

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 2021

**2**  
[298]

ROK XCIV

Indeks 381543 ■ ISSN 0137-7272 ■ Egz. bezpłatny



# WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY

KWIECIEŃ-CZERWIEC ■ WARSZAWA 2021

2  
[298]

## R A D A N A U K O W A

Przewodniczący  
Członkowie

- Przemysław Funiok
- Małgorzata Manowska  
Justyn Piskorski  
Marcin Warchoł  
Czesław Kłak  
Bogusław Sygit  
Piotr Steczkowski  
Elżbieta Karska  
Krzysztof Indecki  
Marek Mozgawa  
Hanna Paluszkiewicz  
Katarzyna Dudka  
Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz  
Grzegorz Ociecek  
Dariusz Barski  
Jacek Wygoda  
Bartosz Kownacki  
Sebastian Chwałek  
Błażej Wojnicz  
Tomasz Zdzikot  
Helmut Radtke  
Alexandre Ferreira Baptista Coelho  
Veronika Huštova  
Mykola Khavroniuk  
Bohdan Telefanko

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

Redaktor Naczelny  
Członkowie

- Jarosław Duś
- Marek Piotrowicz  
Katarzyna Sioma  
Alicja Pietruszewicz  
Aleksander Gozdur

WYDAJE  
PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:  
02-676 Warszawa, ul. Postępu 3  
tel. 22 12-51-166  
e-mail: redakcja.wpp@pk.gov.pl

Druk, skład i korekta

Centrum Poligrafii sp. z o.o., [www.jakubiccy.com.pl](http://www.jakubiccy.com.pl)

---

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



# WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY KWARTALNIK

KWIECIEŃ-CZERWIEC ■ WARSZAWA 2021

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

## SPIS TREŚCI

### **DR CEZARY GOLIK**

prokurator Prokuratury  
Rejonowej w Chorzowie

*Funkcja gwarancyjna instytucji przedstawienia  
zarzutów*

5

### **DR MACIEJ KĘDZIERSKI**

radca prawny

*Reguły ostrożnościowe nieumyślnego przestępstwa  
finansowania terroryzmu (próba oceny)*

36

### **MGR WOJCIECH**

#### **NOWAKOWSKI**

absolwent WPiA UW oraz  
MIESI (Metody Ilościowe  
w Ekonomii i Systemy  
Informacyjne) na SGH

*Zastosowanie teorii gier do analizy instytucji  
konsensualnego zakończenia postępowania  
karnego na gruncie art. 335 kpk*

79

### **DR KAROLINA OLSZAK- HÄUSSLER**

radca prawny

*Kilka uwag na temat profilu kryminalnego jako  
poszlaki odciążającej na tle orzecznictwa sądów  
amerykańskich*

94

**DR DAMIAN WĄSIK**

Collegium Medicum im.  
L. Rydygiera w Bydgoszczy,  
Uniwersytet Mikołaja  
Kopernika w Toruniu .....

*Odpowiedzialność karna za błędy medyczne  
w fizjoterapii*

**106**

**DR PIOTR BOGACKI**

adwokat, adiunkt  
w Akademii Humanistyczno-  
-Ekonomicznej w Łodzi .....

*Problematyka wykorzystania seksualnego dziecka  
w kontekście odpowiedzialności karnej lekarza  
za niezawiadomienie o przestępstwie*

**128**

## *Funkcja gwarancyjna instytucji przedstawienia zarzutów*

### *The guarantee function of the institution of the presentation of charges*

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

W niniejszym opracowaniu przedstawione zostaje spojrzenie na instytucję przedstawienia zarzutów w postępowaniu przygotowawczym przez pryzmat funkcji gwarancyjnej, jaką ma ona z woli ustawodawcy do zrealizowania. Autor opracowania dokonuje w nim analizy mechanizmu proceduralnego przedstawienia (uzupełnienia i zmiany) zarzutów w poszukiwaniu odpowiedzi na pytania, czy i jak jego kształt zapewnia w rzeczywistości realizację założeń wyrażonych określeniem zawartym w nazwie wskazanej funkcji. Analiza ta prowadzona jest w projekcji do zapisów Konstytucji RP, zasadniczych aktów prawa międzynarodowego wiążących Rzeczpospolitą Polską oraz orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

## *I*

Instytucja przedstawienia (uzupełnienia i zmiany) zarzutów w polskiej procedurze karnej funkcjonuje od ponad 60 lat<sup>1</sup>. Pomimo faktu, iż wywodzi się z rozwiązań radzieckich<sup>2</sup>, nie tylko uniknęła wyrugowania

<sup>1</sup> Instytucja przedstawienia zarzutów została wprowadzona do polskiej procedury karnej mocą dekretu Rady Ministrów z dnia 21 grudnia 1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. z 1955 r. nr 46, poz. 309), którym dokonano zmiany – nadal obowiązującego – Kodeksu postępowania karnego z 1928 r. (rozporządzenie Prezydenta RP z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego – Dz.U. z 1928 r. nr 33, poz. 313), na nowo kształtując jego przepisy art. 237 § 1, art. 238 oraz art. 2451. Wskazany wyżej dekret wszedł w życie z dniem 1 marca 1956 r.

<sup>2</sup> Polska instytucja „przedstawienia zarzutów” została oparta na wzorze radzieckiej instytucji procesowej „pociągnięcia do odpowiedzialności karnej”, które pokrywało się ze „wszczęciem ścigania karnego” i stanowiło zespół czynności rozpoczynających śledztwo przeciwko osobie (zob. J. Bilicki, *Instytucja pociągnięcia do odpowiedzialności karnej w procesie karnym Polski Ludowej*, WPP 1973, nr 3, s. 367; D. Kaczorkiewicz, D. Tarnowska, *Instytucja przedstawienia zarzutów i jej konsekwencje procesowe*, RPEiS 2011, nr 1, s. 139; P. Tomaszewski, *Postępowanie przygotowawcze w wojskowym procesie karnym Polski Ludowej*, WPP 1983, nr 3, s. 249). Zauważyć jeszcze należy, że instytucja pociągnięcia do odpowiedzialności karnej funkcjonowała wcześniej w Kodeksie postępowania karnego Polskich Sił Zbrojnych w ZSRR z dnia 26 listopada 1943 r. (Rozkaz specjalny Dowódcy PZS

z naszego systemu prawnego, ale nawet – za sprawą jej przejścia przez dwa kolejne kodeksy postępowania karnego – nastąpiło swoiste potwierdzenie oraz akceptacja przez ustawodawcę tego mechanizmu proceduralnego. Nikt nie kwestionuje dzisiaj zasadności funkcjonowania tej instytucji w polskiej procedurze karnej. Wydaje się, że właściwie wpisuje się ona w całością systemowego ujęcia współczesnego polskiego procesu karnego. Wynika to z faktu, iż przedstawienie zarzutów realizuje funkcje procesowe, bez których nie da się wyobrazić procedury karnej państwa prawa. Procesowe funkcje instytucji przedstawienia zarzutów pozostają niezienne od momentu wprowadzenia tej konstrukcji do polskiego porządku karno-procesowego. Nie sposób jednak nie zauważyć, że ich pełna, niewypaczona oraz pozbawiona fasadowości realizacja możliwa jest jedynie w warunkach państwa w pełni demokratycznego. Funkcje te – *gwarancyjna oraz informacyjna* – są na tyle ważne oraz na tyle interesujące, że bez wątpienia warte poświęcenia im osobnych opracowań. Przedmiotem niniejszego jest funkcja gwarancyjna instytucji przedstawienia zarzutów.

## II

W literaturze procesu karnego wskazuje się na szczególny charakter decyzji o przedstawieniu zarzutów oraz na gwarancyjne znaczenie tej instytucji<sup>3</sup>. Decyzja o pociągnięciu osoby do odpowiedzialności w charakterze podejrzanego ma istotne znaczenie zarówno ze względu na prawidłowy bieg postępowania i skuteczność ścigania karnego, jak i z punktu widzenia zabezpieczenia interesów i praw osoby ściganej<sup>4</sup>.

Z chwilą wszczęcia postępowania karnego i przedstawienia osobie podejrzanego zarzutów jej sfera życia osobistego i rodzinnego staje się przedmio-

nr 2 z dnia 16 listopada 1943 r., Centralne Archiwum Wojskowe III-4-952, 1 AWP-III-4-280) – art. 104 oraz w Kodeksie wojskowego postępowania karnego z dnia 23 czerwca 1945 r. (Dz.U. z 1945 r. nr 36, poz. 216) – art. 166.

<sup>3</sup> S. Kalinowski, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego – Komentarz*, Warszawa 1966, s. 301; F. Prusak, *Pociągnięcie podejrzanego do odpowiedzialności w procesie karnym*, Warszawa 1973, s. 68. W literaturze wskazuje się przy tym, że funkcja gwarancyjna instytucji przedstawienia zarzutów to pochodna ogólnej funkcji gwarancyjnej procesu karnego (M. Cieślak, *Przygotowawcze stadium procesu (pojęcie-zakres-funkcje-struktura)*, ZN UJ – Prace Prawnicze 1973, nr 61, s. 27–29). Instytucja przedstawienia zarzutów należy oczywiście do postępowania przygotowawczego. To zaś pełni dwie funkcje: przygotowawczą oraz gwarancyjną. Funkcja gwarancyjna instytucji przedstawienia zarzutów stanowi zatem refleks tejże funkcji stawianej całemu postępowaniu przygotowawczemu, choć tak naprawdę domeną funkcji gwarancyjnej prawa karnego procesowego jest w zasadzie rozprawa sądowa (C. Kulesza, *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle prawno-porównawczym*, Białystok 1991, s. 211).

<sup>4</sup> J. Tylman, *Gwarancje procesowe podejrzanego w postępowaniu karnym*, ZN UŁ Nauki Humanistyczno-Społeczne 1971, nr 83, s. 64.

tem społecznej penetracji w interesie wymiaru sprawiedliwości<sup>5</sup>. Dlatego tak istotnym jest określenie gwarancji procesowych dla takiej osoby znajdujących oparcie w ustawie karnej.

