w praktyce wręcz do czterech instancji⁵⁴.

Specyfiką systemów *common law*, również tych wojskowych, jest także istotny wpływ praktyki orzeczniczej sądów odpowiednio wysokiego szczebla na codzienną praktykę wymiaru sprawiedliwości. Na gruncie wojskowego prawa Stanów Zjednoczonych duże znaczenie mają judykaty apelacyjnych sądów wojskowych dla poszczególnych rodzajów sił zbrojnych – z United States Court of Appeals for the Armed Forces na czele oraz U.S. Supreme Court. To właśnie orzeczenie tego ostatniego organu, w słynnej sprawie *O’Callahan vs. Parker* z 2 czerwca 1969 roku, ustanowiło podwaliny procesu stopniowego rozdziału jurysdykcji sądów powszechnych i wojskowych w Stanach Zjednoczonych oraz zawężania jurysdykcji tych ostatnich. W orzeczeniu tym bowiem stwierdzono, że właściwość sądów wojskowych odnosi się w zasadzie tylko do przestępstw związanych ze służbą wojskową (*service-connected*)⁵⁵. To ograniczenie wynikało z rozróżnienia przez U.S. Supreme Court dwóch kategorii wymiaru sprawiedliwości: wojskowego i cywilnego, rządzących się różnymi zasadami i dążącymi do różnych celów, dlatego w myśl tego precedensu jurysdykcja sądownictwa powszechnego powinna być zasadą, a wojskowego wyjątkiem⁵⁶. Taka też w tej materii

⁵³ *The Army Lawyer...*, s. 245–246.

⁵⁴ W 1968 r. decyzją Kongresu został przekształcony w *United States Court of Military Appeals*, a w 1994 r. przemianowany na *United States Court of Appeals for the Armed Forces*. Podkreśla się, że jest to niezależny organ posiadający swoje umocowanie w art. 1 Konstytucji Stanów Zjednoczonych, rozpatrujący nie tylko odwołania od sądów wojskowych, ale także interpretujący prawo federalne, rozkazy wykonawcze, wytyczne departamentu obrony oraz czuwający nad konstytucyjnością wdrażanych rozważanych rozwiązań prawnych dotyczących członków sił zbrojnych, zasoby Biblioteki Kongresu Stanów Zjednoczonych – <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Court-of-Appeals-AF.html> [dostęp 27.08.2013 r.]; por. także S.N. Katz, *The Oxford...*, s. 179.

⁵⁵ Szerzej zob. Fred K. Morrison, *Court-Martial...*, s. 513–518.

⁵⁶ If the case does not arise “in the land or naval forces,” the accused gets (1) the benefit of an indictment by a grand jury and (2) a trial by jury before a civilian court as guaranteed by the Sixth Amendment and Art. III. [...] A court-martial (which is tried in accordance with military traditions and procedures by a panel of officers empowered to act by two-thirds vote presided over by a military law officer) is not an independent instrument of justice, but a specialized part of an overall system by which military discipline is preserved. (d) A civilian trial is conducive to the protection of individual rights, while a military trial is marked by retributive justice. (e) The fact that petitioner, at the time of his offense and of his court-martial, was a member of the Armed Forces does not necessarily mean that he was triable by court-martial. (f) In England before the American Revolution, and in this country, military trials of soldiers for civilian offenses have been viewed with suspicion. (g) To be under military jurisdiction, a crime must be service-connected, lest all members of the armed services be deprived of the benefits of grand jury indictment and jury trial. (h) There was not even

występuje obecnie tendencja w praktyce sądów wojskowych USA, zwłaszcza apelacyjnych. To nie zmienia jednak faktu, że wojsko – w rozumieniu sądu najwyższej instancji Stanów Zjednoczonych – jest szczególną społecznością, której prawa i obowiązki podlegają odrębnym uwarunkowaniom⁵⁷.

Wracając jeszcze do samego *Uniform Code of Military Justice*, należy zaznaczyć, że liczy on aktualnie 146 artykułów i usytuowany jest w tytule 10, podtytule A, części II, rozdziale 47 (§ 801–946) zbioru prawa federalnego Stanów Zjednoczonych (U.S. Code)⁵⁸.

Aktualnie obowiązujące przepisy prawa karnego i procedury wojskowej armii amerykańskiej można znaleźć w urzędowym zbiorze (podręczniku) pt. *Manual for Courts-Martial United States*, wielokrotnie nowelizowanym od schyłku XIX wieku aż do dnia dzisiejszego⁵⁹. Obecnie obowiązująca wersja pochodzi z 2012 roku⁶⁰. Podręcznik ten zawiera nie tylko tekst prawa karnego wojskowego, obejmującego prawo materialne, procesowe i ustrojowe, ale także komentarze, wytyczne i interpretacje Departamentu Obrony z odwołaniem do praktyki orzeczniczej włącznie.

Charakterystykę aktualnie funkcjonującego w armii Stanów Zjednoczonych wojskowego wymiaru sprawiedliwości, a opartego przede wszystkim na uchwalonym w 1950 roku *Uniform Code of Military Justice*, zawdzięczamy pracy J. Palusa i S.M. Przyjemskiego, do której należy zasadniczo odesłać⁶¹. W kontekście jednak tego, co powiedziano przy okazji źródeł sprzed II wojny światowej, warto wspomnieć o następujących cechach charakteryzujących obecny wojskowy wymiar sprawiedliwości USA:

- egzekwowanie odpowiedzialności dyscyplinarnej w wojsku przeplata się z odpowiedzialnością karną;
- występuje nadal wyraźny wpływ czynnika wojskowego (dowódcy) na przebieg postępowania karnego. To właśnie on zleca przeprowadzenie dochodzenia, ocenia przy udziale doradcy prawnego (*staff judge advocate*), co zrobić ze sprawą (umorzyć, orzec w trybie dyscyplinarnym), czy wreszcie decyduje o skierowa-

a remote connection between petitioner's crimes and his military duties, and the offenses were peacetime offenses, committed in American territory which did not involve military authority, security, or property, *O'Callahan v. Parker* – 395 U.S. 258 (1969) <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/258/>> [dostęp 10.04.2014 r.]; zob. także J. Lurie, *Military justice...*, s. 281 i n..

⁵⁷ J. Palus, S.M. Przyjemski, *Ochrona porządku prawnego w siłach zbrojnych państw członkowskich Traktatu Północnoatlantyckiego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2002, nr 4, s. 7–8.

⁵⁸ <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text>> oraz pod adresem <<http://uscode.house.gov/>> [dostęp 29.03.2014 r.].

⁵⁹ <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/MCM-2012.pdf> [dostęp 29.03.2014 r.]; zob. także J. Palus, S.M. Przyjemski, *Ochrona porządku prawnego...*, s. 66.

⁶⁰ Tekst dostępny pod adresem: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/MCM-2012.pdf> [dostęp 29.03.2014 r.].

⁶¹ J. Palus, S.M. Przyjemski, *Ochrona...*, s. 91–99.

- niu sprawy do sądu, który on sam lub inny uprawniony dowódca wyższego szczebla ma prawo zwołać⁶²;
- nastąpiła znaczna, w porównaniu z okresem poprzedzającym wejście w życie U.C.M.J., profesjonalizacja kadr wojskowego wymiaru sprawiedliwości. Sędzia wojskowy, obrońca i oskarżyciel muszą już być fachowcami w zakresie prawa, należącymi do stowarzyszenia prawników zarejestrowanych przy sądzie federalnym bądź najwyższym sądzie stanowym⁶³;
 - wciąż aktualny jest, a przyjęty jeszcze w początkach państwowości Stanów Zjednoczonych, przedmiotowo-podmiotowy podział kategorii sądów wojskowych. Są nimi nadal powoływane *ad hoc*: General Court-Martial, Special Court-Martial (Bad-Conduct Special Court-Martial) i Summary Court-Martial⁶⁴;
 - w wojskowym postępowaniu karnym nie rozstrzyga się żadnych kwestii natury cywilnoprawnej. Powództwo cywilne jest niedopuszczalne;
 - Prezydent Stanów Zjednoczonych uprawniony jest do wydawania tzw. *Executive Orders* w zakresie wojskowego prawa karnego, co dotyczy przede wszystkim określania sankcji karnych za poszczególne czyny zabronione oraz reguł postępowania przed sądami i komisjami wojskowymi⁶⁵;
 - nadzór merytoryczny nad sądownictwem wojskowym sprawuje *judge advocat general*;
 - występuje rozbudowany i złożony system kontroli odwoławczej zapadłego orzeczenia sądu wojskowego, w którym poza stałym Sądem Apelacyjnym Sił Zbrojnych (*Court of Appeals for the Armed Forces*) funkcjonują jeszcze trzy sądy apelacyjne powoływane *ad hoc* dla każdego z rodzajów broni: *Army Court of Criminal Appeals* dla sił lądowych, *Air Forces Court of Criminal Appeals* dla sił powietrznych i *Navy Court of Criminal Appeals* dla marynarki. Od 1 sierpnia 1984 roku w przypadkach przewidzianych prawem istnieje jeszcze możliwość odwołania się od orzeczenia *Court of Appeals for Armed Forces* do Sądu

⁶² J. Palus, S.M. Przyjemski, *Ochrona porządku prawnego...*, s. 43–44.

⁶³ *Ibidem*, s. 52–53.

⁶⁴ *Ibidem*, s. 17–18.

⁶⁵ Historically, however, congressional regulation of military tribunals has been incomplete. The executive branch has filled the gaps by taking on a prominent role in military-justice matters. This role, which includes the authority to order prosecution by military commissions and to prescribe the rules for both commissions and courts-martial, is justified by the president's constitutional status as commander in chief of the armed forces, S.N. Katz, *The Oxford...*, s. 180.

Najwyższego Stanów Zjednoczonych (U.S. Supreme Court)⁶⁶. Jeśli dodamy do tego obowiązek zatwierdzania przez Prezydenta niektórych orzeczeń opiewających na kary główne, to otrzymamy bardzo rozbudowany i skomplikowany system odwoławczy, stanowiący przeciwieństwo tradycji wojskowego wymiaru sprawiedliwości – także amerykańskiego – opartego przecież do połowy XX wieku niemal wyłącznie na instytucji zatwierdzania wyroku przez uprawnionego dowódcę (ewentualnie Prezydenta), bez prawa do odwołania.

Zakończenie

Rozwój prawa karnego wojskowego Stanów Zjednoczonych nierozdzielnie związany jest z historią tego stosunkowo „młodego” państwa, dla którego armia miała i nadal ma szczególne znaczenie. Nie może zatem dziwić fakt, że jakiegokolwiek reformy w zakresie tego prawa dochodziły do skutku bardzo powoli, a podstawowym impulsem były nie zawsze pozytywne doświadczenia kolejnych konfliktów zbrojnych, zwłaszcza o zasięgu światowym. Stąd właśnie reformy z 1920 i 1950 roku.

Z powyższych względów i wbrew tendencjom „zbliżania” się prawa wojskowego do prawa karnego federalnego nie ma obecnie konieczności całkowitej likwidacji tej gałęzi prawa czy też jej wchłonięcia przez prawo powszechne. Jak zauważają S.M. Przyjemski i J. Palus, system obecnie obowiązującego prawa karnego wojskowego USA sprawdza się w praktyce, co objawia się przede wszystkim w sprawności funkcjonowania sił zbrojnych, dla których jest dedykowany⁶⁷.

I chociaż wojskowe prawo karne armii Stanów Zjednoczonych wydaje się dość egzotyczne dla prawnika wychowanego na kontynentalnej tradycji wymiaru sprawiedliwości, to jednak takie jego własności, jak udział czynnika wojskowego w procedurze karnej, utrzymanie dyscypliny i karności jako nadrzędny cel egzekwowania odpowiedzialności karnej, pewna „niechęć” do instytucji pokrzywdzonego czy w ogóle orzekania w kwestiach roszczeń cywilnoprawnych są wspólne także dla europejskich systemów prawa wojskowego, w tym także prawa polskiego, i to pomimo znaczącej jego reformy poczynszy od 1969 roku, w kierunku integracji z powszechnym prawem karnym materialnym i procedurą karną⁶⁸.

⁶⁶ J. Palus, S.M. Przyjemski, *Ochrona...*, s. 98–99.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 99.

⁶⁸ S.M. Przyjemski, *Ochrona porządku prawnego w siłach zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej. Przeszłość, terażniejszość, perspektywy*, Gdańsk 2005, s. 162–168.



A B S T R A C T

The creation of the first sources of military law of the United States dates back to the period before the adoption of the Constitution from 1787. This has meant that for nearly two centuries, this area of law was regarded as almost a separate area of criminal law. However, since the mid-twentieth century, we observe progressive process of approaching military law to the standards of federal and state law. Despite this fact, the law remains peculiar military, a number of its institutions still testifies to the European roots of this area of justice.

*Komornik sądowy – funkcjonariusz
realizujący dobro wspólne*

Bailiff – officer pursuing the common good

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

W niniejszym artykule przedstawiono status prawny komornika sądowego w świetle obowiązujących przepisów. Omówiono również pojęcie dobra wspólnego jako kategorii prawnej i filozoficznej, a także cechy, jakie powinien posiadać komornik realizujący zasadę bonum commune.

Komornik jako funkcjonariusz publiczny

Artykuł 1 ustawy o komornikach sądowych i egzekucji brzmi: „Komornik sądowy, zwany dalej komornikiem, jest funkcjonariuszem publicznym działającym przy sądzie rejonowym¹”. Podobnie również na gruncie przepisów prawa karnego komornik jest funkcjonariuszem publicznym. Określa to art. 115 § 13 k.k., który zalicza komornika do trzeciej grupy, obok sędziego, ławnika, prokuratora, notariusza i kuratora sądowego².

Przyznanie komornikowi tego specjalnego statusu nie ma bynajmniej na celu wyróżnienie go spośród innych profesji. Z jednej strony korzysta on ze specjalnej ochrony prawnej jako funkcjonariusz publiczny, z drugiej zaś pełniona przez niego funkcja pociąga za sobą również zwiększoną odpowiedzialność za popełnianie czynów przestępczych w związku z wykonywaniem zawodu.

Wcześniej nie było to tak jednoznaczne. Na podstawie rozporządzenia z 1932 r. komornik miał taką samą pozycję jak urzędnik państwowy, jednak

¹ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (Dz.U. z 2015 r. poz. 790, ze zm).

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553, ze zm.).

od 1960 r. występował już jako pracownik państwowy³. Spowodowane to było tym, iż komornik był pracownikiem sądu, mianowanym przez preesa sądu wojewódzkiego, a nie jak obecnie przez Ministra Sprawiedliwości. Jednak wcale nie wyjaśnia to sytuacji prawnej komornika w prawie polskim. Z punktu widzenia prawa konstytucyjnego urząd komornika jest pomocniczym organem wymiaru sprawiedliwości, według postępowania egzekucyjnego komornik jest organem egzekucyjnym wyodrębnionym organizacyjnie od sądu, w świetle wspomnianego kodeksu karnego jest funkcjonariuszem publicznym, a dodatkowo, żeby sprawa nie była prosta, w świetle przepisów prawa administracyjnego komornik jest mianowanym urzędnikiem państwowym⁴. Powyższe przykłady dobitnie wskazują, że instytucja komornika sądowego, a zwłaszcza jego status jest szeroko rozumiany w prawie polskim.

W ustawie o komornikach sądowych i egzekucji wyraźnie wskazano, że komornik jest funkcjonariuszem publicznym, a nie państwowym. Między tymi zbliżonymi terminami jest diametralna różnica, gdyż funkcjonariusz publiczny jest pojęciem szerszym od funkcjonariusza państwowego. Na przykład funkcjonariuszem publicznym może być osoba niebędąca funkcjonariuszem państwowym (funkcjonariusz samorządu terytorialnego)⁵.

Ponadto komornika można uznać w pewnym zakresie nawet za przedsiębiorcę (na podstawie art. 797¹ kodeksu postępowania cywilnego, w którym wierzyciel może odpłatnie zlecić poszukiwanie majątku dłużnika)⁶. Rozszerzenie statusu tego zawodu na funkcjonariusza publicznego miało zamierzać nie tylko do zapewnienia komornikowi ochrony na gruncie prawa karnego, lecz przede wszystkim miało określać odpowiedzialność za czyny jako funkcjonariusza publicznego⁷. Wreszcie status ten miał oddawać komornikowi należną mu pozycję ze względu na stosunki społeczno-gospodarcze oraz jego działalność jako organ egzekucyjny.

Nie od samego początku było pewne w doktrynie, jak w końcu ma wyglądać lub jak chociażby powinien wyglądać status prawny komornika. Pojawiały się również wypowiedzi, że komornik działający jako funkcjonariusz publiczny nie będzie miał należnej mu silnej pozycji z uwagi na zwierzchnictwo państwa, proponowano nawet emancypację tego zawodu spod kurateli państwa. Osoby, które popierały niniejszy pogląd, opowiadały się za zbliżeniem profesji komornika do notariatu, notariusz bowiem jest

³ J. Jankowski, *Ustawa o komornikach sądowych i egzekucji*, Warszawa 1998, s. 17.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, s. 18.

⁶ P. Cioch, J. Nowińska, *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2007, s. 376.

⁷ J. Jankowski, *op. cit.*, s. 20.

osobą zaufania publicznego, właśnie ten zwrot próbowano skopiować do zawodu komornika⁸.

Dobro wspólne jako kategoria prawna i filozoficzna

Dobro wspólne, będące myślą przewodnią niniejszego artykułu, jest pojęciem występującym w wielu doktrynach politycznych, filozoficznych, religijnych czy społecznych. Oznacza ono pozytywną wartość osiągniętą przez ludzi występujących w danej społeczności. Zasada dobra wspólnego ma niewątpliwie długą historię. Występuje ona już w starożytności, w myśli Platona czy Arystotelesa. U pierwszego z wymienionych określana jest jako wspólny pożytek. Źródło tej idei przejawia się również w etyce i polityce Arystotelesa. Stagiryta uważał dobro wspólne za kryterium oceny wszelkich ustrojów politycznych.

Pojęcie to zostało przejęte także w nauce chrześcijańskiej. Święty Augustyn warunkiem osiągnięcia dobra wspólnego wyznaczył pokój społeczny, czyli uporządkowaną zgodę wszystkich członków danej wspólnoty. Dobro wspólne stało się więc trwałym akcentem w doktrynach formowanych w średniowieczu.

Chodzi zatem o dobro, które przekracza pojęcie jednostkowe, a emanuje na całą społeczność. Tradycyjnie, gdy mówimy o dobru wspólnym, mamy najczęściej na myśli wspólnotę najdoskonalszą, czyli państwo. Jeremy Bentham ujmował dobro wspólne jako pełnię szczęścia jak największej liczby osób. Pojęcie to ma swoje odpowiedniki w wielu językach. W języku angielskim określane jest jako *common good*, w niemieckim *Gemeinwohl*, w łacinie zaś jako *bonum commune*.

Również nauczanie Kościoła zajmuje się tym pojęciem co najmniej od czasów Tomasza z Akwinu. Papież Leon XIII zasadę dobra wspólnego określił jako pierwsze i ostatnie po Bogu prawo w społeczeństwie.

Pojęcie dobra wspólnego zakorzenione jest również w polskim prawodawstwie. Artykuł 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku stanowi, że „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”. Również w orzecznictwie polskich sądów, a zwłaszcza Naczelnego Sądu Administracyjnego i Trybunału Konstytucyjnego pojęcie dobra wspólnego jest wielokrotnie przytaczane jako podstawa demokratycznego państwa prawa.

Artykuł 1 Konstytucji RP stanowi, iż „Rzeczpospolita Polska jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli”. Wynika z tego, że ustrojodawcy chodziło o uznanie przede wszystkim służebnej roli państwa i jego wszel-

⁸ *Ibidem*, s. 18.

kich organów wobec obywateli. Państwo zobligowane zostało do troski o byt jednostki, o zapewnienie szans rozwoju indywidualnego każdego obywatela, jak to jest zagwarantowane w Konstytucji. Prowadzi to do zmiany charakteru praw jednostki. Są one celem działalności państwa, a nie tylko środkiem ku temu celowi, dlatego nie wystarczą już tylko formalne działania ze strony ustrojodawcy, lecz państwo zmuszone jest do podejmowania działań o szerokim, ogólnospołecznym zasięgu w dziedzinie nie tylko politycznej, ale również ekologicznej, socjalnej itp.

Prawa i wolności nie chronią tylko indywidualnej sfery jednostki, lecz wypełniają również funkcje społeczne i korzystanie z nich powinno być społecznie zorientowane, czyli służąc ochronie interesów jednostki, ma również przyczyniać się do ochrony wspólnego dobra⁹, dlatego jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 30 stycznia 2001 roku (K 17/00), z art. 1 Konstytucji RP „wynika dyrektywa przedłożenia w razie potrzeby dobra ogólnego ponad dobro indywidualne czy partykularny interes grupowy”¹⁰. Państwo i społeczeństwo nie są w tym ujęciu traktowane jako podmioty przeciwstawne sobie, ale nie są również ze sobą utożsamiane. Państwo jest oddzielone od społeczeństwa, co gwarantuje wolność indywidualną, lecz z drugiej strony jest z nim ściśle związane, dzięki czemu jest zapewniony postęp rozwojowy społeczeństwa i zachowana jest gwarancja zasady sprawiedliwości społecznej. Jednostka w myśl tej zasady przestaje być traktowana jako izolowany podmiot, lecz staje się częścią społeczeństwa. Z jednej strony pozwala to na podkreślenie jej odpowiedzialności za los całej wspólnoty, która odpowiada w równym stopniu za realizację dobra wspólnego w myśl art. 1 Konstytucji. Z drugiej zaś strony nakłada szereg obowiązków na obywateli, aby urzeczywistnić realizację idei *bonum commune*. Dlatego ważne, że „z potraktowania Rzeczypospolitej Polskiej jako dobra wspólnego wszystkich obywateli wynika uznanie konieczności wypełniania obowiązków ustalonych w normach prawnych, jeśli służą one temu dobru i pod warunkiem, że dany system prawny można uznać za sprawiedliwy, tzn. zapewniający wszystkim obywatelom możliwość uczestniczenia w życiu publicznym i wpływania na treść stanowionego przez państwo prawa”¹¹. Przytoczony fragment wskazuje, że aby państwo mogło być dobrem wspólnym, musi spełniać szereg kryteriów, które pozwolą urzeczywistnić tę ideę.

W myśl artykułu 1 Konstytucji przede wszystkim obywatele muszą aktywnie uczestniczyć w życiu publicznym, przejawia się to również poprzez czynne i bierne prawo wyborcze. Jak trafnie zauważył W. Łączkowski: „można dekodować [...] na gruncie języka prawnego i prawniczego, w którym występu-

⁹ Komentarz do Konstytucji RP, s. 15.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

ją takie pojęcia jak dobro publiczne, interes publiczny lub społeczny, cele publiczne lub społeczne itp. Wszystkie te określenia mieszczą się w pojęciu dobra wspólnego, chociaż nie są z nim tożsame. Występują w doktrynie bądź ustawodawstwie zarówno w zakresie prawa publicznego, jak i prywatnego. Można przyjąć, że stanowią one uszczegółowienie lub wyprzedzają czasowo sformułowanie użyte w Konstytucji¹². Na dobro wspólne w rozumieniu art. 1 składają się również, jak wspomniał W. Łączkowski, pojęcia dobra publicznego czy interesu społecznego. Są to terminy węższe i bardziej szczegółowe od zasady *bonum commune*, która je jakby „pochłania” poprzez swój szeroki zakres interpretacji. Jednak jak najbardziej interes społeczny można zakwalifikować do dobra wspólnego w myśl art. 1 Konstytucji. Ma on przecież służyć, podobnie ja dobro wspólne, wszystkim obywatelom, którzy mają realizować swoją doskonałość zawsze w perspektywie Rzeczypospolitej.

Dlatego na tle aksjologicznym pojęcie dobra wspólnego „doczekało się [...] najbardziej wszechstronnego rozwinięcia w chrześcijańskim systemie wartości, który znajduje się najbliżej naszego kręgu kulturowego i dlatego może być szczególnie pomocny przy interpretowaniu różnych trudno definiowanych pojęć prawnych. [...] Kościół Katolicki bynajmniej nie kwestionuje roli instytucji państwa i stanowionego przezeń prawa. Akcentuje jednak [...] potrzebę uwzględnienia porządku moralnego [...] dobra wspólnego nie traktuje [...] w oderwaniu od dobra osobowego, lecz wręcz przeciwnie bardzo mocno podkreśla potrzebę harmonii i wzajemnych współzależności w tym zakresie”¹³.

Najczęściej jednak znaczenie artykułu 1 Konstytucji analizuje się w odniesieniu do wspólnoty państwowej. Usytuowanie tego przepisu w ustawie zasadniczej, jak podkreśla M. Zdyb, wskazuje na fundamentalną treść tego zagadnienia w stosunku do kształtowania się ładu publicznego w państwie. Dobro wspólne w myśl art. 1 stanowi kryterium prawności działań wszystkich organów państwa. „Biorąc pod uwagę taki stan rzeczy, przyjąć można, że dobro wspólne Rzeczypospolitej ma wymiar: po pierwsze – historyczno-egzystencjalny (w sensie trwania państwowości i narodu, jego suwerenności, dziejowych doświadczeń, odniesienia do przyszłości itp.); po drugie – wspólnotowy (dotyczy relacji między wspólnotami różnych kategorii z uwzględnieniem ich stosunku do organizmu państwowego, wzajemnych odniesień i zależności); po trzecie – aksjologiczno-esencjalny (ukierunkowanie na fundamentalne wartości), gdy dobro wspólne jawi się jako wartość syntezująca inne wartości; po czwarte – moralny (uwzględniający hierarchię wartości i relację do prawdy); po piąte – tetyczny (powinnościowy, służby państwu); po szóste – mate-

¹² W. Łączkowski, *Ekonomiczne i socjalne prawa człowieka a dobro wspólne*, [w:] *Godność człowieka a prawa ekonomiczne i socjalne. Księga jubileuszowa wydana w piętnastą rocznicę ustanowienia Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 2003, s. 38.

¹³ *Ibidem*, s. 38–39.

rialny; po siódme – subsydiarno-integracyjny (z zastosowaniem zasady proporcjonalności); po ósme – jest celem państwa”¹⁴.

Komornik w służbie społeczności

Komornik, podobnie jak każdy funkcjonariusz publiczny, ma przede wszystkim stać na straży przepisów, a także służyć obywatelom. W tym miejscu należy wymienić kilka niezbędnych atrybutów, którymi winni odznaczać się wszyscy komornicy, aby dobrze wykonywać zawód.

Primo: komornik powinien respektować i przestrzegać prawa, bez tego nie ma jakiegokolwiek mowy o służbie, niezależnie od jej charakteru. Służba obywatelom, a zarazem realizacja zasady *bonum commune* nie jest możliwa bez rządów prawa, czyli praworządności.

Secundo: silne prawo oraz dobrze wykształceni i profesjonalni komornicy jako funkcjonariusze gwarantować mają fundament praw obywatelskich realizowanych w ramach Rzeczypospolitej Polskiej, która według art. 1 Konstytucji RP jest dobrem wspólnym.

Tertio: komornik winien, tak jak mawiali starożytni Rzymianie, traktować prawo jako *ars boni et aequi*, tylko wtedy będzie możliwa w pełnym wymiarze realizacja zasady dobra wspólnego. Komornik jako funkcjonariusz ma za zadanie walczyć ze wszelkimi nieprawidłowościami pojawiającymi się na gruncie prawa egzekucyjnego. Winien stosować przepisy postępowania egzekucyjnego nie tylko zgodnie z ich literą, lecz również z duchem. Aby komornik, jako funkcjonariusz, mógł w pełni realizować dobro wspólne, musi przede wszystkim umieć zdroworozsądkowo ocenić sytuację, gdyż kurczowe trzymanie się tylko litery prawa niejednokrotnie prowadzi do absurdów, nie tylko na gruncie egzekucji, lecz każdej dziedziny prawa. Postępowanie egzekucyjne, może nawet bardziej niż inne działy prawa, ma zastosowanie w konkretnych problemach i sytuacjach życiowych, np. w trakcie czynności terenowych. Komornik, wbrew powszechnej opinii, nie jest tylko bezdusznym wykonawcą prawa. Musi on bardziej uwzględniać interesy konkretnego człowieka w danym przypadku, przeanalizować jego sytuację materialną i rodzinną. Ustalanie tego nie jest wcale łatwe, rzeczywistość jest bogatsza niż przepisy zamknięte w ramach kodeksów, ustaw. Aby komornik jako funkcjonariusz realizował dobro wspólne, winien uwzględniać wszystkie czynniki, przede wszystkim prawne, lecz również ekonomiczne, życiowe, społeczne czy psychologiczne. Tylko wtedy będzie on mógł się uważać za funkcjonariusza realizującego zasadę

¹⁴ M. Zdyb, *Dobro wspólne w perspektywie artykułu 1 Konstytucji RP*, [w:] Trybunał Konstytucyjny. Księga XV-lecia, Warszawa 2001, s. 190.

bonum commune. W wielu przypadkach, zwłaszcza w trakcie czynności terenowych, komornik jest nie tylko prawnikiem, lecz również psychologiem, doradcą, a nawet mediatorem, który stara się uniknąć eskalacji konfliktu na linii komornik – dłużnik – wierzyciel.