Gwarancje procesowe to przewidziane w prawie procesowym środki mające na celu zabezpieczenie określonych praw lub interesów w postępowaniu karnym<sup>6</sup>. Rozróżnia się: *gwarancje wymiaru sprawiedliwości* ujmowane szeroko jako środki procesowe ustanowione dla zabezpieczenia prawidłowej realizacji prawa karnego materialnego oraz *gwarancje praw lub interesów poszczególnych uczestników postępowania*, wśród nich gwarancje udzielone oskarżonemu (podejrzanemu)<sup>7</sup>. Gwarancje wymiaru sprawiedliwości powinny zabezpieczać skuteczność ścigania karnego i trafność represji karnej, natomiast gwarancje oskarżonego (podejrzanego) mają chronić niewinnego przez odpowiedzialnością karną, zaś winnego przed skazaniem za przestępstwo cięższe niż to, które popełnił i przed zbyt surową karą. W tym sensie istnieje zatem zbieżność tendencji obu zespołu środków prawnych; można też z pewnym uproszczeniem powiedzieć, że gwarancje oskarżonego (podejrzanego) stanowią integralną część szeroko rozumianych gwarancji prawidłowego wymiaru sprawiedliwości<sup>8</sup>.

Postępowanie karne z natury rzeczy związane jest z ingerencją organów ścigania i sądu w dziedzinę życia osobistego obywateli. Charakter czynności procesowych sprawia, że ingerencja ta w każdym procesie jest nieunikniona i że pociąga za sobą szereg ograniczeń, częstokroć też wymaga stosowania środków przymusu. Rzecz jednak w tym, aby ograniczenia sfery obywatelskich swobód oskarżonego, korzystającego przecież z domniemania niewinności, nie przekraczały miary niezbędnej dla prawidłowego przebiegu postępowania karnego. Postępowanie karne jest tylko środkiem służącym wykryciu prawdy obiektywnej oraz właściwemu zastosowaniu prawa karnego materialnego i dlatego powinno być pozbawione tych wszystkich dolegliwości, które nie są konieczne z punktu widzenia osiągnięcia tych celów<sup>9</sup>. W zasadzie wszystkie normy karno-procesowe zabezpieczają jakieś prawa lub interesy w postępowaniu karnym. Można więc powiedzieć, że prawo karne stanowi zespół gwarancji procesowych – zwłaszcza, jeżeli ma się na uwadze szeroko pojmowane gwarancje wymiaru sprawiedliwości.

W ramach zespołu środków gwarancyjnych szczególne miejsce zajmują gwarancje praw jednostki, wśród nich gwarancje procesowe stron,

<sup>5</sup> E. Brożek, *Procesowe gwarancje oskarżonego w związku z ustaleniem danych osobopoznawczych*, NP 1975, nr 10–11, s. 1420.

<sup>6</sup> J. Tylman, *Gwarancje procesowe podejrzanego w postępowaniu karnym*, ZN UŁ 1973, nr 83, s. 59.

<sup>7</sup> *Ibidem*

<sup>8</sup> M. Cieślak, *Proces karny*, Kraków 1953, s. 191.

<sup>9</sup> J. Tylman, *Gwarancje procesowe podejrzanego...*, s. 61–62.



a między nimi gwarancje oskarżonego (podejrzanego). Postępowanie karne prowadzi się przeciwko oskarżonemu, który jest najbardziej narażony na dolegliwości i ograniczenia w toku procesu. Jemu też grozi kara, jeżeli zostanie przez sąd uznany winnym popełnienia przestępstwa. Z tych względów, gwarancje oskarżonego (podejrzanego) – jak podkreśla doktryna – nabierają wyjątkowej wagi<sup>10</sup>. Znaczenie gwarancji dla oskarżonego mają tylko takie przepisy, które spełniają funkcję ochrony jego praw lub interesów. Gwarancje podejrzanego w postępowaniu przygotowawczym można ująć w dwóch grupach. W pierwszej z nich znajdują się te przepisy, które mają znaczenie ogólniejsze i odnoszą się do oskarżonego w toku całego postępowania karnego, a w każdym razie swym zastosowaniem wykraczają poza granice postępowania przygotowawczego. W drugiej grupie znajdują się tylko te przepisy, których znaczenie gwarancyjne dotyczy wyłącznie postępowania przygotowawczego – śledztwa i dochodzenia. Przedmiotem gwarancji karno-procesowych są określone prawa podmiotowe lub interesy indywidualne podejrzanego<sup>11</sup>. W dalszej części niniejszego opracowania szczególna uwaga poświęcona zostanie gwarancjom podejrzanego zaimplementowanym przez ustawodawcę w procesowy kształt instytucji przedstawienia (uzupełnienia lub zmiany zarzutów).

### III

Wszczęcie postępowania karnego *in personam* jest momentem istotnym dlatego, że konkretyzuje postać czynu zarzucanego danej osobie i określa status procesowy tej osoby, a więc zakres jej praw i obowiązków. Z zaistnieniem tego momentu procesowego wiąże się także zagadnienie określonych formy i treści czynności procesowych – zwłaszcza tych odnoszących się do osoby podejrzanego. W literaturze procesu karnego zauważa się, że konkretyzacja osoby i zarzucanego jej czynu, jako najistotniejszych elementów procesowych, dla podejrzanego i organu procesowego oznacza określenie granic postępowania przygotowawczego. Pełni zatem szczególną rolę w systemie gwarancji procesowych służących podejrzanemu w postępowaniu<sup>12</sup>. Słusznie podnosi się w doktrynie, że funkcjonowanie instytucji przedstawienia zarzutów stwarza dla podejrzanego gwarancję, że prowadzone przeciwko niemu postępowanie będzie przebiegać w wytyczonych

<sup>10</sup> *Ibidem*

<sup>11</sup> M. Cieślak, *Problem gwarancji karno-procesowych na tle nowej kodyfikacji*, Pal. 1969, nr 7, s. 27–29.

<sup>12</sup> T. Grzegorzczuk, *Zmiana postanowienia o przedstawieniu zarzutów w postępowaniu karnym*, ZA ASW 1974, nr 2–3, s. 159.

w ten sposób granicach<sup>13</sup>. W tym zawiera się pierwszy i najważniejszy wymiar funkcji gwarancyjnej instytucji przedstawienia zarzutów.

Fundamentem gwarancyjnego charakteru instytucji przedstawienia zarzutów jest obligatoryjność jej przeprowadzenia. Przedstawienie zarzutów jest obowiązkiem organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze<sup>14</sup>. Przewidziany przez ustawodawcę obowiązek przedstawienia (także uzupełnienia lub zmiany zarzutów<sup>15</sup>) jest ściśle sprzężony z realizacją legalistycznej koncepcji ścigania, a konkretne rozwiązania łączone z całym systemem zabezpieczeń ustawowych mających na celu zagwarantowanie zgodności działania organów ścigania z wymaganiami zasady legalizmu. Właśnie dlatego, że istnieją przez prawo karne ustalone nakazy i zakazy i że nie wszyscy obywatele tym nakazom i zakazom podporządkowują się, powołane zostały przepisy karno-procesowe określające czynności, które mają doprowadzić do uruchomienia sankcji karnych. Rola szczególna gwarancji procesowych (ich cecha szczególna) polega na tym, że są one przesłanką prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, ułatwiają bowiem [...] realizację postulatu, aby osądzony został tylko winny i przy tym w sposób prawem przypisany oraz odpowiednio do czynu, którego się dopuścił<sup>16</sup>. Nie do pogodzenia z zasadą państwa prawa byłoby uznanie, że przedstawienie zarzutów pozostawione zostaje – co do zasady, gdyż dopuszcza się przecież oportunistyczne wyjątki – uznaniu organu procesowego. Prowadzenie śledztwa lub dochodzenia in rem, mimo że istnieją podstawy do przedstawienia zarzutów, stanowi naruszenie art. 313 § 1 k.p.k. Odwlekanie momentu przedstawienia zarzutów wprowadza w istocie do procesu tzw. faktycznie podejrzanego, co z punktu widzenia ustawy jest niedopuszczalne<sup>17</sup>. Oznacza to także, z drugiej strony, że jeżeli norma karno-materialna nie została naruszona, to nie ma również potrzeby wszczęcia i prowadzenia procesu (więc przedstawienie zarzutów jest jednocześnie niekonieczne i – ze względów gwarancyjnych – niedopuszczalne – dop. wł.)<sup>18</sup>. W wymiarze praktycznym niedopuszczalne jest przesłuchiwanie w charakterze świadka osoby, co do której zachodzi dostateczne podejrzenie, że dopuściła się ona czynu stanowiącego przedmiot postępowania<sup>19</sup>, a jednocześnie – w ujęciu przeciwnym – nie jest także

<sup>13</sup> J. Tylman, *Gwarancje procesowe podejrzanego...*, s. 67.

<sup>14</sup> F. Prusak, *Pociągnięcie...*, s. 69.

<sup>15</sup> T. Grzegorzczak, *Zmiana postanowienia...*, s. 171.

<sup>16</sup> L. Schaff, *Zakres i formy postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1961, s. 23.

<sup>17</sup> J. Tylman, J. Waszczyński, *O niektórych wątpliwościach powstałych na tle ostatniej nowelizacji k.p.k.*, NP 1958, nr 10, s. 26.

<sup>18</sup> J. Tylman, *Warunki dopuszczalności postępowania karnego (przesłanki procesowe)* [w:] NKPK, Warszawa 1998, nr 14, s. 127–128.

<sup>19</sup> M. Cieślak, *Przesłuchanie osoby podejranej o udział w przestępstwie, która nie występuje w charakterze oskarżonego*, PiP 1964, nr 5–6, s. 864–873. Zob. także wyrok SN z dnia 21 stycznia 1982 r.,

dopuszczalne przesłuchiwanie w charakterze świadka osoby mającej już status podejrzanego, gdyż sugerowałoby to – wbrew art. 175 § 1 k.p.k. – iż osoba taka ma obowiązek zeznawać (mówić), od którego nie może się uchylić.

Zasadniczym zadaniem organów ścigania jest wykrycie każdego przestępstwa i pociągnięcie jego sprawcy do odpowiedzialności karnej. Niedopuszczalne jest jednak niezasadne ograniczanie praw obywatela i ingerencja w sferę swobód obywatelskich osoby niewinnej. Dlatego stworzono i ukształtowano instytucję przedstawienia zarzutów. Zagadnieniem szczególnie istotnym jest wskazanie progu dowodowego, który będzie uprawniał i zobowiązywał organy ścigania do formalnego wdrożenia ścigania przeciwko ustalonej osobie sprawcy przestępstwa. Doniosłe znaczenie gwarancyjne ma zatem ustawowe określenie podstawy faktycznej przedstawienia zarzutów. Jej ustalenie determinuje fakt i moment przedstawienia zarzutów.