Nie może być oczywiście mowy o realizacji dobra wspólnego przez komornika, jeżeli nie będzie posiadał on aktualnej wiedzy prawnej i nie będzie jej na bieżąco poszerzał. Oprócz wiedzy na temat aktualnego stanu prawnego winien również, jak już zostało wspomniane wcześniej, przyswajać wiedzę z innych dziedzin, np. ekonomii, psychologii itp. Dopełnieniem wiedzy merytorycznej jest tak zwane doświadczenie życiowe, które osoba wykonująca zawód komornika zdobywa w praktyce. Tylko wtedy będzie mogła ona uznać się za wzorowego funkcjonariusza realizującego dobro wspólne, jeśli będzie spełniać wszystkie powyższe warunki.

Podsumowanie

Komornik, jako funkcjonariusz publiczny, winien oddać się służbie, temu co dobre i słuszne, powinien służyć prawu i ludziom. Tylko wtedy będzie mógł czuć się odpowiedzialnym za los drugiego człowieka. Ważny w tym miejscu jest również dialog, bez niego nic nie ma racji bytu. Od tego, jakim funkcjonariuszem będzie komornik, zależeć będzie realizacja dobra wspólnego, a konkretnie los całego demokratycznego państwa prawnego. Każda ludzka krzywda dokonana przez działanie lub zaniechanie komornika jest porażką nie tylko jego samego, jako funkcjonariusza, lecz jest również porażką wymiaru sprawiedliwości oraz najwyższego dobra wspólnego, jakim jest Rzeczpospolita Polska. Komornik, wykonując swoje obowiązki, działa przecież z pieczęcią, w której widnieje orzeł w koronie, godło Polski. Tym samym działa on w imieniu państwa, które jest, jak zapisano w Konstytucji, dobrem wspólnym nas wszystkich.

A B S T R A C T

The collector as a public official should give the service to what is good and right, should preferably serve the law, and a man will only be able to hold himself responsible for the fate of another human being. Important in this is also a dialogue, without him nothing is ruled out. Since then, what will the bailiff officer will depend on



the implementation of the common good, and more specifically the fate of the entire democratic rule of law. Every human harm done by the act or omission of the bailiff's win not only himself as an officer, but also win the judiciary and the supreme common good of the Republic of Poland. The bailiff acts performing their duties after the seal, which appears crowned eagle, the emblem of Polish. Thus, it acts on behalf of the state, which is like the constitution states the common good of us all.

*Notyfikacja ustawy o grach hazardowych
a odpowiedzialność karna z art. 107 § 1
kodeksu karnego skarbowego*

*Notification of the Gambling Law versus
liability under the Criminal Code of Tax
Offences, Article 107 § 1 KKS*

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

W artykule Autorka podjęła próbę odpowiedzi na pytanie, czy w obecnych warunkach prawnych możliwe jest legalne urządzenie i prowadzenie gier na automatach poza kasynem gry i bez koncesji.

Przez wiele lat w Polsce warunki urządzania i zasady prowadzenia działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych, gier na automatach i gier na automatach o niskich wygranych określała ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych¹. Obecnie rynek gier i zakładów wzajemnych regulowany jest ustawą o grach hazardowych z dnia 19 listopada 2009 r.² Można jej przypisać charakter administracyjno-podatkowy z uwagi na to, że zawiera elementy reglamentacji, kontroli, nadzoru, łącznie z regulacjami podatkowymi, a w zakresie proceduralnym stosuje się do niej odpowiednio przepisy ustawy – Ordynacja podatkowa³. Ustawa przewiduje, że urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach w niej określonych⁴. Państwo obejmuje swym

¹ Ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, Dz.U. Nr 68, poz. 341, ze zm. (zwana dalej GZWU).

² Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, Dz.U. z 2015 r. poz. 612 (zwana dalej GHU).

³ L. Wilk, Hazard. *Studium kryminologiczne i prawne*, Warszawa 2012, s. 115.

⁴ Zob. art. 3 GHU.

monopolem gry liczbowe, loterie pieniężne i gry telebingo, w pozostałym zakresie natomiast działalność hazardowa jest reglamentowana w formie koncesji lub zezwoleń, a w pewnym zakresie – zgłoszeń. Jedną z przyjętych odmian reglamentacji działalności hazardowej jest koncesja, która obejmuje gry: cylindryczne, w karty, w kości i na automatach⁵. Tego rodzaju gry mogą być prowadzone wyłącznie w kasynie gry i przez ściśle określone podmioty prawne, tj. spółki akcyjne lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Koncesji na prowadzenie kasyna gry udziela minister właściwy ds. finansów publicznych⁶, na okres sześciu lat⁷.

Ustawa o grach hazardowych powstała w efekcie tzw. afery hazardowej. Nadzwyczajne tempo jej uchwalenia rodziło wiele zastrzeżeń, związanych głównie z procesem legislacyjnym. Krytykowano tryb pracy nad ustawą, twierdząc, że pozostaje on w sprzeczności z konstytucyjnymi wymaganiami dotyczącymi stanowienia prawa. Ponadto zarzucano rządowi pośpiech w forsowaniu ustawy, uleganie mediom i doraźnym interesom politycznym⁸. Powszechnie uważano, że ustawa radykalnie zmienia zasady działania polskiego rynku gier hazardowych. Oficjalnym celem uchwalenia ustawy, wyartykułowanym w jej projekcie, było zwiększenie ochrony społeczeństwa przed negatywnymi skutkami hazardu i zagrożeniami, jakie on niesie, a także zabezpieczenie interesu fiskalnego państwa przed możliwymi nadużyciami⁹.

Do 31 grudnia 2009 r. urządzenie i prowadzenie gier na automatach o niskich wygranych regulowała ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych. Ustawa ta w art. 2 ust. 2b stanowiła, że „grami na automatach o niskich wygranych są gry na urządzeniach mechanicznych, elektromechanicznych i elektronicznych o wygrane pieniężne lub rzeczowe, w których wartość jednorazowej wygranej nie może być wyższa niż równowartość 15 euro, a wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze nie może być wyższa niż 0,07 euro”. Użytkowanie automatów o niskich wygranych (ONW) możliwe było po otrzymaniu zezwolenia wydanego przez właściwy miejscowo organ skarbowy na sześć lat, z możliwością przedłużenia na wniosek zainteresowanego na kolejny sześcioletni okres. Urządzenie gier na automatach ONW dozwolone było wyłącznie w punktach gier do tego przeznaczonych¹⁰. Takie punkty mogły być usytuowane wyłącznie

⁵ Zob. art. 6 ust. 1 GHU.

⁶ Zob. art. 32 GHU.

⁷ Zob. art. 49 GHU.

⁸ L. Wilk, *Hazard...*, s. 116.

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o grach hazardowych, druk sejmowy nr 771, <[http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruk/771/\\$file/771.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruk/771/$file/771.pdf)>.

¹⁰ Zob. art. 7 ust. 1 GZUW.

w lokalach gastronomicznych, handlowych lub usługowych, oddalonych co najmniej 100 m od szkół, placówek oświatowo-wychowawczych oraz ośrodków kultu religijnego¹¹.

Ustawa o grach hazardowych, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 2010 r., wprowadziła w branży hazardu duże zmiany. Jednym z głównych jej założeń było między innymi: zakazanie gry na automatach poza kasynami gry połączone z eliminacją z obrotu automatów o niskich wygranych, wprowadzenie limitów lokalizacyjnych w odniesieniu do kasyn, rezygnacja z wideoloterii. Szczegóły związane z automatami o niskich wygranych zawarte zostały w przepisach przejściowych nowej ustawy. I tak art. 129 ust. 1 ustawy przewiduje, że „działalność w zakresie gier na automatach o niskich wygranych oraz gier na automatach urządzanych w salonach gier na podstawie zezwoleń udzielonych przed dniem wejścia w życie ustawy jest prowadzona, do czasu wygaśnięcia tych zezwoleń, przez podmioty, których im udzielono, według przepisów dotychczasowych, o ile ustawa nie stanowi inaczej”. Przepis ten potwierdził prawa nabyte tych właścicieli, którzy uzyskali przedmiotowe zezwolenia jeszcze w czasie obowiązywania dawnej ustawy. Z kolei ust. 2 tego artykułu wskazuje jednoznacznie, iż „postępowania w sprawie wydania zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych oraz gier na automatach urządzanych w salonach gier na automatach, wszczęte i niezakończone przed dniem wejścia w życie ustawy, umarza się”. Zmiana samego zezwolenia nie może prowadzić do zmiany „miejsc urządzania gry, z wyjątkiem zmniejszenia liczby punktów gry na automatach o niskich wygranych”¹². W sposób autorytatywny stwierdzono również, że zezwolenia, o jakich mowa w art. 129 ust. 1 ustawy, nie mogą być przedłużane¹³. Ponadto nowa ustawa dostosowała do polskich warunków definicję pojęcia „gry na automatach o niskich wygranych”, wprowadzając w art. 129 ust. 3 oznaczenie wygranej w polskiej walucie i nakazując, aby wartość jednorazowej wygranej nie była wyższa niż 60 zł, a wartość maksymalnej stawki za udział w jednej grze nie przewyższała 0,50 zł.

Nowa ustawa o grach hazardowych postanowiła więc o przeniesieniu automatów o niskich wygranych do kasyn, zamieszczając to ograniczenie w art. 14 ust. 1. Przepis tego artykułu przewiduje zakaz urządzania gry poza kasynem, w tym na automatach. W art. 6 ust. 1 tejże ustawy został wprowadzony wymóg, według którego działalność w zakresie m.in. gier na automatach wymaga uzyskania koncesji na prowadzenie kasyna gry. Gwarancje przestrzegania określonych w ustawie zasad prowadzenia działalności w za-

¹¹ Zob. art. 30 GZwu.

¹² Zob. art. 135 ust. 2 GHU.

¹³ Zob. art. 138 ust. 1 GHU.

kresie gier na automatach wzmocnione są wprowadzeniem w Kodeksie karnym skarbowym¹⁴ odpowiedzialności karnej za czyn, który stanowi naruszenie owych zasad. Przepis art. 107 § 1 k.k.s. wskazuje bowiem, że: „Kto wbrew przepisom ustawy lub warunkom koncesji lub zezwolenia urzędu lub prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny, podlega karze grzywny do 720 stawek dziennych albo karze pozbawienia wolności do lat 3, albo obu tym karom łącznie”.

Przechodząc do analizy deliktu z art. 107 § 1 k.k.s., należy zacząć od stwierdzenia, że artykuł ten jest tzw. blankietem zryczałtowanym, przy którym cały opis zabronionego zachowania znajduje się poza przepisem karnym skarbowym, ograniczonym jedynie do wskazania, że karane jest „naruszenie przepisów ustawy”. Powtórzył to również Sąd Okręgowy w Ostrołęce w wyroku z dnia 11 września 2013 r., wskazując: „Przepis art. 107 § 1 k.k.s. ma charakter blankietowy, a zatem w opisie znamion czynu zabronionego odwołuje się do norm innej ustawy, a mianowicie do ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych”¹⁵. Podkreślić należy, iż czyn z art. 107 § 1 k.k.s. można popełnić tylko z winy umyślnej w zamiarze bezpośrednim lub ewentualnym. Natomiast, jak słusznie zaznaczył Sąd Okręgowy w Opolu w wyroku z dnia 20 września 2013 r., „Wymagana przez przepisy kodeksu karnego skarbowego, jako warunek odpowiedzialności karnej umyślność zachowania się sprawcy, odnosząca się do przestępstw zawierających klauzule normatywne w rodzaju »kto bez wymaganego zezwolenia« lub »kto wbrew przepisom ustawy«, a więc takich jak przewidziane w art. 107 k.k.s. i przepisach ustawy szczególnej, dopełniającej normę art. 107 k.k.s. – nie może być wywodzona z samego faktu zaistnienia znamion strony przedmiotowej, danego czynu skarbowego. Bez karnoprawnego elementu winy samo niezastosowanie się do zakazów lub nakazów ustawowych może stanowić co najwyżej delikt finansowy, natomiast nie rodzi odpowiedzialności w sferze prawa karnego skarbowego”¹⁶.

Artykuł 107 § 1 k.k.s. zawiera określenie znamienia czasownikowego, tj. „urządza lub prowadzi” grę lub zakład. Ponadto wskazany jest zakres merytoryczny norm sankcjonowanych, objętych zbiorczą formułą „wbrew przepisom ustawy”¹⁷. Istota tego przestępstwa skarbowego polega więc na urządzaniu lub prowadzeniu gry losowej, gry na automacie lub zakładu wzajemnego wbrew przepisom ustawy o grach hazardowych lub wbrew warunkom koncesji lub zezwolenia¹⁸. Określony w ten sposób czyn obejmuje

¹⁴ Dz.U. z 2013 r. poz. 186.

¹⁵ Wyrok SO w Ostrołęce z dnia 11 września 2013 r., II Ka 181/13, LEX nr 1718394.

¹⁶ Wyrok SO w Opolu z dnia 20 września 2013 r., VII Ka 101/13, LEX nr 1718325.

¹⁷ L. Wilk, *Hazard...*, s. 188.