Gwarancyjny charakter przedstawienia zarzutów należy zatem upatrywać także w tym, że charakter taki ma też czas, w którym powinno nastąpić przedstawienie zarzutów<sup>20</sup>. Niedopuszczalnym jest zbyt wczesne albo nazbyt późne przedstawienie zarzutów. Istota procesowego momentu skierowania postępowania przygotowawczego przeciwko osobie tkwi w tym, że tylko wobec osoby, której przedstawiono zarzuty, można stosować instytucje przewidziane prawem procesowym, w tym także środki przymusu umożliwiające realizację celów postępowania karnego. W tym tkwi sedno gwarancji, powodując, że nie jest możliwe istotne ograniczenie praw jednostki w postępowaniu karnym – do pozbawienia wolności włącznie – bez przedstawienia jej zarzutów, a więc także spełnienia materialnej przesłanki wynikającej z art. 313 § 1 k.p.k. Z drugiej strony, znaczne ograniczenie praw jednostki, wynikające z konsekwencji przedstawienia zarzutów, rodzi szereg jej uprawnień, w tym przede wszystkim prawo do obrony. Moment wszczęcia postępowania przygotowawczego przeciwko osobie – czyli zgodnie z art. 313 § 1 k.p.k. moment przedstawienia zarzutów – realizuje prawo do obrony z art. 42 ust. 2 Konstytucji RP<sup>21</sup>. Moment przedstawienia zarzutów ma zatem istotne znaczenie dla uruchomienia gwarancji procesowych obywatela<sup>22</sup>.

Z instytucją przedstawienia zarzutów wiąże się wreszcie potrzeba wyraźnego i jednoznacznego określenia, co należy rozumieć przez sformułowanie „wszczęcie postępowania przeciwko osobie”. Ma to istotne znaczenie

sygn. II KR 338/81, OSNKW 1982, nr 3, s. 14.

<sup>20</sup> R.A. Stefański, *Skuteczność przedstawienia zarzutów*, Prok. i Pr. 2013, nr 6, s. 28.

<sup>21</sup> D. Kaczorkiewicz, D. Tarnowska, *Instytucja przedstawienia zarzutów...*, s. 145.

<sup>22</sup> J. Kasiura, *Moment wszczęcia postępowania przeciwko osobie*, „Prokurator” 2011, nr 2, s. 78.

zarówno ze względów gwarancyjnych, jak i praworządnościowych<sup>23</sup>. Ze względów gwarancyjnych należy wyraźnie odróżnić skierowanie postępowania przygotowawczego przeciwko osobie od samego wszczęcia śledztwa lub dochodzenia. Dopóki nie przedstawiony zostanie osobie zarzut popełnienia przestępstwa, dopóty postępowanie nie jest formalnie odniesione do tej osoby – jest postępowaniem „w sprawie” i hipotetyczny sprawca przestępstwa nie jest jeszcze stroną trwającego postępowania oraz nie korzysta z tych uprawnień, które przysługują podejrzanemu. Taki stan prawny istnieje, choćby sprawca przestępstwa był znany w momencie wszczęcia postępowania karnego, a nawet gdy został on ujęty na gorącym uczynku przestępstwa<sup>24</sup>. O tym, czy postępowanie przygotowawcze toczy się *in rem*, czy *in personam* nie decyduje bowiem ujawnienie hipotetycznie podejrzanego, nie decyduje nawet uzyskanie dostatecznej podstawy faktycznej i prawnej do przedstawienia zarzutów, ale przeprowadzenie określonych czynności procesowych. Spersonalizowanie postępowania karnego, czyli formalne zwrócenie ścigania przeciwko konkretnej osobie, następuje poprzez przeprowadzenie zespołu czynności instytucji przedstawienia zarzutów. Wyraźne, ustawowe określenie przebiegu mechanizmu przedstawienia zarzutów to kolejny wymiar funkcji gwarancyjnej tej instytucji procesowej.

Instytucje procesowe pozostają w ścisłym związku z poszczególnymi okresami rozwojowymi postępowania, a więc z jego stadiami, a w ich ramach z fazami rozwojowymi. W tym ostatnim sensie można mówić o ścisłym związku instytucji procesowych ze strukturą poszczególnych stadiów procesu karnego. Tym samym zachodzi tu zarazem związek pomiędzy instytucjami procesowymi a zakresem i zadaniami poszczególnych okresów i faz rozwojowych postępowania karnego. Powyższe należy odnieść oczywiście i do postępowania przygotowawczego<sup>25</sup>. Skoro zakres, zadania i struktura postępowania przygotowawczego dostarczają naturalnej podstawy materialnej do ukształtowania odpowiednich dla tego postępowania form, to jest to od innej strony jednoznaczne z dostarczaniem „zamówienia” na powołanie do życia odpowiednich instytucji procesowych. Jedynie bowiem te ostatnie konkretyzują postulaty ogólne, przyoblekają je w szatę ściśle procesową, a do odbiorcy przemawiać będą językiem konkretów. Innymi słowy stworzą prawną podstawę do skonkretyzowania procesowych praw i obowiązków w postaci konkretnych czynności procesowych. Wynika z tego, że instytucje procesowe nie mogą być tworzone dowolnie, jak również dowolnie nie mogą być dawane lub nadawane gwarancje procesowe. Jeżeli ustawa

<sup>23</sup> K. Grzegorzczak, *Głosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2001 roku*, sygn. III KKN 44/2001, WPP 2002, nr 3, s. 164.

<sup>24</sup> W. Daszkiewicz, T. Nowak, S. Stachowiak, *Proces karny. Część ogólna*, Poznań 1996, s. 41.

<sup>25</sup> L. Schaff, *Zakres i formy...*, s. 199–200.

procesowa ma mieć w ogóle jakiś sens, jeżeli ma tworzyć rzeczywistą podstawę do kształtowania praktyki, a nie ograniczyć się do tworzenia fasady, poza którą praktyka działa i kształtuje się dowolnie, to instytucje procesowe muszą być przetworzeniem struktury konkretnego stadium, muszą one zatem szczegółowo uwzględniać (stopień po stopniu) elementy zakresu tego stadium i wiązać się z realizacją jego zadań. Innymi słowy tworzenie instytucji musi być świadome<sup>26</sup>.

Skoro zatem, abstrahując od założeń ogólnych, przyjmuje się, że merytoryczne rozpoznanie sprawy ma być poprzedzone przez postępowanie, które owo merytoryczne rozpoznanie ma przygotować (w sensie wstępnego ustalenia podstaw i przedmiotu rozpoznania merytorycznego), to z tą już chwilą w grę wchodzi obiektywne prawidłowości dyktowane już przez to wstępne postępowanie, przez jego zakres, zadania, a więc i wewnętrzną budowę. Jak już wcześniej zaznaczyłem, zróżnicowanie w ramach postępowania przygotowawczego tzw. postępowania w sprawie i tzw. postępowania przeciwko osobie jest odpowiednikiem naturalnego biegu rzeczy w zdecydowanej większości postępowań karnych<sup>27</sup>. Na tym tle wchodzi w grę nowy czynnik, a mianowicie problem praw i obowiązków uczestników procesu, w szczególności zaś wymaga szczegółowego uregulowania, w takim lub innym kierunku, problematyka praw i obowiązków podejrzanego, skoro taki się w procesie pojawia. Innymi słowy dojrzewa w ten sposób problem zinstytucjonalizowania procesu, problem którego rozwiązanie nie może z kolei pomijać problematyki zwanej gwarancjami procesowymi<sup>28</sup>. Stworzenie ustawowych gwarancji praw człowieka w procesie karnym, w węższym ujęciu praw podejrzanego, prowadzić musi do konieczności zwiększania formalizmu procesowego.

Zadaniem postępowania przygotowawczego – w ujęciu ogólnym – jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy i przez kogo zostało popełnione przestępstwo oraz czy jego sprawca może ponieść odpowiedzialność karną<sup>29</sup>. Zasadniczym zadaniem organów ścigania jest – jak wyżej wskazałem – wykrycie każdego przestępstwa i pociągnięcie jego sprawcy do odpowiedzialności karnej. Niedopuszczalne jednak jest niezasadne ograniczanie praw obywatela i ingerencja w sferę swobód obywatelskich osoby niewinnej<sup>30</sup>. Chodzi o to, aby regulując sferę ścigania karnego, ustawodawca miał zawsze na uwadze, że przyjmowane przez niego rozwiązania normatywne, choć podyktowane potrzebą zwalczania przestępczości, muszą

<sup>26</sup> *Ibidem*, s. 200.

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 203.

<sup>28</sup> *Ibidem*, s. 200–201.

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 48.

<sup>30</sup> F. Prusak, *Pociągnięcie...*, s. 9.

także respektować prawa uczestników ścigania karnego. To z kolei nakłada na niego powinność stanowienia prawa, które respektując standardy jakościowe i gwarancje uczestników postępowania, zapewni jednakże realizowanie materialno-prawnych zasad odpowiedzialności karnej. Na ustawodawcy spoczywa przecież obowiązek takiego urzędzenia postępowania karnego, aby funkcja ścigania, powierzona organom procesowym, służyła realizacji norm prawa karnego<sup>31</sup>. Przy przyjęciu takiego punktu widzenia przedstawienie zarzutów (szerzej, cały mechanizm skierowania postępowania przygotowawczego przeciwko określonej osobie – dop. wł.) trzeba rozpatrywać na tle powinności państwa takiego zorganizowania systemu ścigania, aby nikt, kto popełnił przestępstwo, nie mógł uniknąć odpowiedzialności, a osoba niewinna niesłusznie jej nie poniosła (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.)<sup>32</sup>. Z punktu widzenia gwarancji praworządności procesu karnego niezbędny jest zatem taki instrument procesowy, który tamuje niezasadność wszczęcia postępowania, a z drugiej strony stymuluje akcję ścigania<sup>33</sup>.

Z zasady praworządności procesu karnego wynika obowiązek sprecyzowania form pociągnięcia do odpowiedzialności karnej oraz związanych z tym gwarancji procesowych. Każdy obywatel ma prawo i powinien orientować się, w jaki sposób może stać się podmiotem procesu karnego i jakie przysługują mu w tym zakresie gwarancje. Wymaga tego również prawidłowość funkcjonowania aparatu ścigania i wymiaru sprawiedliwości<sup>34</sup>. Obywatel ma interes w tym, aby skierowanie przeciwko niemu postępowania karnego nastąpiło w sposób zgodny z prawem i merytorycznie zasadny. Niezwykle istotną rolę, a może najważniejszą gwarancją dla obywatela, jest to, aby pociągnięcie do odpowiedzialności karnej nastąpiło w sposób prawem ustalony i aby respektowało jego niezbędne gwarancje obywatelskie<sup>35</sup>. W realizacji tego zadania nikt nie może zwolnić państwa od obowiązku starannego działania przy kształtowaniu norm prawa karnego procesowego, a ogólniej, przy prawnej regulacji skuteczności ścigania karnego ocenianej przez pryzmat możliwości osiągnięcia celów postępowania karnego z jednoczesnym zagwarantowaniem praw uczestnikom postępowania. Stąd też obowiązek właściwego uregulowania instytucji przedstawienia zarzutów należy taktować jako obowiązek państwa (konkretyzujący się na powinności ustawodawcy), który polega na zabezpieczeniu porządku prawnego i egzekwowania konsekwencji jego naruszeń z poszanowaniem standardów demokratycznego procesu karnego. Dyrektywę z art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.