¹⁸ G. Skowronek, *Prawne aspekty hazardu*, Wrocław 2012, s. 306.

zarazem hazard nielegalny, czyli prowadzony bez wymaganej koncesji, zezwolenia lub zgłoszenia albo z naruszeniem monopolu państwa, jak i legalny hazard, prowadzony na podstawie koncesji lub zezwolenia albo zatwierdzenia regulaminu gry objętej monopolem państwa, lecz z naruszeniem przepisów ustawy lub warunków określonych w koncesji czy zezwoleniu. Nie ulega wątpliwości, że prowadzenie gry wymagającej koncesji, bez jej uzyskania, jest działaniem „wbrew przepisom ustawy”¹⁹. Sprawcą przestępstwa skarbowego z § 1 art. 107 k.k.s. może być każdy, kto urządza lub tylko prowadzi grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny²⁰. Nie wolno natomiast zapominać, iż urządzenie gier hazardowych wymaga, aby osoba je organizująca była podmiotem uprawnionym do uzyskania zezwolenia na urządzenie gry lub zakładu wzajemnego lub na prowadzenie działalności w zakresie gier i zakładów wzajemnych. Ponadto w opisie czynu zabronionego z art. 107 § 1 k.k.s. zwracają uwagę jeszcze dwa znamiona – „urządzenie” i „prowadzenie”. Urządzenie gry hazardowej to coś innego niż prowadzenie gry lub zakładu. Zgodnie z przepisem art. 7 uchylonej ustawy o grach i zakładach wzajemnych można było rozumieć, że urządzenie wiąże się z rozpoczęciem działalności hazardowej w określonym miejscu, to jest w kasynie gry, salonie gry na automatach lub punkcie gier na automatach o niskich wygranych czy salonie gry bingo pieniężne²¹. Z art. 3 obecnej ustawy o grach hazardowych wynika jedynie, że urządzenie i prowadzenie działalności w zakresie gier losowych, zakładów wzajemnych i gier na automatach jest dozwolone wyłącznie na zasadach w niej określonych. Przepis ten ma charakter *ius cogens*. Z kolei przepisy art. 6 i 7 ustawy ustalają podstawę prowadzenia działalności hazardowej. Oba pojęcia – „urządzenie” i „prowadzenie” – nie mają swoich definicji legalnych. Niektórzy autorzy uważają, że „urządzenie” jest pojęciem węższym od „prowadzenia”, gdyż to ostatnie miałyby obejmować takie działania, jak ustalenie zasad gry i wysokości wygranych²². Zdaniem innych jest odwrotnie, tzn. zakres pojęcia „urządza” jest szerszy od „prowadzi”²³. Ten pogląd jest słuszny. Pod pojęciem „urządza” należy rozumieć realizację takich czynności, które są niezbędne do rozpoczęcia danego przedsięwzięcia, tj.: układanie systemu gry, określanie wysokości wygranych, wynajęcie i przystosowanie lokalu, zorganizowanie urzędzeń do gry, ustalanie zasad ich rozliczania, zatrudnienie i przeszkolenie pracowników. Natomiast pojęcie prowadzenia gry, jako węższe, ogra-

¹⁹ L. Wilk, *Hazard...*, s. 188.

²⁰ J. Sawicki, *Zarys prawa karnego skarbowego*, Warszawa 2010, s. 190.

²¹ Ustawa z dnia 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych, Dz.U. z 2004 r. Nr 4, poz. 27, ze zm.

²² F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, t. 2, Kraków 2006, s. 773–774.

²³ W. Kotowski, B. Kurzępa, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 368.

nicza się do wykonywania bezpośrednich czynności przy grze²⁴. Stąd też przyjąć należy, że urządzanie gry poprzedza czasowo jej prowadzenie, gdyż prowadzenie dotyczy działalności uprzednio urządzonej²⁵. Jak się więc wydaje, „urządzać” grę oznacza mniej więcej tyle, co ją „zorganizować”, czyli doprowadzić do tego, aby mogła się odbyć. Pojęcie organizowania obejmuje etapy wcześniejsze od realizacji danego przedsięwzięcia. W tym sensie można się zgodzić z autorami wprost utożsamiającymi pojęcie urządzania gry z jej organizowaniem²⁶. Urządzanie gry lub zakładu wzajemnego można więc powiązać z działalnością w tym zakresie²⁷. W świetle powyższego stanowiska z realizacją znamion z art. 107 § 1 k.k.s. będziemy mieli do czynienia – oprócz urządzania i prowadzenia gier hazardowych bez wymaganej koncesji, zezwolenia czy zgłoszenia, względnie z naruszeniem monopolu państwa – w takich np. sytuacjach, jak: urządzanie gier hazardowych lub zakładów wzajemnych w innych miejscach i w inny sposób niż dozwolony w ustawie, np. urządzanie gier na automatach poza kasynem gry.

Polscy eksperci w opiniach prawnych z 18 i 19 listopada 2009 r.²⁸ przestrzegali twórców nowego aktu prawnego, że sformułowanie użyte w art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, tj. „Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości oraz gier na automatach dozwolone jest wyłącznie w kasynach gry”, może zostać uznane za przepis techniczny w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34 Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 1998 r.²⁹, ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych, zmienione dyrektywą Rady 2006/96/WE z dnia 20 listopada 2006 r.³⁰ Należy w tym miejscu zaznaczyć, że w dniu 7 października 2015 r. weszła w życie dyrektywa UE 2015/1535 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 9 września 2015 r. ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego³¹, uchylająca wcześniejszą dyrektywę. Przepisy techniczne powinny zostać notyfikowane Komisji na podstawie art. 8 ust. 1 dawnej dyrektywy, obecnie jest to art. 5 dyrektywy UE 2015/1535. W procedurze notyfikacyjnej

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 827.

²⁶ M. Czyżak, *Odpowiedzialność za nielegalne urządzanie gier hazardowych w polskim systemie prawnym*, WPP 2010, nr 2, s. 25.

²⁷ T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 460.

²⁸ W. Gontarski, *Opinia prawna dotyczy: projektowanej ustawy o grach hazardowych*, Warszawa, Sejm, 19 listopada 2009 r.; P. Kruszyński, W. Gontarski, *Opinia prawna dotyczy: projektowanej ustawy o grach hazardowych*, Warszawa, Sejm, 19 listopada 2009 r.

²⁹ Dz.U. Seria L 204.

³⁰ Dz.U. Seria L 363.

³¹ Dz.U. UE. L.2015.241.1.

państwa członkowskie przekazują niezwłocznie Komisji projekty przepisów technicznych, z wyjątkiem tych, które są bezpośrednią transpozycją normy międzynarodowej lub europejskiej, gdzie wystarczająca jest informacja dotycząca tej normy. Komisja wówczas niezwłocznie informuje państwa członkowskie o takim projekcie. Komisja i państwa członkowskie mogą zgłaszać swoje uwagi państwu, które przedstawiło projekt przepisów technicznych. Brak notyfikacji przepisów technicznych jest istotny z uwagi na skutek, jaki wywołuje. Powoduje bowiem nieskuteczność danego przepisu, niemożność jego zastosowania. W świetle orzecznictwa luksemburskiego obowiązek notyfikacji jest bezwarunkowy, a jednostki mogą się na niego bezpośrednio powoływać przed sądami krajowymi (por. wyrok TSUE w sprawie o sygn. C-194/94 CIA Security International S.A.; wyrok TSUE w sprawie o sygn. C-443/98 Unilever Italia SpA).

Kwestionowane przepisy ustawy o grach hazardowych stały się przyczynkiem wniesienia przez trzy spółki: Fortuna sp. z o.o., Grand sp. z o.o. i Forta sp. z o.o. przed Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku skarg na dotyczące ich decyzje, wydane przez dyrektora Izby Celnej w Gdańsku. Spółka Fortuna, z uwagi na posiadane zezwolenie, wniosła o jego zmianę w odniesieniu do określenia jednego z miejsc prowadzenia gry. Wnioski nie zostały uwzględnione przez dyrektora Izby Celnej w Gdańsku, z uwagi na treść art. 135 ust. 2 ustawy o grach hazardowych, który zakazuje zmiany miejsca prowadzenia gier w drodze zmiany zezwolenia, z wyjątkiem ograniczenia liczby punktów gry na automatach o niskich wygranych. Spółka Grand starała się o przedłużenie zezwolenia na kolejny okres sześciu lat, lecz dyrektor Izby Celnej w Gdańsku nie uwzględnił wniosku, powołując się na art. 138 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, który zakazuje przedłużania zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych. W stosunku do trzeciej ze spółek – Forty, z uwagi na toczące się postępowanie o wydanie jej zezwolenia na prowadzenie gier na automatach o niskich wygranych, dyrektor Izby Celnej w Gdańsku, powołując się na treść art. 129 ust. 2 ustawy o grach hazardowych, postępowanie umorzył. Przedstawiciele spółek wystąpili z zarzutem, iż dyrektor Izby Celnej w Gdańsku nie może wobec nich powoływać się na ustawę o grach hazardowych, ponieważ projekt tejże nie został przekazany Komisji Europejskiej, mimo iż zawiera „przepisy techniczne” w rozumieniu dyrektywy 98/34/WE, a przepisy ustawy o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenia, a nawet uniemożliwić prowadzenie gier poza kasynami, należą do takich właśnie. Skarżący zarzucali, że wynikające z ustawy ograniczenia w prowadzeniu gier na automatach o niskich wygranych stwarzają istotne bariery dla obrotu tymi automatami na rynku Unii. Wskazując na zakazy i nakazy z art. 135 ust. 2, art. 138 ust. 1, art.

129 ust. 2 ustawy o grach hazardowych, tj.: zakaz zmiany miejsca prowadzenia gier, przedłużenia wcześniejszych zezwoleń, nakaz umarzania postępowań o wydanie zezwolenia na prowadzenie gier wszczętych, a nie zakończonych przed wejściem w życie ustawy o grach hazardowych, skarżący wskazywali, że powyższe regulacje powodują całkowitą bezużyteczność posiadanych przez nich urządzeń – tzn. automatów o niskich wygranych. O ile Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku uznał, iż orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące swobody przepływu towarów oraz swobodnego świadczenia usług w odniesieniu do gier hazardowych daje mu prawo do samodzielnej oceny zgodności uregulowań wynikających z ustawy o grach hazardowych z tymi swobodami, o tyle powziął wątpliwość, czy przepisy tejże ustawy można stosować wobec jednostki, skoro „jako przepisy techniczne” nie zostały przekazane Komisji Europejskiej zgodnie z procedurą³² przewidzianą w dyrektywie 98/34/WE³³. W związku z powstałą wątpliwością, której rozstrzygnięcie było niezbędne do wydania wyroku, a która to odnosiła się do wykładni aktu prawnego Unii, skorzystano z możliwości złożenia pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu w trybie art. 267 TFUE. Przepis ten podaje, że „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym: a) o wykładni Traktatów; b) o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii”. Pojęcie aktów wymienione w punkcie b rozumiane jest szeroko i obejmuje nie tylko akty wiążące, takie jak rozporządzenia, dyrektywy czy decyzje, ale również akty niewiążące, w tym zalecenia i akty nienazwane, takie jak deklaracje, wytyczne czy rezolucje³⁴. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gdańsku zawiesił postępowanie i zwrócił się do Trybunału Sprawiedliwości UE z pytaniami prejudycjalnymi, które zmierzały do ustalenia, czy przepisy ustawy o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenia, a nawet uniemożliwić prowadzenie gier poza kasynami i salonami gry, należą do przepisów technicznych i w związku z tym ich projekt w fazie legislacji krajowej powinien zostać przekazany Komisji.

Upřednia dyrektywa 98/34/WE ustanawiająca procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego – jak sama nazwa wskazu-

³² Postanowienie WSA w Gdańsku z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. III SA/Gd 261/10; postanowienie WSA w Gdańsku z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. III SA/Gd 262/10; postanowienie WSA w Gdańsku z dnia 16 listopada 2010 r., sygn. III SA/Gd 352/10.

³³ G. Grabowska, *Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie Fortuna i inni przeciwko Dyrektorowi ICG*, [w:] W. Gontarski (red.), G. Grabowska, P. Kruszyński, W. Gontarski, *Opinie Prawne*, s. 27–29.

³⁴ Por. orzeczenie TS z dnia 13 grudnia 1989 r. w sprawie o sygn. C-322/88, Salvatore Grimaldi v. Fond des maladies professionnelles, Zb. Orz. 1989, s. 4407.

je – odnosi się nie tylko do usług społeczeństwa informacyjnego, ale także produktów, które mogą być wykorzystywane do świadczenia wszelkich usług, o czym przekonuje jej art. 1 pkt 1: „Do celów niniejszej dyrektywy stosuje się poniższe terminy: produkt – oznacza każdy wyprodukowany przemysłowo produkt lub każdy produkt rolniczy, włącznie z produktami rybnymi”³⁵. Natomiast szerokie orzecznictwo wojewódzkich sądów administracyjnych i Naczelnego Sądu Administracyjnego w sprawach dotyczących głównie zwrotu podatku nadpłaconego prezentowało pogląd, zgodnie z którym projekt ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych nie podlega obowiązkowi notyfikacyjnemu, nakładanemu przez dyrektywę 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r., ustanawiającą procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego – gdyż nie dotyczy ona usług świadczonych na odległość (zob. wyroki: NSA z dnia 16 lutego 2012 r., sygn.: II FSK 2491/11 i II FSK 1099/11; WSA w Gliwicach z dnia 22 sierpnia 2012 r., sygn. I SA/GI 198/12; WSA w Kielcach z dnia 8 sierpnia 2012 r., sygn. I SA/Ke 265/12). Sądy administracyjne stały na stanowisku, że samo oferowanie gry na automatach o niskich wygranych, niewątpliwie będące usługą, nie spełnia kryteriów definicji usługi społeczeństwa informacyjnego (regulowanej dyrektywą 98/34/WE) i przesądza o wyłączeniu jej spod działania tej dyrektywy, a w konsekwencji także o braku obowiązku notyfikowania sposobu jej organizowania. Jest to pogląd *contra legem*.

Trybunał Sprawiedliwości UE w Luksemburgu w wyroku w połączonych sprawach o sygn.: C-213/11, C-214/11 i C-217/11, Fortuna i inni, wydanym 19 lipca 2012 r., w efekcie złożonych pytań prejudycjalnych Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku, zakwalifikował przepisy krajowe ustawy o grach hazardowych do kategorii przepisów technicznych jako „inne wymagania” w rozumieniu art. 1 pkt 4 dyrektywy, jeżeli ustanawiają one „warunki” determinujące w sposób istotny skład, właściwości lub sprzedaż produktu. Zgodnie z orzecznictwem TSUE³⁶ pojęcie „przepisy techniczne” obejmuje trzy kategorie: specyfikacje techniczne (art. 1 pkt 3 dyrektywy 98/34), inne wymagania (art. 1 pkt 4 dyrektywy) oraz zakazy produkcji, przewozu, wprowadzania do obrotu i użytkowania produktów (art. 1 pkt 11). Przepis art. 1 pkt 4 dyrektywy definiuje „inne wymagania”, wskazując, iż oznaczają one „wymagania inne niż specyfikacje techniczne, nałożone na produkty w celu ochrony, w szczególności konsumentów i środowiska, które wpływają na jego cykl życia [chodzi o cykl

³⁵ Dz.U. Seria L 363.

³⁶ Wyrok TS w sprawie o sygn. C-267/07 Lindberga z dnia 8 listopada 2007 r., wyrok w sprawie o sygn. C-20/05 Schwibberta.

użytkowania – dop. moje] po wprowadzeniu go na rynek, takie jak warunki użytkowania, powtórne przetworzenie, ponowne zastosowanie lub składowanie, gdzie takie warunki mogą mieć istotny wpływ na skład lub na rodzaj produktu lub obrót nim”³⁷. Sformułowanie „mogą mieć” akcentuje potencjalny wpływ, czyli że mogą działać w sposób istotny³⁸. Zwraca się uwagę na analizę abstrakcyjną w stosunku do sytuacji rynkowej kreowanej przez już obowiązującą ustawę. Jak wynika z istoty dyrektywy, brany jest pod uwagę jedynie stan sprzed wejścia w życie danej ustawy zawierającej przepisy techniczne. Obowiązek notyfikacji dotyczy projektu przepisu, a nie przepisu obowiązującego. Dlatego w wyroku w sprawie szwedzkiej czytamy w pkt 78, że podmiot stosujący prawo powinien ustalić, czy przepisy ustawy regulujące pozwolenia hazardowe mogą wpływać, a nie – czy przepisy wpływają³⁹. Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał w uzasadnieniu, iż „przepisy krajowe tego rodzaju jak przepisy ustawy o grach hazardowych, które mogą powodować ograniczenia, a nawet stopniowe uniemożliwienie prowadzenia gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami i salonami gry, stanowią potencjalnie «przepisy techniczne», w związku z czym ich projekt powinien zostać przekazany Komisji, w wypadku ustalenia, iż przepisy te wprowadzają warunki mogące mieć istotny wpływ na właściwości lub sprzedaż produktów. Dokonanie tego ustalenia należy do sądu krajowego”⁴⁰. Przepisy przejściowe ustawy o grach hazardowych dotyczące zakazu wydawania, przedłużania i zmiany zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie gier na automatach o niskich wygranych poza kasynami gier mogą wpływać na obrót, sprzedaż tych automatów. Dlatego to zadaniem sądu krajowego jest ustalenie, w konkretnej sprawie, czy powyższe zakazy w odniesieniu do użytkowania automatów do gier o niskich wygranych mogą w sposób istotny wpływać na ich właściwość lub na ich sprzedaż.

Kluczowe znaczenie ma rozstrzygnięcie zawarte w wypunktowanych motywach wyroku, tj. w punktach 24 i 25, gdzie Trybunał Sprawiedliwości UE wyraźnie wskazał, iż art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych jest przepisem technicznym w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE. Trybunał przytoczył swe wcześniejsze ustalenie poczynione w wyroku z dnia 26 października 2006 r. w sprawie o sygn. C-65/05 Komisja przeciwko Grecji, gdzie orzekł, iż „przepisy zakazujące prowadzenia gier elektrycznych, elektromechanicznych i elektronicznych

³⁷ Dz.U. Seria L 204.

³⁸ <http://www.mg.gov.pl/NR/rdonlyres/F6574AB1-B9FD-40A5-94ED-CBE9973FEAB6/32228/KE_Przewodnik_Dyrektywa_9834_Pl.pdf>.

³⁹ Wyrok TS z dnia 26 października 2006 r. w sprawie o sygn. C-65/05, Zb. Orz. s. I-10341, pkt 61.

⁴⁰ Wyrok TS w sprawach połączonych o sygn.: C-213/11, C-214/11, C-217/11, Fortuna i inni, z dnia 19 lipca 2012 r.

w jakichkolwiek miejscach publicznych i prywatnych z wyjątkiem kasyn, należy uznać za przepisy techniczne w rozumieniu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34/WE⁴¹. Podobnie wskazał NSA w wyroku z dnia 17 września 2015 r., stwierdzając, że „Wypowiedź Trybunału Sprawiedliwości UE na temat art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych ma natomiast charakter odrębny i pomocniczy. Trybunał wyraził swój pogląd w kwestii technicznego charakteru art. 14 ust. 1 w kontekście swego wyroku z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-65/05 Komisja przeciwko Grecji. Wychodząc poza zakres pytania w sprawie dotyczącej polskiej ustawy hazardowej i wskazując kategorycznie art. 14 ust. 1 jako przykład przepisu technicznego, miał zapewne w zamiarze ułatwić sądom krajowym interpretację przepisów ustawy hazardowej w świetle dyrektywy 98/34/WE⁴². Dodać należy, iż teza o technicznym charakterze art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych znajduje potwierdzenie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 11 czerwca 2015 r., C-98/14. W pkt 100 tiret 2 tego wyroku Trybunał orzekł, że krajowe przepisy ustawowe, które zakazują użytkowania automatów do gier poza kasynami, stanowią „przepisy techniczne” w rozumieniu przepisu art. 1 pkt 11 dyrektywy 98/34, których projekty powinny być przedmiotem powiadomienia przewidzianego w art. 8 ust. 1 akapit pierwszy tej dyrektywy.

Wymogi wynikające z dyrektywy 98/34/WE dotyczą projektów wszystkich przepisów krajowych reglamentujących, w sposób w niej określony, korzystanie z produktów i usług społeczeństwa informacyjnego, czyli jedynie świadczonych na odległość. Usług (projektów przepisów regulujących usługi) nieświadczonych na odległość, a więc sposobem tradycyjnym, obowiązek notyfikowania dotyczy pośrednio poprzez produkty (projekty przepisów regulujących korzystanie z produktów) konieczne do świadczenia tychże usług. Istotne jest, iż usługi hazardowe nie zostały wyłączone z zakresu przedmiotowego tej dyrektywy, co oznacza, że propozycje regulacyjne w tej sferze muszą być bezwzględnie zgłaszane Komisji. Dyrektywa została implementowana do polskiego systemu prawa rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych⁴³. W tym miejscu warto wskazać w kontekście powyższego zagadnienia na wcześniejsze wyroki Trybunału Sprawiedliwości WE. Wyroki w sprawach o sygn.: C-194/94 z dnia 30 kwietnia 1996 r. w sprawie CIA Security, C-443/98 z dnia 26 września 2000 r. w sprawie Unilever oraz C-303/04 z dnia 8 września 2005 r. w sprawie Lidl Italia Srl v. Comune di Stradella wydane przez Trybunał Sprawiedliwości UE w trybie postępowania o wydanie orzeczenia preju-

⁴¹ Wyrok TS w sprawie Komisja v. Grecja z dnia 26 października 2006 r.

⁴² Wyrok NSA z dnia 17 września 2015 r., II GSK 1296/15.

⁴³ Dz.U. Nr 239, poz. 2039, ze zm.

dycjalnego stanowią kluczowy element w kwestii ochrony osób fizycznych przed niedopełnieniem przez państwa członkowskie ich zobowiązań wynikających z dyrektywy 98/34/WE. Powyższe wyroki określają skutki przyjęcia przepisów technicznych z naruszeniem zobowiązań ustanowionych dyrektywą 98/34/WE. Pomimo iż niedopełnienie obowiązku notyfikacji jest jedynie uchybieniem proceduralnym, a przepisy dyrektywy 98/34/WE nie składają się na prawo przedmiotowe, z którego jednostka może bezpośrednio wyprowadzać swoje prawo podmiotowe, to naruszenie obowiązku notyfikacyjnego jest wadą proceduralną o takim wymiarze prawnym i na tyle istotną, że pośrednio może być podstawą prawa podmiotowego, gdyż czyni krajową regulację „niestosowalną”⁴⁴. Ponadto ważne jest rozróżnienie obowiązku notyfikacji w znaczeniu proceduralnym od możliwości wprowadzenia ograniczeń w znaczeniu materialnym. Pierwsza z tych kwestii odnosi się do procedury uchwalania krajowych regulacji i zgodności tej procedury z prawem europejskim (przepisy dyrektywy 98/34/WE). Natomiast drugą, odrębną kwestią jest zgodność przepisów krajowych (tj. ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych) z materialnymi przepisami regulującymi swobodę przepływu towarów, przewidzianymi w art. 34–36 TFUE. Mimo iż obydwa rodzaje kontroli mają za cel ochronę przepływu towarów, to jednak nie można utożsamiać zakresu ich zastosowania (wyrok WSA w Kielcach z dnia 3 października 2013 r., sygn. II SA/Ke 599/13).

Ustawa o grach hazardowych przeszła proces legislacyjny, została podpisana przez Prezydenta RP i zaczęła obowiązywać od dnia 1 stycznia 2010 r. Posiada natomiast wadę związaną z owym procesem. Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim, podczas rozpoznawania jednej ze spraw, postanowieniem z dnia 6 września 2013 r. przedstawił Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy: „Czy dopuszczalne jest pociągnięcie do odpowiedzialności karnoskarbowej za występki z art. 107 § 1 k.k.s. osób, które prowadzą grę losową, grę na automacie lub zakład wzajemny wbrew zakazom zawartym w art. 6 ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych w sytuacji, gdy projekt tych przepisów nie został przedstawiony przez Państwo Polskie Komisji Europejskiej w ramach procedury notyfikacyjnej?”⁴⁵. Mimo odmowy podjęcia uchwały dotyczącej przedstawionego zagadnienia prawnego Sąd Najwyższy w swoim obszernym uzasadnieniu, po pierwsze, przyznał jakoby Trybunał Sprawiedliwości UE nie przesądził w swoim wyroku o technicznym charakterze przepisów ustawy o grach hazardowych, w tym również art. 14 ust. 1, ale pozostawił tę kwestię do rozstrzygnięcia sądom

⁴⁴ M. Szpunar, *Odpowiedzialność podmiotu prywatnego z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego*, Warszawa 2008, s. 115.

⁴⁵ Postanowienie SN z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. I KZP 15/13, OSNKW 2013, nr 12, poz. 101.

krajowym. Po drugie, uznał, że rozporządzenie w sprawie funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych w sposób niewłaściwy transportuje dyrektywę 98/34/WE do polskiego porządku prawnego, co powoduje, że pierwszeństwo odnośnie do ustalania obowiązku notyfikacyjnego mają normy samej dyrektywy. Po trzecie, w sytuacji jednak uznania technicznego charakteru przepisów ustawy, zdaniem Sądu Najwyższego, nie zachodzi żaden z wypadków wskazanych w dyrektywie zwalniający polski rząd z obowiązku notyfikacji. Należy zauważyć, że pogląd, jaki wyraził Sąd Najwyższy, sprowadził się do tego, że gdyby nawet przyjąć, że art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych ma charakter techniczny, co notabene wyraził wprost Trybunał Sprawiedliwości UE, nie oznacza, iż sądy krajowe mogą odmówić jego stosowania, a w efekcie uznać, że nie jest przestępstwem czyn z art. 107 § 1 k.k.s. Obowiązek odmowy stosowania nienotyfikowanych przepisów ustawy nie wynikał, w opinii Sądu Najwyższego, z żadnego wyraźnego przepisu dyrektywy 98/34/WE ani z żadnej regulacji traktatowej. W ocenie Sądu reguła kolizyjna określona w art. 91 ust. 3 Konstytucji RP nie ma zastosowania w sytuacji niedochowania obowiązku notyfikacyjnego, a treść przepisów uchwalonych w ten sposób nie pozostaje w merytorycznej kolizji z obowiązkiem notyfikacji⁴⁶. Sąd wskazał, że Konstytucja RP „nie przewiduje, by notyfikacja była kryterium ważności stanowiących w Polsce przez parlament norm prawnych, a tym samym nie warunkuje obowiązywania tych norm”. Zdaniem Sądu Najwyższego, „z uwagi na wagę i charakter obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej projektu regulacji prawnych zawierających przepisy techniczne, stanowi w istocie element konstytucyjnego trybu stanowienia ustaw, a jego naruszenie może być kwestionowane właśnie jako naruszenie konstytucyjnego trybu ustawodawczego”. Sąd Najwyższy uznał, że jeżeli w konkretnym postępowaniu sądy dojdą do wniosku, iż występuje tego rodzaju wadliwość trybu ustawodawczego, mogą nie stosować przepisów w ten sposób, że zawieszają postępowanie, w którym miałyby być one zastosowane i skierują pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego, w celu wydania stosownego rozstrzygnięcia⁴⁷.

Sąd Najwyższy w tym wyroku błędnie przyjął, że obowiązek odmowy zastosowania *in concreto* przepisu krajowego stanowiącego nienotyfikowaną normę techniczną „nie wynika z wyraźnego przepisu dyrektywy 98/34/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 listopada 2006 r., ani z innej regulacji traktatowej”. Pogląd ten rozwinął i uargumentował ograniczonym znaczeniem rozstrzygnięć prejudycjalnych Trybunału

⁴⁶ M. Taborowski, *Brak notyfikacji ustawy hazardowej a prawo karne*, „Radca Prawny” 2014, z. 1, s. 43-44.

⁴⁷ Wyrok SN z dnia 8 stycznia 2013 r., IV KK 183/13; wyrok SN z dnia 28 marca 2014 r., III KK 447/13; postanowienie SN z dnia 20 sierpnia 2014 r., IV KK 69/14.