<sup>31</sup> S. Cora, *Zasada legalizmu ścigania a zawiadomienie o przestępstwie*, PiP 2010, nr 10, s. 12.

<sup>32</sup> S. Śliwiński, *Proces karny przed sądem powszechnym. Zasady ogólne*, Warszawa 1948, s. 199.

<sup>33</sup> F. Prusak, *Pociągnięcie...*, s. 9.

<sup>34</sup> *Ibidem*, s. 12–13.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 10.

można rozumieć tylko tak, że pociągnięcie obywatela do odpowiedzialności w procesie karnym nie może nastąpić poza porządkiem procesowym ustanowionym w ustawie<sup>36</sup>. Właśnie to oznacza, że ustawa musi regulować także mechanizm skierowania postępowania karnego (w tym przygotowawczego) przeciwko osobie. Przez konstrukcje art. 313 k.p.k. i art. 314 k.p.k. ustawodawca stara się uczynić za dość temu wymogowi.

#### IV

Istotą przedstawienia zarzutów jest sformułowanie zarzutu i jego ujawnienie wobec podejrzanego. Istotą zaś gwarancyjnej funkcji przedstawienia zarzutów jest możliwość obrony przed zarzutem, czemu – w ramach samej instytucji określonej w art. 313 § 1 k.p.k. (podobnie w przypadku art. 314 k.p.k.) – służy obligatoryjne przesłuchanie w charakterze podejrzanego.

Możliwość wypowiedzenia się w swojej obronie, a więc konkretyzując – złożenie wyjaśnień w toku czynności przesłuchania podejrzanego, to w zasadzie nienaruszalny standard konstytucyjny i jedna z form realizacji prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP). Wymaga tego demokratyczne państwo prawa (art. 2 Konstytucji RP). Prawo to zostało także potwierdzone zobowiązaniami międzynarodowymi. Oparcie znajduje w tzw. zasadzie rzetelnego procesu z art. 6 ust. 1 EKPCz<sup>37</sup>, skonkretyzowanej w art. 6 ust. 3 lit. b i c EKPCz. Doniosłość czynności przesłuchania podejrzanego znalazła odzwierciedlenie w licznych orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Podkreślano, że prawo do rzetelnego procesu obejmuje prawo stron procesu (zatem także podejrzanego – dop. wł.) do przedstawienia argumentów mających, ich zdaniem, istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy. Jest ono skuteczne tylko w razie faktycznego wysłuchania tych argumentów, a więc ich odpowiedniego rozważenia bez uprzedniego przesądzania o ich znaczeniu dla rozstrzygnięcia sprawy<sup>38</sup>. Dostrzeżono wagę wyjaśnień jako środka służącego odparciu lub osłabieniu argumentów oskarżenia, stwierdzając, że przy ocenie, czy procedura jako całość była rzetelna, należy m.in. ustalić, czy było przestrzegane prawo do obrony, w tym zbadać w szczególności, czy oskarżony mógł kwestionować autentyczność dowodu i sprzeciwić posłużeniu się nim w procesie<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 11.

<sup>37</sup> Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. nr 61, poz. 284 z późn. zm.). Akt prawny dalej określany skrótem „EKPCz”.

<sup>38</sup> Orzeczenie ETPCz z dnia 12 lutego 2000 r. w sprawie Perez przeciwko Francja, Wielka Izba, skarga nr 47287/99, § 80.

<sup>39</sup> Orzeczenie ETPCz z dnia 10 marca 2009 r. w sprawie Bykov przeciwko Rosja, skarga nr 4378/02, § 90.



Z drugiej strony, potwierdzono prawo oskarżonego do obrony poprzez odmowę składania wyjaśnień, stwierdzając, że prawo do milczenia w czasie przesłuchań przez policję oraz wolność od zmuszania do samooskarżenia, są powszechnie uznanymi standardami, które należą do samej istoty pojęcia „rzetelnego procesu” na podstawie art. 6 EKPCz. Ścisłe wiążą się one z domniemaniem niewinności (art. 6 ust. 2 EKPCz), chroniąc przed naciskami i przymusem<sup>40</sup>. Przyznano jednocześnie, że prawo do milczenia nie jest jednak prawem absolutnym. Potwierdzono wyjątki pozwalające na stosowanie wobec oskarżonego negatywnych następstw takiej postawy, m.in. z uwagi na względy bezpieczeństwa i porządku publicznego państwa<sup>41</sup>, których warunkiem jest jednak uprzedzenie oskarżonego o skutkach milczenia<sup>42</sup>. Rozróżniono jednocześnie prawo do milczenia – uznając, że wolę oskarżonego, który postanowił milczeć, należy uszanować – od możliwości użycia jako dowodu na poparcie oskarżenia materiału możliwego do uzyskania od oskarżonego – w zależności od okoliczności nawet z użyciem przymusu – którego istnienie jest jednak niezależne od jego woli (np. dokumentów w jego posiadaniu, próbki krwi lub moczu, wydychanego powietrza, włosów lub tkanki w celu poddania ich badaniu DNA)<sup>43</sup>. Prawo do wysłuchania podejrzanego w ramach przesłuchania, możliwość i rzetelność przeprowadzenia tej czynności, gwarantowane są także przez art. 14 ust. 1 i 3 lit. d, f, i g MPPOiP<sup>44</sup>. Bez wyraźnego skonkretyzowania także przez art. 47 KPP UE<sup>45</sup>.

Podjmując próbę zdefiniowania znaczenia wyjaśnień podejrzanego, jako elementu mechanizmu przedstawienia zarzutów, w świetle gwarancyjnej funkcji tej instytucji procesowej, wyjść należy od stwierdzenia, że są one nierozzerwalnie związane z przyznanym podejrzanemu prawem do obrony.

---

<sup>40</sup> Raport Komisji z dnia 10 maja 1994 roku w sprawie Saunders przeciwko Wielka Brytania, skarga 19187/91, § 73, RJD 1996-VI; orzeczenie ETPCz z dnia 8 lutego 1996 r. w sprawie John Murray przeciwko Wielka Brytania, RJD 1996-I, § 45–57.

<sup>41</sup> Orzeczenie ETPCz z dnia 21 grudnia 2000 r. w sprawie M.A. Heaney i McGuinness przeciwko Irlandii, Izba (Sekcja IV), skarga nr 34720/97, § 58.

<sup>42</sup> Orzeczenie ETPCz z dnia 8 lutego 1996 r. w sprawie John Murray przeciwko Wielka Brytania, JD 1996-I, § 45–57.

<sup>43</sup> Orzeczenie ETPCz z dnia 17 grudnia 1996 r. w sprawie Saunders przeciwko Wielka Brytania, skarga nr 19178/91, § 69; decyzja Komisji z dnia 4 maja 1999 r. w sprawie Choudhary przeciwko Wielka Brytania, skarga nr 40084/98; orzeczenie ETPCz z dnia 3 maja 2001 r. w sprawie J.B. przeciwko Szwajcaria, Izba (Sekcja II), skarga nr 31827/96, § 68; orzeczenie ETPCz z dnia 25 września 2001 r. w sprawie P.G. i J.H. przeciwko Wielka Brytania, Izba (Sekcja III), skarga nr 44787/98, § 80; orzeczenie ETPCz z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie Jalloh przeciwko Niemcy, Wielka Izba, skarga nr 54810/00, § 102.

<sup>44</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. nr 38, poz. 167). Akt prawny dalej określany skrótem „MPPOiP”.

<sup>45</sup> Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 7 grudnia 2000 r. (Dz.U.UE C z dnia 30 marca 2010 r.). Akt prawny dalej określany skrótem „KPP UE”.



Nie można zatem postrzegać wyjaśnień podejrzanego jedynie jako jego oświadczeń na temat dowodzonych faktów – nie są one bowiem jedynie oświadczeniami wiedzy podejrzanego<sup>46</sup>. Nie wydaje się też właściwe postrzeganie ich jedynie jako instrumentu służącego zabezpieczeniu interesu oskarżonego (podejrzanego), który zawiera przede wszystkim jego tłumaczenie się odnośnie do przedmiotu obwinienia<sup>47</sup>. Takie spojrzenie doszukuje się nazbyt semantycznego znaczenia tej czynności i zdaje się też zbyt mocno odwoływać do dawnych zapatrywań na zacnie wyjaśnień, gdy oskarżony co najwyżej mógł nimi podejmować próby odparowywania tezy oskarżenia, co prowadziło do nazbyt przedmiotowego traktowania jego osoby w procesie karnym i powodowało, że wyjaśnienia stanowiły jedynie środek dowodowy<sup>48</sup>. Obecnie przyjmuje się dualistyczne znaczenie wyjaśnień oskarżonego (podejrzanego). Są środkiem dowodowym, ale też i specyficznym aktem woli strony procesowej. Teza ta znajduje oparcie w następujących argumentach natury prawnej. Po pierwsze, z treści art. 74 § 1 k.p.k., art. 175 § 1 k.p.k., art. 300 § 1 k.p.k. i art. 386 § 1 k.p.k. wynika, że oskarżony musi wyrazić wolę złożenia wyjaśnień (*nemo se ipsum accusare tenetur*). Po drugie, oskarżonego (podejrzanego) nie można zmuszać do świadczenia w procesie, a wyjaśnienia zdobyte wbrew woli oskarżonego podlegają dyskwalifikacji dowodowej (arg. z art. 171 § 7 k.p.k.). Po trzecie, wyrażają one dążenia oskarżonego, innymi słowy są ukierunkowane na osiągnięcie określonego celu w procesie<sup>49</sup>. Zarówno prawo ich złożenia, jak i prawo odmowy złożenia mają charakter ściśle gwarancyjny i taką też spełniają funkcję. Są istotnym środkiem obrony podejrzanego o popełnienie przestępstwa i zarazem integralnym składnikiem instytucji przedstawienia (uzupełnienia lub zmiany zarzutów). Prymat gwarancyjnego charakteru wyjaśnień podejrzanego ponad innymi uprawnieniami osoby w mechanizmie przedstawienia zarzutów nie może budzić wątpliwości. Przesłuchanie podejrzanego bezpośrednio po ogłoszeniu mu postanowienia o przedstawieniu zarzutów powinno być rozumiane jako zabezpieczenie jego prawa do obrony. Chodzi o danie podejrzanemu możliwości natychmiastowego ustosunkowania się do czynionych mu zarzutów, co ma szczególne znaczenie zwłaszcza wówczas, gdy podejrzanym uważa się za niewinnego<sup>50</sup>. Przepisy prawa karnego procesowego dają oskarżonemu (podejrzanemu) prawo do mówienia wszystkiego, co uzna za stosowne z racji założeń jego linii obrony,

<sup>46</sup> A.R. Światłowski, *O łagodniejszym karaniu przynajających się do winy*, PS 1998, nr 5, s. 91.