Sprawiedliwości UE. Zasada wyrażona w art. 4 ust. 3 TUE, tj.: „Zgodnie z zasadą lojalnej współpracy, Unia i Państwa Członkowskie wzajemnie się szanują i udzielają sobie wzajemnego wsparcia w wykonywaniu zadań wynikających z Traktatów. Państwa Członkowskie podejmują wszelkie środki ogóle lub szczególnie właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii. Państwa Członkowskie ułatwiają wypełnianie przez Unię jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii”, ma na celu zapewnić wzajemne poszanowanie kompetencji organów prawodawczych, wykonawczych i sądowych na różnych poziomach zarządzania w ramach systemu federalnego i gotowość do współpracy. Ponadto stanowi podstawę odmowy zastosowania przepisu krajowego stanowiącego nienotyfikowaną normę techniczną. Rozumiana jest w taki sposób, że sąd krajowy obowiązany jest zapewnić pełną efektywność przepisowi dyrektywy. Przepis krajowy, który osłabia ową efektywność, powinien być poddany wykładni przychyłnej prawu Unii, natomiast w przypadku nierozładowania potencjału kolizyjnego płynącego z braku notyfikacji przepis taki powinien spotkać się z odmową zastosowania. Odnosi się to również do normy sankcyjnej zabezpieczającej wykonanie dyspozycji normy technicznej, której nie poddano notyfikacji. To owa treść prawa Unii nakazuje sądom krajowym odmawiać zastosowania nienotyfikowanych krajowych norm technicznych. Łączenie zagadnienia stosowalności krajowej normy technicznej, nienotyfikowanej, z zagadnieniem oceny powyższego z punktu widzenia konstytucyjności jest błędem. Zasada pierwszeństwa prawa Unii wynika z niego samego. Tym bardziej nie jest jego źródłem art. 91 ust. 3 Konstytucji RP. Natomiast prawdą jest, że przepisy Konstytucji RP zawierają klauzule otwierające system krajowy na ową zasadę. Zasada pierwszeństwa prawa Unii polega na pierwszeństwie jego stosowania, a nie obowiązywania, a pierwszeństwo to zapewnia się poprzez odmowę zastosowania kolidującej normy krajowej w danym stanie faktycznym, na co wskazywał już Trybunał Sprawiedliwości w sprawie o sygn. 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato a Simmenthal SA (Simmenthal II)*. Kwestia niezgodności przepisu ustawy z prawem Unii, wynikająca z braku notyfikacji przepisów, nie należy do materii poddawanej badaniu przez Trybunał Konstytucyjny, ale do materii, którą rozstrzygać powinny sądy krajowe. W sytuacji powzięcia przez nie wątpliwości winny sięgać one do interpretacji prawa Unii dokonywanej przez Trybunał Sprawiedliwości, w ramach procedury pytania prejudycjalnego⁴⁸.

Taki sam wniosek został sformułowany w innym judykacie Sądu Najwyższego z dnia 27 listopada 2014 r., sygn. II KK 55/14, w którym to

⁴⁸ M. Górski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 28 listopada 2013 r., sygn. I KZP 15/13*, s. 7–9.

uzasadnieniu Sąd Najwyższy, powołując się na wyrok ETS z dnia 9 marca 1978 r. w sprawie *Simmenthal* 106/77, wskazał, że „ważność przepisów wspólnotowych lub skutki, jakie wywołują w państwach członkowskich, nie mogą być podważane przez zarzut niezgodności z prawami podstawowymi lub zasadami zawartymi w konstytucji danego państwa albo w narodowej strukturze konstytucyjnej”⁴⁹. Sąd Najwyższy powtarza za ETS, że każdy sąd krajowy, mający w ramach swoich kompetencji zastosować przepisy prawa wspólnotowego, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność norm prawa wspólnotowego, norm unijnych, nie stosując w razie konieczności wszelkich, nawet późniejszych sprzecznych z przepisami prawa wspólnotowego przepisów ustawodawstwa krajowego. Takie stanowisko zostało powtórzone w wyroku Sądu Najwyższego Izby Cywilnej z dnia 28 kwietnia 2010 r., w którym wskazano, że: „w sprawie o rozstrzygnięcie kolizji ustawy z prawem unijnym wymagającym wykładni tego prawa, wyłącznie właściwy jest Trybunał Sprawiedliwości UE”⁵⁰.

Ponadto Trybunał Konstytucyjny RP w postanowieniu z dnia 19 grudnia 2006 r. podkreśla, że: „Europejski Trybunał Sprawiedliwości i polski Trybunał Konstytucyjny nie mogą być ustawiane w stosunku do siebie jako sądy konkurencyjne. Chodzi nie tylko o wyeliminowanie zjawiska dublowania się obu trybunałów czy dwutorowości w zakresie orzekania o tych samych problemach prawnych, ale i dysfunkcjonalności w relacjach wspólnotowego oraz wewnątrz krajowego porządku prawnego”⁵¹. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu postanowienia z dnia 27 listopada 2014 r. przytoczył powyższy pogląd, dzieląc go w całości.

Sąd Najwyższy podzielił również podobne stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE, wskazując, jak istotne jest rozważenie konsekwencji płynących z treści wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 19 lipca 2012 r. (C-213/11, C-214/11 i C-217/11), w szczególności skutków uznania przepisów ustawy o grach hazardowych za nienotyfikowane przepisy techniczne. Wskazał także, że o tego rodzaju skutkach Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się już w jednym z wcześniejszych swoich wyroków z dnia 19 listopada 2009 r., w sprawie C-314/08, odpowiadając na pytanie prejudycjalne złożone przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu postanowieniem z dnia 20 maja 2008 r. Sprawa ta wprawdzie nie dotyczyła problematyki gier hazardowych, jednak również wiązała się z problemem notyfikacji przepisów krajowych. Wówczas Trybunał Konstytucyjny wskazał, iż sąd krajowy, do którego kompetencji należy stosowanie przepisów prawa wspólnotowego, zobowiązany jest zapewnić pełną skuteczność tych

⁴⁹ Postanowienie SN z dnia 27 listopada 2014 r., II KK 55/14, OSNKW 2015, z. 4, poz. 37.

⁵⁰ Wyrok SN z dnia 28 kwietnia 2010 r., III CZP 3/10, OSNC 2010, nr 11, poz. 155.

⁵¹ Postanowienie TK z dnia 19 grudnia 2006 r., P 37/05, OTK 2006, nr 11, poz. 177.

norm, w ten sposób, że w razie konieczności z własnej inicjatywy nie stosuje wszelkich sprzecznych z nimi przepisów prawa krajowego, także późniejszych, bez potrzeby zwracania się o ich uprzednie usunięcie w drodze ustawodawczej lub w ramach innej procedury konstytucyjnej. Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego, zdaniem Trybunału Sprawiedliwości UE, zobowiązuje sąd krajowy do stosowania prawa wspólnotowego i do odstąpienia od stosowania sprzecznych z nim przepisów krajowych, niezależnie od wyroku krajowego sądu konstytucyjnego.

Sąd Najwyższy, przytaczając liczne orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości, tj.: wyrok z dnia 30 kwietnia 1996 r., C-194/94, wyrok z dnia 6 czerwca 2002 r., C-159/00, wyrok z dnia 8 września 2005 r., C-303/04, wyrok z dnia 15 kwietnia 2010 r., C-433/05, powtórzył w uzasadnieniu, że: „Jako mechanizm gwarantujący przestrzeganie przez państwa członkowskie Unii Europejskiej obowiązków notyfikacyjnych, Trybunał przewidział sankcje braku możliwości po stronie państwa zastosowania takiego przepisu wobec jednostki”. Należy zauważyć, że Trybunał Sprawiedliwości przyjął zasadę niestosowania przez sądy krajowe aktu prawnego sprzecznego z normą prawa wspólnotowego, bez orzekania o jego ważności.

Na skutek problemów prawnych, jakie jawiły się przed sądami krajowymi, związanymi z brakiem notyfikacji przepisów ustawy o grach hazardowych, zostały skierowane do Trybunału Konstytucyjnego pytania prawne. Jedno z nich dotyczyło kwestii: „Czy art. 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych jest zgodny z art. 2, art. 7, art. 20 i art. 22 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji”⁵². Trybunał odpowiedział na nie twierdząco. Tego rodzaju rozstrzygnięcie Trybunału wynikało ze sposobu sformułowania pytania, które dotyczyło zbadania, czy ustawa o grach hazardowych jest zgodna z Konstytucją ze względu na tryb uchwalania ustawy, a nie dotyczyło problemu związanego z następstwem niezgodności przepisów tej ustawy z dyrektywą unijną, co *de facto* było i jest palącym problemem prawnym, wiążącym się z następstwem niezgodności przepisów tejże ustawy z dyrektywą unijną. Jeśli zaś chodzi o zagadnienie zgodności ustawy z prawem wspólnotowym w postępowaniach przed sądami krajowymi, które sytuują się w sferze stosowania prawa, a nie jego obowiązywania, sądy krajowe mają prawo i obowiązek odmówienia zastosowania normy krajowej, jeżeli koliduje ona z normami prawa wspólnotowego. Problem tego rodzaju pozostaje więc poza sferą zainteresowania Trybunału Konstytucyjnego, a orzekanie przez Trybunał w tej materii może naruszać relacje między kompetencjami Trybunału Konstytucyjnego i Trybunału Sprawiedliwości UE.

⁵² Wyrok TK z dnia 11 marca 2015 r., P 4/14 (s/p-414).

Wiąże się to ze wspomnianym wcześniej problemem dwutorowości i konkurencyjności Trybunałów.

W orzecznictwie sądowym utrzymują się nadal rozbieżności co do charakteru art. 14 ust. 1 i związanego z nim art. 6 ust. 1 ustawy o grach hazardowych w kontekście art. 1 pkt 11 dawnej dyrektywy 98/34/WE. Mając to na względzie, Sąd Okręgowy w Łodzi sformułował pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości UE w postanowieniu z dnia 24 kwietnia 2015 r., IV Kz 142/15, które zostało zarejestrowane pod sygn. C-303/15, a dotyczyło następującej kwestii: „Czy przepis art. 8 ust. 1 Dyrektywy nr 98/34/WE z dnia 22 czerwca 1998 r. ustanawiającej procedurę udzielania informacji w dziedzinie norm i przepisów technicznych oraz zasad dotyczących usług społeczeństwa informacyjnego (Dz.U.U.E.L.98.204.37 z późn. zm.) może być interpretowany w ten sposób, że brak notyfikacji przepisów uznanych za mające charakter techniczny dopuszcza możliwość zróżnicowania skutków, tj. dla przepisów dotyczących swobód nie podlegających ograniczeniom przewidzianym w art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej brak notyfikacji skutkować powinien tym, że nie mogą być one stosowane w konkretnej sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia, zaś dla przepisów odnoszących się do swobód podlegających ograniczeniom z art. 36 Traktatu dopuszczalna jest ich ocena przez sąd krajowy, będący jednocześnie sądem unijnym, czy mimo nienotyfikacji są one zgodne z wymogami art. 36 Traktatu i nie podlegają sankcji braku możliwości ich stosowania”⁵³.

Natomiast wniosek Prokuratora Generalnego dotyczący zagadnienia prawnego, w związku z ujawnionymi rozbieżnościami w wykładni prawa, który wpłynął do Sądu Najwyższego w dniu 3 lipca 2015 r., postawił przed nim dodatkowe zagadnienie odnośnie do kompetencji sądów powszechnych orzekających w sprawach o przestępstwo z art. 107 § 1 k.k.s. w oparciu o normę z art. 91 § 3 Konstytucji RP do odmowy zastosowania przepisów ustawy o grach hazardowych jako niezgodnych z prawem unijnym. Sąd Najwyższy, odnosząc się do charakteru ograniczeń zawartych w przepisach art. 6 ust. 1 oraz 14 ust. 1 ustawy o grach hazardowych, potwierdził, iż „techniczny” charakter tych przepisów w świetle dyrektywy 9834/W nie może budzić wątpliwości. Co do drugiego problemu, będącego przedmiotem jego rozważań, Sąd Najwyższy zauważył, że nie dotyczy on kwestii interpretacyjnej, ale stosowania prawa. Podał zatem w wątpliwość, czy jest on w ogóle władny do wydania rozstrzygnięcia w tego rodzaju materii. Wynikało to z faktu, iż Prokurator Generalny w uzasadnieniu wniosku nie uwypuklił odmiennych poglądów interpretacyjnych tego zagadnienia

⁵³ Postanowienie SO w Łodzi z dnia 24 kwietnia 2015 r., V Kz 142/15.

sformułowanych przez Sąd Najwyższy w orzeczeniach z listopada 2013 r.⁵⁴ oraz kwietnia 2014 r.⁵⁵ Sąd Najwyższy zauważył zaś, iż w istocie w pierwszym orzeczeniu Sąd postrzega zastosowanie reguły kolizyjnej z art. 91 § 3 Konstytucji RP jako zastąpienie treści normatywnych wynikających z normy ustawowej regulacją prawną wynikającą z prawa organizacji międzynarodowych, a w drugim orzeczeniu powyższa norma kolizyjna według Sądu obejmuje również wypadek konkurencji unijnej normy wyłączającej zastosowanie normy wywodzącej z prawa krajowego⁵⁶. Dodatkowo zauważył też rozbieżność występującą w obu orzeczeniach, odnoszącą się do powszechnej w orzecznictwie luksemburskim normy niestosowania przez państwo wobec jednostek nienotyfikowanych przepisów technicznych. W pierwszym z orzeczeń Sąd w ogóle zakwestionował obowiązywanie takiej normy, wynikającej z orzeczeń Trybunału Europejskiego wydawanych w sprawach prejudycjalnych. W drugim z orzeczeń z kolei zajął odmienne stanowisko i przyjął jej obowiązywanie.

Sąd Najwyższy, rozważając wniosek Prokuratora Generalnego, zauważył, że w pytaniu prejudycjalnym Sąd Okręgowy w Łodzi zmierza do uzyskania istotnej odpowiedzi, czy sankcja niestosowania nienotyfikowania przepisów technicznych Komisji nie działa automatycznie w sytuacji, gdy przepisy techniczne dotyczą swobód traktatowych podlegających ograniczeniom na mocy art. 36 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Odpowiedź na to pytanie prejudycjalne zdaniem Sądu Najwyższego przesądzi kwestię dopuszczalności pociągnięcia do odpowiedzialności karnej skarbowej za czyn stypizowany w art. 107 § 1 k.k.s., który jako przepis blankietowy zawiera odesłania do nienotyfikowanych przepisów ustawy o grach hazardowych.