<sup>47</sup> S. Śliwiński, *Proces karny przed sądem powszechnym. Zasady Ogólne*, Warszawa 1959, s. 315.

<sup>48</sup> A. Czapigo, *Wyjaśnienia oskarżonego jako środek dowodowy w procesie karnym*, WPP 2001, nr 1, s. 61–62.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 64–65.

<sup>50</sup> R. Łyczywek, *Prawo oskarżonego do wypowiedzania się w procesie*, PiP 1970, nr 2, s. 297.

pod warunkiem, że będzie to dotyczyło kwestii odpowiedzialności karnej, a nie służyło wyłącznie przewlekaniu procesu<sup>51</sup>. Jeżeli zaś podejrzany uzna, że z jakichkolwiek przyczyn jego wypowiedzenie się wobec organu przesłuchującego na temat zarzutów byłoby w tym momencie przedwczesne, to może – bez podania powodów – odmówić złożenia wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania.

Podkreśleniem wagi wyjaśnień oskarżonego (podejrzanego) jako dowodu jest umieszczenie w Kodeksie postępowania karnego specjalnego rozdziału o takim tytule (Rozdział 20, art. 175 k.p.k. – art. 176 k.p.k.), czego do tej pory nie było<sup>52</sup>. Wyjaśnienia podejrzanego mają dwa szczególne, gwarancyjne, walory procesowe: po ich utrwaleniu ciężko jest kwestionować fakt ich złożenia i wypowiedziane treści oraz można się nim posługiwać przez cały proces<sup>53</sup>.

Wzgląd na potrzebę realizacji gwarancyjnej funkcji przedstawienia zarzutów skłania do zastanowienia, czy obowiązujące regulacje (funkcjonujący mechanizm przedstawienia zarzutów) są w stanie podołać temu zadaniu. Znaczenie wyjaśnień omówiono wyżej. Wskazać trzeba, że w mechanizmie przedstawienia zarzutów czynność odebrania wyjaśnień od podejrzanego zajmuje miejsce centralne. Przedstawienie zarzutów w swojej „pełnej” postaci – zgodnie z art. 313 k.p.k. – przebiega zgodnie z zasadami logiki. Najpierw organ procesowy formułuje zarzut, sporządzając postanowienie o jego przedstawieniu, poucza podejrzanego o jego uprawnieniach i obowiązkach, ogłasza podejrzanej treści zarzutu i przesłuchuje go. Towarzyszyć tym czynnościom może ustna i pisemna prezentacja podstaw zarzutu. Na końcu zaś o fakcie skierowania postępowania karnego przeciwko danemu podejrzanej – w razie zaistnienia ku temu podstaw – informuje się określone osoby. Inna kolejność tych czynności nie jest dopuszczalna. Nie jest także nawet do wyobrażenia, gdy chodzi o zagwarantowanie funkcji gwarancyjnej tej instytucji. Najpierw organ musi sformułować zarzut (o czym dana osoba może jeszcze nie wiedzieć), potem ujawnia go tej osobie, dając jej prawo do domagania się jego uzasadnienia i obrony przed nim. Założenie konstrukcyjne art. 313 § 1 k.p.k. jest oczywiste i nie budzi żadnych wątpliwości. Dodatkowo przed przesłuchaniem podejrzany jest jeszcze pouczany o jego prawach i obowiązkach (art. 300 § 1 k.p.k.).

<sup>51</sup> J. Agacka, *Wyjaśnienia oskarżonego-pomówienie*, Acta Universitatis Lodzianis Folia Iuridica 1990, nr 60, s. 119.

<sup>52</sup> S. Wyciszczak, *Uprawnienia podejrzanego w nowym k.p.k.*, Prok. i Pr. 1997, nr 12, s. 46.

<sup>53</sup> S. Stachowiak, *Zakres informacji procesowej przekazywanej podejrzanej przez i w toku przesłuchania*, Prok. i Pr. 2001, nr 3, s. 11.

## V

Po stwierdzeniu, że przyjęty model instytucji przedstawienia zarzutów w jej „zwyczajnej” postaci gwarantuje zabezpieczenie praw osoby, przeciwko której postępowanie przygotowawcze jest kierowane, zastanowić należy się, czy – od strony kształtu proceduralnego mechanizmu przedstawienia zarzutów – ochrona praw takiej osoby jest również zagwarantowana w tych przypadkach, gdy zarzut w postępowaniu przygotowawczym przedstawiany jest w sposób „uproszczony”. Z założenia wykonywania czynności w sposób „uproszczony” wynika odstępianie od pełnego rygoryzmu proceduralnego. Pytanie zatem, czy w przypadku przedstawienia zarzutów w sposób „uproszczony” nie cierpi na tym gwarancyjna funkcja instytucji przedstawienia zarzutów?

Przed wszystkim możliwość odformalizowanego przedstawienia zarzutów zachodzi w dochodzeniu (art. 325g § 2 k.p.k.). Dochodzenie ma do wykonania te same cele i zdania co śledztwo, choć może mieć inne formy do ich osiągnięcia. Różnice w formie pomiędzy obiema postaciami postępowania przygotowawczego sprowadzają się w praktyce do uproszczeń dochodzenia względem śledztwa. Dochodzenie, poza organami uprawnionymi do jego prowadzenia, różni się od śledztwa przede wszystkim brakiem konieczności wykonania niektórych czynności procesowych. Następuje redukcja formalizmu postępowania<sup>54</sup>, a uproszczenie form czynności procesowych ma prowadzić do przyspieszenia biegu procesu<sup>55</sup>. Wynika to z faktu, że dochodzenie prowadzi się w zasadzie w sprawach o przestępstwa, których stopień społecznej szkodliwości nie jest znaczny. Dochodzenie dotyczy spraw, które – z woli ustawodawcy – ze względu na swój mało skomplikowany charakter faktyczny i prawny nie wymagają zachowania wszystkich reguł postępowania przygotowawczego w pełnej postaci, jaką jest śledztwo. Pomimo to dochodzenie należy uznać za pełnowartościowe stadium procesu karnego – istota tego, podobnie jak w przypadku śledztwa, tkwi w jego niezbędności jako następstwie skargowej formy naszego procesu<sup>56</sup>. Uzasadnienie dopuszczalności uproszczeń proceduralnych w dochodzeniu

<sup>54</sup> A. Kordik, *Uwagi o trybie przyspieszonym i uproszczonym*, NP 1960, nr 9, s. 1179–1189.

<sup>55</sup> A. Kaftal, *Przyczynek do problematyki dochodzeń prowadzonych w trybie uproszczonym*, NP 1960, nr 5, s. 674. Zgodzić się należy w tym miejscu z poglądem, wedle którego nie wydaje się, aby rozwiązanie art. 325g § 2 k.p.k. w jakikolwiek wydatny sposób wpływało pozytywnie na przyspieszenie postępowania w dochodzeniu. Zmiana polega bowiem nie na ograniczeniu konieczności pisemnego utrwalenia przedstawionego zarzutu (co trudno byłoby przyjąć), ale wyłącznie na zmianie formy tego utrwalenia. W praktyce więc czas trwania tej czynności nie ulega istotnemu skróceniu (Zob. W. Jasiński, M. Kuźma, *Realizacja zasady szybkości w postępowaniu przygotowawczym*, Prok. i Pr. 2008, nr 10, s. 60).

<sup>56</sup> T. Świt, *Postępowanie uproszczone w procesie karnym*, Warszawa 1972, s.71.

sprowadza się do tego, że sprawom mniejszej wagi można poświęcić mniej wysiłku, aby tym więcej można go było włożyć w ściganie sprawców poważniejszych przestępstw<sup>57</sup>. Postępowanie w swojej formie uproszczone jest realizacją wymogów zasady ekonomiki procesowej<sup>58</sup>. Zachowując podstawowe cechy postępowania zwyczajnego, odróżnia się od niego tym, że rezygnuje z szeregu wymagań procesowych zarówno w postępowaniu przygotowawczym, jak i w postępowaniu sądowym. W konsekwencji postępowanie uproszczone (takim na etapie postępowania przygotowawczego jest dochodzenie – dop. wł.) w sprawach karnych polega na uproszczeniach w stosunku do postępowania zwyczajnego sprowadzających się do możliwości pominięcia szeregu czynności procesowych lub wykonania ich w uproszczonej formie<sup>59</sup>. Istnienie trybów szczególnych procesu karnego należy uznać za uzasadnione, jeżeli chce się zabezpieczyć równomiernie, w proporcji do wagi sprawy, ściganie karne i zapewnić adekwatne do zasad odpowiedzialności karnej formy postępowania<sup>60</sup>. Ewentualne uproszczenia w zakresie postępowania przygotowawczego nie powinny jednakże mieć zasadniczego wpływu ani na wykrycie prawdy materialnej, ani też na przedstawienie przez oskarżonego dowodów niewinności<sup>61</sup>. Dochodzenie realizuje dwie istotne zasady: szybkości i oszczędności procesowej. Zasady te powinny być zatem tak rozumiane i traktowane, aby nie ucierpiała na tym, zwłaszcza, zasada prawdy obiektywnej<sup>62</sup>. Proces karny winien przy tym zostać tak uregulowany, aby z jednej strony zapewnić realizację prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, a z drugiej strony chronić w sposób należyty także interesy oskarżonego<sup>63</sup>. Nadto, ewentualne uproszczenia dochodzenia nie mogą godzić w prawa podejrzanego, zwłaszcza zaś w przyznane mu prawo do obrony (szerzej, uproszczenia w formie czynności procesowych nie mogą prowadzić do ograniczenia jakichkolwiek merytorycznych uprawnień podejrzanego – dop. wł.). Powstaje więc pytanie, czy obowiązujące reguły dochodzenia w zakresie uproszczonego przedstawienia zarzutów zapewniają osiągnięcie tych dwóch celów? Odpowiedzi na to pytanie należy udzielić po dokonaniu analizy uproszczeń dochodzenia w tym zakresie<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> S. Waltoś, *Model postępowania przygotowawczego na tle prawnoporównawczym*, Warszawa 1967, s. 251.