Należy zauważyć, że ani z tekstów traktatów, które są podstawą Unii Europejskiej, ani ze Statutu czy prawa wtórnego Unii Europejskiej nie wynikają żadne postanowienia kwalifikujące w określony sposób skutek orzeczeń wydanych w trybie pytania prejudycjalnego. Ich moc wiążącą wywodzić można z immanentnej cechy każdego wyroku sądowego. Regulamin Proceduralny Trybunału Sprawiedliwości UE w art. 65 stwierdza, że wyrok wiąże od dnia jego ogłoszenia. Przepis ten nie precyzuje natomiast: ani zakresu mocy wiążącej, ani kręgu podmiotowego, ani też skutków czasowych wyroku.

Skutki prawne orzeczenia wstępnego Trybunału Sprawiedliwości UE dla sądu krajowego, który skierował do niego wnioski w trybie art. 267 TFUE, są wiążące w całym postępowaniu głównym, o ile dany sąd nie za-

⁵⁴ Postanowienie SN z dnia 28 listopada 2013 r., I KZP 15/13.

⁵⁵ Postanowienie SN z dnia 17 kwietnia 2014 r., II KK 55/14.

⁵⁶ Postanowienie składu siedmiu sędziów SN z dnia 14 października 2015 r., I KZP 10/15.

da nowego pytania prejudycjalnego. Skutki prawne orzeczenia wiążą również sąd odwoławczy w danym postępowaniu głównym. Ponadto Trybunał Sprawiedliwości UE wyraźnie uznał swoją kompetencję do wykroczenia poza ramy skierowanego wniosku⁵⁷, co powoduje, iż sąd krajowy, rozpatrując sprawę, w której Trybunał Sprawiedliwości UE rozstrzygnął zagadnienie prawne, jest związany również wyrokiem, w takim zakresie, w jakim Trybunał wypowiedział się poza ramami zadanego pytania prawnego, jeśli ta kwestia znajduje w ogóle zastosowanie w sprawie. Wyrok taki jest rozstrzygający oraz formalnie i materialnie wiążący w danej kwestii. Natomiast w ramach autonomii proceduralnej sądów krajowych, jeśli sąd zorientuje się, że odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości UE nie jest mu konieczna do podjęcia decyzji, to stosując prawo wewnętrzne, może wydać rozstrzygnięcie tylko na tej podstawie⁵⁸.

Dostrzegalny jest natomiast problem odnoszący się do charakteru precedensowego orzeczenia wstępnego i skutków takiego wyroku *erga omnes*. Wciąż istnieje brak zgodności opinii co do zakresu, natury prawnej i skutków prawnych wyroków zawierających interpretację prawa Unii Europejskiej. Raz dokonana interpretacja pozwala sądom krajowym na odwołanie się do takiego wyroku. Dotyczy to w szczególności sądów zobowiązanych do skierowania takiego wniosku, od których wyroków nie ma w prawie wewnętrznym już odwołania. Ponadto do wcześniejszej interpretacji Trybunału Sprawiedliwości UE powinny się odwoływać pozostałe sądy, które są jedynie upoważnione do zadawania pytań w trybie prejudycjalnym. Trybunał Sprawiedliwości UE sformułował w sprawie CILFIT⁵⁹ teorię przewidującą, że sądy krajowe, od których nie ma już środków odwoławczych w prawie krajowym, są zwolnione od zadania pytania prejudycjalnego i tym samym mogą traktować poprzedni wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE jak precedens (sąd niższej instancji nie ma obowiązku, lecz jedynie uprawnienie). Zakres tej doktryny oznacza, że wcześniejszy wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE nie musi dotyczyć identycznego zapytania wstępnego, ważna jest jednakowość przepisu będącego przedmiotem pytania lub jednakowość zagadnienia prawnego. Ponadto moc interpretacji orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE nie jest zależna od kontekstu proceduralnego, w jakim zostało wydane, oraz moc wiążąca ta-

⁵⁷ Wyrok TS, wyrok w sprawie 16/65, Firma C. Schwarze v. Einfuhr und Vorrasstelle fur Getreide Und Pottermittel, z 1 grudnia 1965 r.

⁵⁸ P. Dąbrowska-Kłosińska, *Skutki wyroków prejudycjalnych TS w postępowaniu przed sądami krajowymi w świetle orzecznictwa i Traktatu z Lizbony*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2010, nr 10, s. 7.

⁵⁹ Wyrok TS z dnia 6 października 1982 r., sprawa 283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministero della sanita, Zb. Orz. 1982, s. 03415, pkt 13–14.

kiego orzeczenia dotyczy zarówno sądów niższej, jak i ostatniej instancji⁶⁰. W dwóch wyrokach z 2005 r. Trybunał Sprawiedliwości UE jednoznacznie uznał działanie tej doktryny CILFIT za aktualne w odniesieniu do obowiązków sądów krajowych⁶¹.

Zatem należy przyjąć, iż orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości UE, które zapadnie niebawem w wyniku zadanego pytania prejudycjalnego przez Sąd Okręgowy w Łodzi, będzie mieć względną moc wiążącą również wobec wszystkich składów Sądu Najwyższego. Jeśli z orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE wynikać będzie sprzeczność przepisu krajowego z podanym wykładni przepisem unijnym, obowiązek odstąpienia od jego stosowania spoczywać będzie nie tylko na Sądzie Okręgowym w Łodzi, który wystąpił za takim pytaniem prejudycjalnym, ale na wszystkich innych sądach⁶².

Nie sposób pominąć faktu, iż w dniu 3 września 2015 r. weszła w życie nowelizacja ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych, tj. ustawa z dnia 12 czerwca 2015 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych⁶³. Artykuł 1 pkt 7 brzmi następująco: „Art. 14 otrzymuje brzmienie: »Art. 14.1. Urządzanie gier cylindrycznych, gier w karty, w tym turniejów gry w pokera, gier w kości oraz gier na automatach jest dozwolone wyłącznie w kasynach gry na zasadach i warunkach określonych w zatwierdzonym regulaminie i udzielonej koncesji lub udzielonym zezwoleniu, a także wynikających z przepisów ustawy«. Jednocześnie w art. 4 przedmiotowej ustawy nowelizującej zaznaczono, iż „Podmioty prowadzące w zakresie, o którym mowa w art. 6 ust. 1–3 lub art. 7 ust. 2, w dniu wejścia w życie niniejszej ustawy mają obowiązek dostosowania się do wymogów określonych w ustawie zmienionej w art. 1, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą do dnia 1 lipca 2016 r.”. Stwierdzić należy zatem, że podmioty prowadzące działalność w zakresie gier na automatach uzyskały termin do dostosowania się do wymogów określonych w ustawie o grach hazardowych, w brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą, do dnia 1 lipca 2016 r. Wobec tego dojsć należy do konstatacji, iż podmioty prowadzące działalność w zakresie gier na automatach mają czas do 1 lipca 2016 r. na uzyskanie koncesji, zezwolenia i umieszczenia automatów w kasynach gry, również do rejestracji automatów przez naczelnika właściwego urzędu celnego. Konkludując, wskazać należy, iż nie sposób jest pociągnąć do odpowiedzialności za złamanie

⁶⁰ P. Dąbrowska-Kłosińska, *Skutki wyroków...*, s. 9.

⁶¹ Wyrok TS z dnia 15 września 2005 r., sprawa C-495/03, Intermodal Transport.

⁶² E. Gapska, *Dopuszczalność stosowania fikcji doręczenia (art. 11355 k.p.c.) przy dokonaniu doręczeń transgranicznych w UE – uwagi na tle wyroku TS z 19.12.2012 r. w sprawie C-325/11 Krystyna i Ewald Adler przeciwko Sabinie i Czesławowi Orłowskiemu*, EPS 2013, nr 6, s. 42.

⁶³ Dz.U. z 2015 r. poz. 1201.

przepisów ustawy o grach hazardowych wskazanych powyższej podmiotów przed upływem wskazanego terminu, tj. przed 1 lipca 2016 r.



A B S T R A C T

This contribution is an attempt to answer the question about legality of organization and operation of gambling on gaming machines without a licence in locations other than casinos, given current legal circumstances.

Mediacja w sprawach karnych

Mediation in criminal cases

STRESZCZENIE

Artykuł zawiera analizę polskich regulacji prawnych dotyczących postępowania medyjnego w sprawach karnych na tle standardów międzynarodowych. W szczególności oceniano jego zgodność z zaleceniami rekomendacji z dnia 15 września 1999 r. Nr R (99) Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich o mediacji w sprawach karnych oraz art. 12 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW. Stwierdzono, że w dużej mierze przyjęte rozwiązania nie czynią zadość tym wymogom, a podstawowym mankamentem jest to, że instytucja ta nie została unormowana jako służąca zaspokojeniu interesów pokrzywdzonego.

Pojednawcze rozwiązywanie problemów będących skutkiem przestępstwa było w historii Polski bardzo popularne. Społeczeństwo bardziej interesowało załatwienie sprawy w ten sposób niż poprzez zemstę czy sąd. Między rodami dochodziło do zawierania ugód. Dopiero pod koniec XVI w. sejm uchwalił zakaz jednania przy mężobójstwie (zabójstwie). Mimo zakazu nadal powszechne było pozasądowe załatwianie sporów we wszystkich sprawach, również przy mężobójstwie, bójkach czy znieważeniach. O powszechności tego świadczy chociażby to, że wprowadzono zgodę na jednanie wyłącznie w dni świąteczne, gdyż w dni powszednie rozjemcza działalność osób zajmujących się tym powodowała niemożność sądenia. Z metody tej przestano korzystać z chwilą wprowadzenia pierwszych kodyfikacji karnych¹.

¹ A. Rosner, *Tradycja staropolskiego sądownictwa polubownego – próba zarysowania problemu*, [w:] M. Piątek, M. Fajst (red.), *Sprawiedliwość naprawcza. Idea. Teoria. Praktyka*, Warszawa 2005, s. 37 i n.

Obecnie, mimo że kodeks postępowania karnego z 1997 r. uczynił z mediacji instytucję ustawową, w praktyce nie jest ona wykorzystywana. Średniorocznie liczba spraw kierowanych do postępowania mediacyjnego w porównaniu do wpływu spraw karnych kształtuje się poniżej 1%.

Należy więc zastanowić się, dlaczego tak mało wykorzystują ją organy procesowe, a strony nie są nią zainteresowane. Zanim podejmę próbę udzielenia odpowiedzi na to pytanie, pokrótce scharakteryzuję unormowania międzynarodowe dotyczące kształtowania instytucji mediacji w sprawach karnych.

Rekomendacja Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich o mediacji w sprawach karnych

Standardy, jakie wprowadza rekomendacja z dnia 15 września 1999 r. Nr R (99) Komitetu Ministrów dla Państw Członkowskich o mediacji w sprawach karnych², są następujące:

- dobrowolność – mediacja może mieć miejsce tylko wówczas, gdy strony swobodnie wyrażą na nią zgodę i będą mogły ją wycofać w każdym momencie,
- poufność – rozmowy w trakcie mediacji są poufne i nie mogą być wykorzystywane w dalszym postępowaniu karnym, chyba że strony wyrażą na to zgodę,
- powszechność – mediacja powinna być usługą powszechnie dostępną,
- dostępność – mediacja powinna być dostępna na wszystkich etapach postępowania karnego,
- autonomiczność – usługom mediacyjnym powinna być zapewniona autonomia w obrębie systemu wymiaru sprawiedliwości karnej,
- neutralność – mediacja powinna być prowadzona w oparciu o fakty dotyczące sprawy oraz z uwzględnieniem potrzeb i życzeń stron,
- bezpieczeństwo miejsca – mediator ponosi odpowiedzialność za zapewnienie bezpiecznego i komfortowego miejsca na mediację.

Według przywołanej rekomendacji ustawodawstwo krajowe powinno ułatwiać mediację w sprawach karnych. Powinny też istnieć wytyczne dotyczące korzystania z mediacji, określające w szczególności warunki przekazywania spraw do usług mediacyjnych oraz postępowania ze sprawami po przeprowadzeniu mediacji. Należy też odnosić do mediacji podstawowe gwarancje procesowe, w szczególności strony powinny mieć prawo do ko-

² Tekst polski [w:] *Ofiara przestępstwa w dokumentach międzynarodowych*, red. E. Bienkowska, L. Mazowiecka, Warszawa 2009, s. 90 i n.

rzystania z pomocy prawnej, tłumaczenia, informacji, a małoletni mieć prawo do korzystania z pomocy rodziców lub opiekunów.

W rekomendacji wskazano, że tylko organ wymiaru sprawiedliwości karnej powinien podejmować decyzje o kierowaniu sprawy do mediacji oraz ocenić wynik postępowania mediacyjnego. Przed wyrażeniem zgody na mediację strony powinny być wyczerpująco poinformowane o swoich prawach, istocie postępowania mediacyjnego i konsekwencjach swojej decyzji. Sprawa nie powinna być przekazana do mediacji, jeżeli któraś ze stron nie rozumie jej istoty. Zasadnicze fakty w sprawie powinny być potwierdzone przez obie strony, a udział w mediacji nie powinien być wykorzystany jako dowód przyznania się do winy w późniejszym postępowaniu karnym. Oczywiście dysproporcje między stronami w odniesieniu do takich czynników jak: wiek, dojrzałość lub walory intelektualne powinny być uwzględnione przed skierowaniem sprawy do mediacji. Zobowiązania wynikające z ugody mediacyjnej powinny mieć taki sam status jak decyzje lub wyroki sądowe.

Rekomendacja określa też wymogi dla mediatorów. Powinni oni mieć dostateczną autonomię. Postuluje się też rozwijanie standardów dotyczących umiejętności rozwiązywania konfliktów w sprawach karnych oraz zasad etycznych, a także odpowiednie procedury doboru osób mających być mediatorami, ich szkolenia i oceny. Usługi mediacyjne powinny być też monitorowane przez kompetentny organ. Mediatorzy powinni się wywodzić ze wszystkich środowisk społecznych, a także znać i rozumieć lokalne kultury i społeczności.