<sup>58</sup> M. Lipczyńska, *Pojęcie szczególnego trybu...*, s. 4.

<sup>59</sup> J. Bańa, *O zmianach postępowania przed sądem karnym*, NP 1958, nr 4, s. 26.

<sup>60</sup> S. Waltoś, *Postępowania szczególne w procesie karnym*, Warszawa 1973, s. 20–21; S. Waltoś, *Założenia konstrukcyjne trybów szczególnych w procesie karnym*, NP 1970, nr 7–8, s. 1096.

<sup>61</sup> T. Świt, *Postępowanie uproszczone w procesie karnym*, Warszawa 1972, s.72.

<sup>62</sup> M. Cieślak, *Proces karny...*, s. 123.

<sup>63</sup> T. Taras, *Badania oskarżonego w celach dowodowych w nowym kodeksie postępowania karnego*, NP 1970, nr 5, s. 657.

<sup>64</sup> R. Łyczywek, *Prawo oskarżonego do wypowiadania się w procesie*, PiP 1970, nr 2, s. 297.

Modyfikacja instytucji „uproszczonego” przedstawienia zarzutów względem jej „zwyczajnej” postaci polega – przede wszystkim – na tym, że nie jest wymagane sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Pytanie, jakie należy w tym miejscu postawić, to takie, czy fakt ten wpływa na możliwość dokonania prawidłowych ustaleń faktycznych w sprawie z zachowaniem praw podejrzanego? Uproszczona forma przedstawienia zarzutów – dotyczy to wszystkich przewidzianych w ustawie wypadków (poza określonym w art. 325g § 2 k.p.k., także tych z art. 308 § 2 k.p.k. i art. 517c § 1 k.p.k.) – w żaden sposób nie wpływa negatywnie na możliwość uzyskania pełnego obrazu prawdy o zdarzeniu będącym przedmiotem postępowania. Jej osiągnięciu służy bowiem możliwość złożenia przez podejrzanego wyjaśnień, a ten składnik instytucji przedstawienia zarzutów w przypadku jej formy „uproszczonej” nie doznaje żadnych ograniczeń. Jednocześnie odstąpienie od obowiązku sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów mogłoby być uważane ze pozbawienie podejrzanego możliwości podjęcia faktycznej obrony tylko wtedy, gdyby brak takiego postanowienia był jednoznaczny z niedoinformowaniem podejrzanego o czynie mu zarzucanym. Kodeks jednak temu zapobiega, gdyż w każdym przypadku nakazuje „ogłoszenie” (pomimo różnych ustawowych określeń) podejrzanemu treści zarzutu wpisanego do protokołu jego przesłuchania<sup>65</sup> i nie dopuszcza żadnych uproszczeń w zakresie samej redakcji takiego zarzutu (opisu czynu i wskazania adekwatnej jemu kwalifikacji prawnej)<sup>66</sup>. W dochodzeniu przesłuchanie podejrzanego co do treści zarzutu, gdy zarzut wpisany jest w protokół, spełnia więc tę samą rolę gwarancyjną co w przypadku przedstawienia zarzutów postanowieniem, w szczególności zaś uniemożliwia odsunięcie podejrzanego od udziału w sprawie i stanowi zaporę przeciwko nierozważnemu stawianiu obywatela w stan podejrzenia<sup>67</sup>.

Istotną cechą dopuszczalnego uproszczenia na etapie przedstawiania zarzutów w dochodzeniu jest to, że skorzystanie z niego nie jest obowiązkowe. Uproszczenie z art. 325g § 2 k.p.k. ma charakter formalny i fakultatywny. Względędy prakseologiczne nakazują korzystanie z niego, ale z drugiej strony nie jest tak, że wybór uproszczonej formy przedstawienia zarzutów można uznać za zachętę wyrażoną w przepisach o jego podstawie<sup>68</sup>. Tam, gdzie ochrona praw obywatela musi zostać przedłożona ponad wygodę organów procesowych, wybór formy przedstawienia zarzutów w dochodzeniu

<sup>65</sup> F. Prusak, *Przedstawienie zarzutów w dochodzeniu uproszczonym*, PP 1972, nr 2, s. 31.

<sup>66</sup> W. Grzeszczyk, *Tryb uproszczony w postępowaniu przygotowawczym*, Warszawa 1974, s. 41.

<sup>67</sup> L. Kielski, *Uwagi na marginesie niektórych zmian postępowania karnego*, Biul. Prok. Gen. 1956, nr 5, s. 16; L. Penner, *O zmianie przepisów kodeksu postępowania karnego*, NP 1956, nr 2, s. 43.

<sup>68</sup> W. Grzeszczyk, *Postępowanie przygotowawcze w kodeksie postępowania karnego*, Kraków 1998, s. 70–71; W. Grzeszczyk, *Tryb uproszczony...*, s. 38.

jest wyłączony (arg. z art. 249 § 2 k.p.k.). Szybkość postępowania może być wiążącą dyrektywą dla organów procesowych tylko o tyle, o ile nie koliduje z interesem prawdy materialnej i prawami obywatela; poza tą granicą musi być stanowczo odrzucona<sup>69</sup>. Odstąpienie od wymogu sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów jest przejawem odformalizowania dochodzenia. Stwierdzenie w ustawie, że sporządzenie takiego postanowienia „nie jest wymagane” (art. 325g § 1 k.p.k.), oznacza, że nie jest obowiązkowe odstąpienie od tego, a określono w ten sposób jedynie dopuszczalność rezygnacji ze sporządzenia tego postanowienia; ustawa nie zakazuje dokonania tej czynności<sup>70</sup> i decyzję w tym zakresie pozostawia do uznania organu prowadzącego dochodzenie<sup>71</sup>.

Ze względu na to, że w dochodzeniu nie jest wymagany tylko jeden składnik instytucji przedstawienia zarzutów w „zwyczajnej” postaci (sporządzenie postanowienia o ich przedstawieniu), należy przyjąć, że pozostałe jej elementy, a więc także określone w art. 313 § 3 k.p.k., są niezbędne, jeżeli podejrzany zgłosi stosowne żądanie<sup>72</sup>. Oznacza to, że oceniając dopuszczalność „uproszczonego” przedstawienia zarzutów w dochodzeniu od strony zabezpieczenia gwarancji procesowych podejrzanego, ocenę tę należy ograniczyć do faktu możliwości odstąpienia jedynie od sporządzenia postanowienia o przedstawieniu zarzutów, co – jak wyżej wskazałem – nie godzi ani w możliwość ustalenia prawdy o zdarzeniu, ani w prawa podejrzanego. Konkludując, „uproszczone” przedstawienie zarzutów w dochodzeniu spełnia wymogi gwarancyjnej funkcji przedstawiania zarzutów.

Jako że powyższe uwagi w pełni przekładają się na sytuację, gdy do „uproszczonego” przedstawienia zarzutów dojść może w tzw. *dochodzeniu przyspieszonym*<sup>73</sup> (art. 517c § 1 k.p.k.), to naturalnym następstwem tego jest wniosek, że i w takiej sytuacji skierowanie postępowania przygotowawczego przeciwko danej osobie w sposób odformalizowany – od strony przyjętego rozwiązania proceduralnego – spełnia konieczne wymogi gwarancyjne.

Pozostaje zatem ocenić, czy sytuacja taka ma miejsce również w trybie art. 308 § 2 k.p.k., który jest trzecią – kodeksowo dopuszczalną – sytuacją „uproszczonego” przedstawienia zarzutów. Przesłuchanie osoby podejrzałej o popełnienie przestępstwa w charakterze podejrzanego w ramach tzw. czynności procesowych w niezbędnym zakresie jest czynnością o charakte-

<sup>69</sup> L. Schaff, *Proces karny Polski Ludowej*, Warszawa 1953, s. 204.

<sup>70</sup> A. Ludwiczek, *Wszczęcie postępowania przeciwko osobie jako moment przerwania biegu terminu przedstawienia karalności*, „Iustitia” 2012, nr 2, s. 99; F. Prusak, *Przedstawienie zarzutów w dochodzeniu uproszczonym*, PP 1972, nr 2, s. 31.

<sup>71</sup> D. Kala, *Kodeksowe postępowania szczególne*, Warszawa 2001, s. 27.

<sup>72</sup> W. Grzeszczyk, *Postępowanie przygotowawcze...*, s. 71.

<sup>73</sup> P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2011, t. 2, s. 147.

rze wyjątkowym. Nie tylko z tego powodu, że powoduje przejście postępowania w fazę *in personam*, mimo że w zwyczajnym toku postępowania taki skutek wywołuje wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, ale i dlatego, że następuje w szczególnej sytuacji procesowej. Z uwagi na brak czasu na wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów postawienie w stan podejrzenia następuje w odwrotnej kolejności niż w normalnej sytuacji. O ile w trybie art. 313 § 1 k.p.k. najpierw sporządza się postanowienie o przedstawieniu zarzutów i ogłasza się je podejrzanemu, a następnie go przesłuchuje, to tu pierwszą czynnością jest właśnie przesłuchanie; wydanie postanowienia o przedstawieniu zarzutów jest czynnością wtórną (przynajmniej w sytuacji określonej w art. 308 § 3 k.p.k.). Wyjątkowość takiego przypadku podkreślił ustawodawca, poświęcając mu osobny § 2 art. 308 k.p.k.<sup>74</sup> Opisana sekwencja działań stanowi wyjątek od zasady mającej dla podejrzanego charakter gwarancyjny i stanowiącej składnik rzetelnego procesu (art. 6 EKPCz), dlatego decyzja o czynności przesłuchania podejrzanego przed formalnym wydaniem postanowienia o przedstawieniu zarzutów winna odbywać się ze szczególną ostrożnością<sup>75</sup>. Dopuszczalność kontynuacji śledztwa przeciwko osobie – właśnie ze względów gwarancyjnych – uzależniona jest do wydania „zatwierdzającego” postanowienia o przedstawieniu zarzutów. W dochodzeniu nie jest to konieczne, lecz i w tym przypadku może mieć miejsce, gdy organ procesowy tak postanowi; konieczne zaś będzie, gdyby miało nastąpić zastosowanie środków zapobiegawczych (arg. z art. 249 § 2 k.p.k.). Dodając do tego, że – podobnie jak w przypadkach określonych w art. 325g § 2 k.p.k. i art. 517c § 1 k.p.k. – zachowana pozostaje konieczność należytej dbałości o redakcję zarzutu, następuje jego ogłoszenie i przesłuchanie podejrzanego, to wydaje się, że ustawodawca dopełnił wymogu zabezpieczenia gwarancji procesowych podejrzanego również w sytuacji przedstawiania mu zarzutów w oparciu o przepis art. 308 § 2 k.p.k.

Zresztą szczególna dbałość ustawodawcy o ochronę praw jednostki obejmowanej ściganiem karnym w trybie art. 308 § 2 k.p.k. wynika nie tylko z faktu wprowadzenia obowiązku „następczej kontroli” przedstawienia zarzutów w tym trybie poprzez dopełnienie czynności z art. 308 § 3 k.p.k. Wszystkie czynności niecierpiące zwłoki – także ta szczególna unormowana w art. 308 § 2 k.p.k. – dopuszczalne są przy zachowaniu określonych warunków dopuszczalności procesu i przy spełnieniu warunków

<sup>74</sup> R.A. Stefański, Czynności procesowe w niezbędnym zakresie w nowym kodeksie postępowania karnego, WPP 1998, nr 2, s. 53.

<sup>75</sup> M. Kowalski, Czynności w niezbędnym zakresie w postępowaniu karnym, Prok. i Pr. 2003, nr 1, s. 46–47.



specjalnych pozwalających na ich wykonanie<sup>76</sup>. Te specjalne to: obawa utraty lub zniekształcenia śladów i dowodów przestępstwa, prawdopodobieństwo niezwłocznego spełnienia się tej obawy (tzw. wypadek niecierpiący zwłoki)<sup>77</sup> oraz brak faktycznej lub prawnej możliwości uprzedniego formalnego wszczęcia postępowania przygotowawczego (wydania postanowienia o jego wszczęciu)<sup>78</sup>. Wskazane warunki określa art. 308 § 1 k.p.k., który ma charakter normy nadrzędnej względem art. 308 § 2 k.p.k. Istnienie w obrocie prawnym postanowienia o wszczęciu śledztwa lub dochodzenia wyklucza możliwość przeprowadzenia czynności z art. 308 § 1 i 2 k.p.k., więc spośród tych trzech warunków ma znaczenie najbardziej ogólne. Wyjątkowość przesłuchania osoby podejrzanej w trybie art. 308 § 2 k.p.k., jako odstępstwo od reguły określonej przepisem art. 313 § 1 k.p.k., sprowadza się zatem do sytuacji wypadku niecierpiącego zwłoki oraz obawy utraty lub zniekształcenia śladów i dowodów przestępstwa. Ten drugi warunek uściśla wypadek niecierpiący zwłoki w aspekcie konieczności podjęcia procesowej czynności przesłuchania, przy czym muszą one wystąpić łącznie oraz łącznie z dostateczną podstawą przyjęcia sprawstwa czynu osoby podejrzanej (oznacza to, że przesłuchanie w trybie art. 308 § 2 k.p.k. jest dopuszczalne, gdy dopuszczalne jest wydanie postanowienia określonego w art. 313 § 1 k.p.k.<sup>79</sup>) i dopuszczalności prowadzenia postępowania karnego w ogóle. Artykuł 308 § 2 k.p.k. ma charakter szczególny, nie podlega zatem wykładni rozszerzającej i niezbędne jest ściśle przestrzeganie określonych w nim wymagań i ograniczeń<sup>80</sup>. Oznacza to, że przedstawienie zarzutów w trybie art. 308 § 2 k.p.k. możliwe jest (i konieczne – dop. wł.) tylko wtedy, gdy samo przedstawienie zarzutów ma charakter czynności niecierpiącej zwłoki<sup>81</sup>. O tym, czy zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, decydują konkretne okoliczności sprawy<sup>82</sup>. Aktualność zachowuje – wyrażony w orzecznictwie w okresie obowiązywania poprzedniej kodyfikacji karno-procesowej – pogląd, według którego okoliczność, czy w konkretnej sprawie zachodzi wypadek niecierpiący zwłoki, jest sprawą ocenną, przy czym ocena, czy taki wypadek zachodzi, należy do organów prowadzących postępowanie przy-

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 59.

<sup>77</sup> S. Wyciszczok, „Dochodzenie w niezbędnym zakresie” jako integralna część postępowania przygotowawczego, PiP 1970, nr 12, s. 958.

<sup>78</sup> J. Tylman, *Czynności niecierpiące zwłoki*, NP 1979, nr 1, s. 30.

<sup>79</sup> Z. Szatkowski, *Faktyczne wszczęcie procesu w celu zabezpieczenia dowodowego*, WPP 1977, nr 2, s. 143.

<sup>80</sup> B. Szyprowski, *Dochodzenie w niezbędnym zakresie jako faktyczne wszczęcie postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 2006, nr 11, s. 143.

<sup>81</sup> T. Grzegorzczuk, *Odmowa wszczęcia postępowania przygotowawczego*, PP 1979, nr 4, s. 26; S. Wyciszczok, „Dochodzenie w niezbędnym zakresie”..., s. 958.

<sup>82</sup> R.A. Stefański, *Czynności procesowe...*, s. 53.



gotowawcze<sup>83</sup>. Ogólnie rzecz biorąc, wypadek niecierpiący zwłoki zachodzi wówczas, gdy każde podjęcie z jakimkolwiek opóźnieniem czynności grozi realną utratą, zniekształceniem lub zniszczeniem śladu lub dowodu. Chodzi o szybkie i niezwłoczne zabezpieczenie dowodów, co ma zapobiec negatywnym następstwom czasu na te ślady i dowody<sup>84</sup>. W literaturze procesu karnego przyjmuje się, że jakkolwiek ustawa nie określa pojęcia wypadku niecierpiącego zwłoki, to pozwala jednak wyprowadzić kierunek jego interpretacji oraz że chodzi tu o tego rodzaju sytuacje faktyczne, gdy istniejąca rzeczywistość zmusza organ ścigania do niezwłocznego podjęcia czynności procesowych zmierzających do zabezpieczenia materiałów dowodowych, do transponowania przemijających zjawisk na formy trwałe (np. na protokoły)<sup>85</sup>. Z odniesieniem do treści art. 308 § 2 k.p.k. chodzi o takie sytuacje, w których niezwłoczne niedokonanie tego przesłuchania mogłoby bardzo poważnie utrudnić postępowanie karne, co spowodowałoby skutki szkodliwe lub bardzo trudne do naprawienia<sup>86</sup>. Przekładając te teoretyczne sformułowania na język praktyki, oznacza to, iż przesłuchanie takie przeprowadzone w terminie późniejszym i w normalnym toku postępowania – z punktu widzenia zadań postępowania przygotowawczego – byłoby wysoce spóźnione. Groziłoby bowiem realną obawą utraty możliwości uzyskania informacji – i to w sposób procesowy – o innych dowodach, bądź ich zniszczeniem. Chodzi więc w praktyce o możliwie szybkie uzyskanie informacji o źródłach oraz środkach dowodowych i ubiegnięcie osoby podejrzanej w dotarciu do określonych dowodów celem ich procesowego utrwalania i zabezpieczenia dla potrzeb postępowania karnego<sup>87</sup>. W orzecznictwie sądowym znajdujemy konkretne przykłady zasadności przedstawienia określonej osobie zarzutów w trybie czynności niecierpiących zwłoki. Przeprowadzenie czynności określonej w art. 308 § 2 k.p.k. uzasadnia zatem możliwość wcześniejszego porozumienia się osoby, która będzie przesłuchana ze świadkami lub innymi osobami uczestniczącymi w przestępstwie, co może grozić porozumieniem tych osób i utrudnieniem w ten sposób dotarcia do prawdy<sup>88</sup>. Typowym przykładem obrazującym potrzebę przesłuchania w trybie art. 308 § 2 k.p.k. może być – jak wskazywano

<sup>83</sup> Wyrok SN z dnia 3 maja 1983 r., sygn. I KR 74/83, OSNKW 1984, nr 3–4, poz. 35. Zob. także postanowienie SN z dnia 11 kwietnia 2012 r., sygn. II KK 313/11, OSNKW 2012, nr 9, poz. 96.

<sup>84</sup> R.A. Stefański, *Czynności procesowe...*, s. 47–48.

<sup>85</sup> F. Prusak, *Pociągnięcie...*, s. 87–88.

<sup>86</sup> H. Nowicki, *Nowela do k.p.k. z dnia 18 czerwca 1959 roku, Służba MO 1959*, nr 4–5, s. 594.

<sup>87</sup> S. Łagodziński, *Odmowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów i jej prawnokarne skutki*, Prok. i Pr. 1997, nr 4, s. 115–116.

<sup>88</sup> Wyrok SN z dnia 3 maja 1983 r., sygn. I KR 74/83, OSNKW 1984, nr 3–4, poz. 35; postanowienie SN z dnia 11 kwietnia 2012 r., sygn. II KK 313/11, OSNKW 2012, nr 9, poz. 96.

jeszcze w czasie funkcjonowania art. 276 § 1 k.p.k. z 1969 r.<sup>89</sup> – przesłuchanie jednego z zatrzymanych sprawców rozboju w celu zatrzymania pozostałych, którzy zbiegli z miejsca przestępstwa i dysponują bronią palną<sup>90</sup>. Są to więc wypadki niecierpiące zwłoki z uwagi na obawę utrudniania postępowania karnego. Chodzi o sytuacje, w których wstrzymanie się od przesłuchania osoby podejrzanej w charakterze podejrzanego może mieć wpływ na zeznania świadka lub wyjaśnienia podejrzanego przez zmianę ich treści lub niemożność sprawdzenia prawdziwości składanych przez nich relacji albo wręcz niemożliwość przeprowadzenia tych czynności w ogóle<sup>91</sup>. W takich wypadkach – dla dopuszczalności działań w oparciu o normę art. 308 § 2 k.p.k. – muszą istnieć podstawy do obaw, że podjęta zostanie działalność polegająca na bezprawnym utrudnianiu zbierania lub utrwalania dowodów. Obawa taka musi być realna, gdyż nie jest wystarczające potencjalne niebezpieczeństwo utraty, zniekształcenia lub zniszczenia śladów i dowodów<sup>92</sup>. Taką obawę może uzasadniać charakter przestępstwa lub okoliczności towarzyszące jego popełnieniu<sup>93</sup>. Przekonanie organu ścigania o konieczności niezwłocznego przedstawienia zarzutów musi przy tym wynikać z konkretnych okoliczności<sup>94</sup>. Przyjmuje się, że obawa zatarcia śladów lub dowodów przestępstwa może wynikać z oceny spodziewanego zachowania się osoby podejrzanej<sup>95</sup>. Niebezpieczeństwo zatarcia śladów i dowodów jednakże nie musi pochodzić tylko od samego sprawcy; może pochodzić ze strony osób trzecich lub innych obiektywnych okoliczności<sup>96</sup>.