Rekomendacja zaleca też, aby państwa członkowskie w największym możliwym stopniu upowszechniły jej treść.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw

Drugim ważnym dokumentem jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/29/UE z dnia 25 października 2012 r. ustanawiająca normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępująca decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW³. Dyrektywa ta miała być wdrożona do 16 listopada 2015 r. Według tego aktu prawnego mediacja może być stosowana tylko wówczas, gdy leży w interesie ofiary, ma zaspokajać jej potrzeby i zapobiegać dalszej krzywdzie.

Mediacja według przedstawionych dokumentów powinna spełniać określone wymogi. Przede wszystkim ma służyć ofierze przestępstwa

³ Dz. Urz. UE 315 z 14 listopada 2012 r., s. 57.

i w związku z tym być bezpieczna i uwzględniać jej interesy i potrzeby. Każdy organ procesowy powinien wiedzieć i rozumieć, czym jest mediacja. Mediator musi być przeszkolony. Musi być też gwarantem wykonania ugody. Instytucję tę należy stosować ze szczególną ostrożnością, jeżeli chodzi o sprawy związane z przemocą w rodzinie.

Jeżeli nie zostaną spełnione te warunki, może dojść do kompromitacji wymiaru sprawiedliwości.

Zarówno przyjęte pierwotnie w odniesieniu do mediacji regulacje, jak też istotnie zmienione z dniem 1 lipca 2003 r.⁴ nie czyniły zadość opisanym standardom. Na mocy ustawy z dnia 27 września 2013 r.⁵ dokonano kolejnej poważnej nowelizacji unormowania mediacji. Ustawodawca z jednej strony w swoich nowych zapisach wprowadził niektóre wymagane standardy mediacyjne, takie jak zasadę poufności i bezstronności (art. 23a § 7 k.p.k.), dobrowolności (art. 23a § 4 zdanie pierwsze k.p.k.), czy zakaz przesłuchiwanie mediatora (art. 178a k.p.k.), obowiązek pouczenia o celach i zasadach postępowania mediacyjnego (art. 23a § 1 *in fine* k.p.k.). Z drugiej jednak strony zezwolił na odbieranie zgody na uczestniczenie w postępowaniu mediacyjnym mediatorowi (art. 23a § 4 zdanie drugie k.p.k.).

Nie wprowadzono jednak wymogu profesjonalnego przygotowania mediatorów do prowadzenia postępowań mediacyjnych, nie zastrzeżono, że mediacja ma być stosowana zawsze w interesie ofiary przestępstwa. Nie zagwarantowano również, aby strony dowiedziały się, jakie są skutki mediacji dla rozstrzygnięcia sprawy. Co więcej, przyznanie mediatorowi prawa do odebrania zgody i poinformowania stron o istocie mediacji spowodowało, że organy procesowe mogą kierować automatycznie sprawy, przerzucając na mediatorów odpowiedzialność za bezpieczeństwo ofiar. Zakazano co prawda przesłuchiwanie mediatorów, ale nie jest to całkowita gwarancja niewykorzystywania informacji uzyskanych w trakcie postępowania mediacyjnego⁶.

Polski ustawodawca słusznie nie wprowadza żadnych ograniczeń w zakresie kierowania spraw na drogę postępowania mediacyjnego (art. 23a k.p.k.). Pamiętać jednak trzeba, że sprawy o przemoc domową, a także przemoc wobec kobiet stanowią kategorię bardzo szczególną. W tych sprawach z reguły ofiara jest podporządkowana sprawcy i w związku z tym nie jest w stanie samodzielnie podejmować decyzji. Stanowi to jedno z ważniejszych przeciwwskazań do odwoływania się w takich przypadkach do media-

⁴ Zmienione ustawą z 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. Nr 17, poz. 155).

⁵ Dz.U. poz. 1241.

⁶ E. Bieńkowska, *Wokół problemu tajemnicy mediacji (z punktu widzenia prawnika)*, [w:] *O etyce służb społecznych*, red. W. Kaczyńska, Warszawa 2010, s. 271 i n.

cji. Wszystko to powoduje, że szczególnie problem przemocy w rodzinie i mediacji wywołuje bardzo poważne kontrowersje. Z jednej strony wyrażane są poglądy, w myśl których w tych przypadkach mediacja w ogóle nie powinna mieć zastosowania, a z drugiej wręcz przeciwnie⁷. Należy przywołać tu również wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 września 2011 r. w połączonych sprawach C-483/09 przeciwko M. Gueye i C-1/10 (LEX nr 898585) przeciwko V.S. Sanchezowi, w myśl którego państwa członkowskie mają prawo do tego, aby w ogóle zakazać mediacji w sprawach o przemoc w rodzinie⁸.

O mediacji mówi też Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r.⁹ W jej art. 48 zawarty jest zakaz stosowania obowiązkowych procesów alternatywnych metod rozwiązywania sporów, w tym mediacji, w związku z wszelkimi formami przemocy objętymi zakresem konwencji, czyli przemocą wobec kobiet i przemocą domową. W myśl niniejszej konwencji aktami przemocy wobec kobiet są akty przemocy uwarunkowane płcią, prowadzące lub mogące prowadzić do krzywdy fizycznej, seksualnej, psychicznej lub ekonomicznej bądź do cierpienia kobiet, w tym groźby takich ataków, przymus lub samowolne pozbawienie wolności w życiu publicznym lub prywatnym (art. 3 pkt a). Natomiast przemocą domową są wszelkie akty przemocy fizycznej, seksualnej, psychicznej lub ekonomicznej zdarzające się w rodzinie lub w domu albo między byłymi lub obecnymi małżonkami bądź partnerami, bez względu na to, czy sprawca dzieli lub dzielił to samo miejsce zamieszkania z ofiarą (art. 3 pkt b).

W polskiej praktyce odwoływanie się do mediacji w sprawach o przemoc domową jest bardzo częste¹⁰. Wyniki ankiety przeprowadzonej w 2010 r.

⁷ D. Wójcik, *Należy zakazać stosowania mediacji w sprawach o przemoc rodzinną (partnerską)?*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 1017 i n.; D. Wójcik, *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa*, [w:] *System prawa karnego, t. 1, Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010, s. 354 i n.

⁸ Zb. Orz. 2011, s. I-08263, zob. o tym wyroku D. Niedzielska-Jakubczyk, *Przebaczenie ofiary nie ma znaczenia dla sprawy o znęcanie się*, „Gazeta Prawna” z dnia 22 września 2011 r.; zob. też wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-205/09 z dnia 21 października 2010 r. przeciwko E. Eredicsowi i M.V. Sapi, Zb. Orz. 2010, s. I-10231; szerzej: E. Bieńkowska, *Europejski Trybunał Sprawiedliwości o mediacji w sprawach przemocy w rodzinie*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 4, s. 65 i n.

⁹ Ratyfikowana, Dz. U. poz. 961.

¹⁰ L. Mazowiecka, *Czy prokuratorzy biorą udział w budowaniu systemu przeciwdziałania przemocy w rodzinie? Czy prokurator (funkcjonariusz Policji) powinien kierować sprawą związane z przemocą w rodzinie do mediacji?*, [w:] *Jak skutecznie chronić ofiary przemocy w rodzinie*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2013, s. 172 i n.; D. Wójcik, *Rola mediacji między pokrzywdzonym a sprawcą przestępstwa*, [w:] *System prawa karnego, t. 1, Zagadnienia ogólne*, red. A. Marek, Warszawa 2010.

wśród prokuratorów i asesorów¹¹ wykazały, że postrzegają oni mediację jako szansę dla ratowania małżeństwa dla dobra dzieci, przede wszystkim zaś kierują sprawy dotyczące fizycznego i psychicznego znęcania się nad najbliższymi lub pozostającymi w związku zależnościami.

Wytyczne Prokuratora Generalnego dotyczące zasad postępowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w zakresie przeciwdziałania przemocy w rodzinie¹², wydane na podstawie art. 8a ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie¹³, nakazują ze szczególną starannością podejmować decyzje o kierowaniu spraw dotyczących przestępstw związanych z przemocą w rodzinie do postępowania mediacyjnego. Uważam, że takie rozwiązanie jest prawidłowe, gdyż całkowity zakaz mediacji, nawet w sprawach drastycznych, mógłby być czasami wbrew interesom i bezpieczeństwu ofiary. Mogłoby się na przykład wydawać, że mediacja w sprawach o przestępstwo seksualne nie powinna być w ogóle stosowana, jednakże profesjonalnie prowadzona może psychicznie pomóc ofierze. Jedna z duńskich ofiar przestępstwa zgwałcenia tłumaczyła psychologowi, że aby móc uzyskać kontrolę nad swoim życiem, potrzebuje, by sprawca zrozumiał, co jej zrobił, tym bardziej że po jakimś czasie to jemu zaczęto współczuć¹⁴. Polskie prawo, jak wspomniałam, w przypadku dobrowolnej zgody stron też pozwala tak okrutne sprawy kierować do postępowania mediacyjnego. Problemem jest jednak to, że ustawodawca przewidział, iż mediacja ma przynieść wymierne korzyści jedynie sprawcy. Zawarcie ugody może bowiem mieć wpływ na wymiar kary dla sprawcy (art. 53 § 3 k.k.) i przełożyć się np. na zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary. Natomiast zupełnie zapomniał o tym, że ma ona zaspokoić w pierwszym rzędzie interesy pokrzywdzonego. Szczególnie w przypadku najpoważniejszych przestępstw uderzający jest brak troski ustawodawcy o to, aby mediacja była prowadzona przez kompetentnych mediatorów.

W Polsce podejmowane były i są liczne inicjatywy służące przybliżeniu istoty i znaczenia mediacji w sferze rozwiązywania konfliktów karnych oraz upowszechnienia jej stosowania. Mimo licznych konferencji organizowanych

¹¹ L. Mazowiecka, *Opinie prokuratorów na temat mediacji na podstawie ankiety przeprowadzonej w 2010 r.*, [w:] *Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2013, s. 121 i n.; zob. też O. Sitarz, A. Jaworska-Wieloch, D. Lorek, A. Sołtysiak-Blachnik, P. Zawiejski, *Mediacje karne w opiniach stron postępowania oraz sędziów i prokuratorów – wyniki badań ankietowych*, [w:] *Mediacja karna jako instytucja ważna dla pokrzywdzonego*, Warszawa 2013, s. 81 i n.; B. Czamecka-Działuk, *Perspektywy i bariery mediacji w opinii prokuratorów i sędziów*, [w:] *Mediacja karna jako...*, s. 113 i n.

¹² Do tej pory Prokurator Generalny wydał takie wytyczne trzykrotnie: 21 grudnia 2011 r., 18 grudnia 2013 r. i 1 kwietnia 2014 r.

¹³ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r., Dz.U. z 2005 r. Nr 180, poz. 1493.

¹⁴ M. Piatek, *Mediacja w sprawach o przestępstwa seksualne*, [w:] *Mediacja w praktyce prokuratorskiej – dziś i jutro*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2012, s. 111 i n. wraz z literaturą przedmiotu.

zarówno przez organy państwowe, jak i pozarządowe, coroczne obchodzenie w październiku Dnia i Tygodnia Mediacji, licznych publikacji i ulotek, a także konkursów cały czas instytucja mediacji jest nieznaną i niezrozumiałą.

Niezależnie od tego obowiązujące przepisy od początku wywołują bardzo poważne zastrzeżenia wynikające również stąd, że mediacja jest uregulowana różnie w zależności od sfery stosunków społecznych, której dotyczy. Niezbędne jest w związku z tym ujednoczenie regulacji w tym zakresie¹⁵.

Istnieje więc konieczność opracowania nowych, spójnych i wyczerpujących regulacji dotyczących mediacji. Realizacji tego celu służył autorski projekt ustawy o mediatorach i mediacji w sprawach kierowanych przez organy procesowe, który miał za swoją podstawę uznane standardy międzynarodowe dotyczące tej instytucji i tym samym wyeliminowałby wszystkie istniejące mankamenty rozwiązań istniejących w Polsce. W szczególności projekt przewidywał wprowadzenie odpowiednich wymogów stawianych mediatorom, kładąc nacisk na potrzebę ich profesjonalnego przygotowania do prowadzenia postępowań mediacyjnych dzięki odpowiednim szkoleniom. Projekt wprowadzał również wszystkie zasady dotyczące korzystania z mediacji, poczynając od zasady dobrowolnego uczestniczenia w niej, a kończąc na zakazie wykorzystywania bez zgody stron informacji uzyskanych w trakcie mediacji na użytek dalszych postępowań. Proponował też zapewnienie mediatorom odpowiedniego wynagrodzenia, ponieważ w tym zakresie obowiązujące regulacje nie tylko wprowadzają zróżnicowane zasady, ale również nie zapewniają godnego wynagrodzenia¹⁶.



A B S T R A C T

The article contains an analysis of Polish legal regulations concerning the mediation procedure in criminal cases against international standards.

¹⁵ E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, *Kontrowersje wokół polskich regulacji prawnych dotyczących mediacji i mediatorów*, [w:] *Sąd dla obywatela – alternatywne rozwiązywanie sporów i rola sądów karnych*, red. A. Adamska-Gallant, J. Przygucki, Warszawa 2010, s. 47 i n.; zob. też E. Bieńkowska, *O potrzebie ujednoczenia regulacji dotyczących mediatorów i mediacji w systemie polskiego prawa*, [w:] *Mediacja dla każdego*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2010, s. 123 i n.

¹⁶ Tekst projektu [w:] *Mediacja dla...*, s. 132 i n.

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 adresy e-mail: redakcja.wpp@pk.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 (glos, 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 dokonywania w nadesłanych materiałach zmian tytułów, skrótów, poprawek stylistyczno-językowych oraz innych przeróbek technicznych.

10. Redakcja przyjmuje prace dotychczas niedrukowane, zaś 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 poruszonej 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

Zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1126) ogłoszono w formie komunikatu, składający się z 3 części (A. B. C.), wykaz czasopism naukowych. Kwartalnik „Wojskowy Przegląd Prawniczy” zamieszczono w części B. w pozycji 2021, przyznając 5 punktów za publikację w czasopiśmie naukowym. Informację na ten temat można znaleźć pod adresem: <http://www.nauka.gov.pl/lista-czasopism-punktowanych/>

Czasopismo „Wojskowy Przegląd Prawniczy” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości 33.01 pkt.