## VI

**B**iorąc pod uwagę fakt, że instytucja przedstawienia zarzutów ma przede wszystkim charakter gwarancyjny, można postawić zasadne pytanie o to, czy wymóg zapewnienia i ochrony gwarancji procesowych obywatela

<sup>89</sup> Ustawa z dnia 13 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 1969 r. nr 13, poz. 96 z późn. zm.). Akt prawny określany dalej skrótem „k.p.k. z 1969 r.”

<sup>90</sup> S. Owczarski, *Osoba podejrzana i podejrzany w dochodzeniu niecierpiącym zwłoki w świetle badań*, WPP 1994, nr 1, s. 26.

<sup>91</sup> L. Schaff, *Zakres i formy...*, s. 67.

<sup>92</sup> R.A. Stefański [w:] J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1998, t. 2, s. 54.

<sup>93</sup> F. Prusak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 maja 1983 roku*, sygn. I KR 74/83, NP 1985, nr 3–4, s. 139.

<sup>94</sup> A. Stefański [w:] J. Bratoszewski, L. Gardocki, Z. Gostyński, S.M. Przyjemski, R.A. Stefański, S. Zabłocki, *Kodeks...*, t. 2, s. 60.

<sup>95</sup> Wyrok SA w Łodzi z dnia 22 października 1998 r., sygn. II AKa 125/98, Biul. PA w Łodzi 1999, nr 7, s. 11.

<sup>96</sup> Z. Młynarczyk, *Przedstawienie zarzutów, badanie wniosków dowodowych, niektóre czynności dowodowe oraz zaznajomienie z materiałami postępowania przygotowawczego*, Prok. i Pr. 1995, nr 7–8, s. 137.

przez ustawodawcę nie doznaje nazbyt dalekiego ograniczenia, a może i całkowitego wyłączenia, gdy do skutecznego skierowania postępowania przygotowawczego przeciwko osobie dochodzi w sytuacji jej nieobecności.

Jak już wcześniej wskazałem, istotnym problemem, z jakim musi zmierzyć się ustawodawca, jest takie ukształtowanie postępowania, żeby było ono skutecznym narzędziem zwalczania przestępczości, a zarazem odpowiadało wymaganym standardom w zakresie gwarancji procesowych, zapewniających jego uczestnikom, zwłaszcza oskarżonemu i pokrzywdzonemu, realną obronę ich interesów. Jest to dylemat dotyczący całego postępowania karnego, ale najostrej – jak wskazuje się w literaturze – występuje w stosunku do postępowania przygotowawczego<sup>97</sup>. Stwierdzenie to wymaga uzupełnienia w ten sposób, że dylemat ten, faktycznie dotycząc zwłaszcza postępowania przygotowawczego, ze szczególną mocą objawia się w tych sytuacjach, gdy postępowanie to może zostać skierowane przeciwko osobie bez jej wiedzy, a zatem z pozbawieniem jej możliwości procesowego przeciwdziałania temu – z pozbawieniem jej prawa do obrony.

Pierwszym takim przypadkiem jest sytuacja określona w art. 313 § 1 *in fine* k.p.k. Przyjmując, że do wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów – pomijając omówione dalej kontrowersje – dochodzi poprzez sporządzenie postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jego ogłoszenie i przesłuchanie podejrzanego zauważyć trzeba, że ustawa dopuszcza zaistnienie fikcji prawnej skutecznego wydania takiego postanowienia, gdy wykonanie dwóch ostatnich czynności, w odniesieniu do wcześniej sporządzonego postanowienia o przedstawieniu zarzutów, jest niemożliwe z uwagi na „ukrywanie się” lub „nieobecność w kraju” osoby wskazanej w tym postanowieniu jako podejrzany. Pytanie zatem, czy przesłanki zaistnienia tak doniosłej fikcji prawnej zostały określone prawidłowo? Można mieć poważne wątpliwości. Nie budzi większych kontrowersji sytuacja pierwsza. „Ukrywanie się” osoby zakłada intencjonalność jej działania zmierzającą do uniknięcia kontaktu z organem procesowym; nadto intencjonalność opartą o wiedzę tej osoby o tym, że jej obecność jest pożądana przez organ procesowy, a więc o tym, że postępowanie jest prowadzone – nie można bowiem „nieumyślnie ukrywać się”. Problem pojawia się w przypadku „nieobecności w kraju” takiej osoby. W tym bowiem przypadku do przejścia śledztwa lub dochodzenia w fazę *in personam* dojść może wtedy, gdy określona osoba przebywa za granicą, nie mając ani wiedzy o toczącym się postępowaniu, ani zamiaru uchylania się od swoich obowiązków procesowych (pytanie, czy w ogóle można mówić o obowiązkach w takiej sytuacji?). W tym przypadku do ziszczenia się fikcji dokonania czynności ogłoszenia zarzutu

<sup>97</sup> W. Daszkiewicz, T. Nowak, S. Stachowiak, *Proces karny...*, s. 28.

i przesłuchania podejrzanego dojść może nawet wtedy, gdy osoba taka byłaby skłonna dobrowolnie stawić się przed organem procesowym, gdyby tylko wiedziała, że postępowanie jest prowadzone, a przeprowadzenie wymienionych czynności z jej udziałem jest konieczne. Wydaje się, że w przypadku drugiej z przesłanek określonych w art. 313 § 1 *in fine* k.p.k. ustawodawca nie poradził sobie z zasygnalizowanym na wstępie dylematem i niewłaściwie wyważył względy skuteczności ścigania i ochrony gwarancji procesowych osób obejmowanych postępowaniem przygotowawczym.

Drugi przypadek, gdy do skutecznego skierowania postępowania przygotowawczego przeciwko osobie dochodzi bez jej obecności, może mieć miejsce w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym w sprawie o przestępstwo lub wykroczenie skarbowe. Kodeks karny skarbowy w dziale VI (art. 173 k.k.s. – art. 177 k.k.s.) wprowadza instytucję „postępowania w stosunku do nieobecnych”. Jest to konstrukcja normatywna o utrwalonej już praktyce – znana z poprzednio obowiązującej ustawy karnej skarbowej (art. 222–226 u.k.s.)<sup>98</sup>. Warto nadmienić, iż postępowanie w stosunku do nieobecnych nie znajduje swojego odpowiednika w przepisach Kodeksu postępowania karnego, gdyż ustawodawca nie recypował do obecnego Kodeksu postępowania karnego przepisów art. 415 – art. 417 k.p.k. z 1969 r. (ówczesny rozdział 42 pt. „Postępowanie w stosunku do nieobecnych”), rezygnując zupełnie z takiego trybu postępowania. Z motywów ustawodawczych Kodeksu karnego skarbowego wynika, iż propozycja utrzymania szczególnego trybu postępowania w stosunku do nieobecnych jest odpowiedzią na konkretne postulaty praktyki, zwłaszcza w odniesieniu do przestępstw i wykroczeń celnych<sup>99</sup>. Istota postępowania w stosunku do nieobecnych sprowadza się do modyfikacji zwykłego porządku procesowego ze względu na nieobecność oskarżonego (w znaczeniu ogólnym, a więc także podejrzanego – *dop. wł.*) lub podmiotu odpowiedzialnego posiłkowo i redukcji tych czynności procesowych, których nie można wykonać z powodu ich absencji<sup>100</sup>. W doktrynie podniesiono, że niejednokrotnie dochodzi do sytuacji, kiedy sprawca przestępstwa lub wykroczenia skarbowego pozostaje za granicą, przedmiot zaś podlegający przypadkowi znajduje się

<sup>98</sup> Koncepcja postępowania w stosunku do nieobecnych znana była ustawodawstwu polskiemu już wcześniej, np. ustawa z dnia 23 czerwca 1939 roku o szczególnej odpowiedzialności w przypadku zbiegostwa do nieprzyjaciela lub poza granice Polski (Dz.U. z 1939 r. nr 57, poz. 367); dekret z dnia 12 października 1944 roku o specjalnych sądach karnych dla spraw zbrodniarzy faszystowsko-hitlerowskich (Dz.U. z 1944 nr 4, poz. 21), a także art. 415–417 k.p.k. z 1969 r.

<sup>99</sup> J. Kosonoga, *Zakres gwarancji procesowych oskarżonego w postępowaniu w stosunku do nieobecnych* (Rozdział 19 k.k.s.), Prok. i Pr. 2002, nr 7–8, s. 92.

<sup>100</sup> J. Kosonoga, *Zakres gwarancji...*, s. 93; Z. Siwik, *Podstawy prawa karnego skarbowego*, Wrocław 1983 r., s. 218 i n.; A. Sokołowska, W. Michrowski, *Kodeks karny skarbowy. Przepisy ustawy. Komentarz*, Warszawa-Jaktorów 2000, s. 404 i n.

w kraju. W sytuacji takiej zastosowanie trybu postępowania wobec nieobecnych pozwala na uniknięcie obstrukcji procesowej, a art. 173 k.k.s., precyzujący przesłanki zastosowania konstrukcji tego postępowania szczególnego, stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 22 k.p.k., w tym sensie, że umożliwia prowadzenie postępowania podczas nieobecności sprawcy bez konieczności zawieszania postępowania<sup>101</sup>. Z punktu widzenia tematyki niniejszego opracowania specyfika postępowania w stosunku do nieobecnych jest ważna dla ustalenia zakresu zachowania gwarancji procesowych podejrzanego z uwzględnieniem odmienności kinetyki procesowego działania organów ścigania w obrębie instytucji przedstawienia zarzutów podczas nieobecności osoby, przeciwko której kierowane jest śledztwo lub dochodzenie.

Instytucja przedstawienia zarzutów na gruncie tego trybu procesowego przybiera szczególną postać. Czynność ta w „zwykłym” postępowaniu ma oczywiście charakter złożony, co wynika z art. 313 § 1 k.p.k. stosowanego z uwzględnieniem art. 113 § 1 k.k.s. Składa się na nią – przypomnieć należy – obowiązek sporządzenia postanowienia, ogłoszenia go podejrzanemu oraz przesłuchania podejrzanego. W postępowaniu w stosunku do nieobecnych dochodzi do znacznej redukcji tych czynności, gdyż art. 174 k.k.s. pozwala na niestosowanie art. 313 § 1 k.p.k. w części dotyczącej ogłoszenia postanowienia oraz przesłuchania podejrzanego. Takie rozwiązanie legislacyjne prowadzi w konsekwencji do minimalizacji uprawnień podejrzanego. Podejrzanym jako strona pojawia się bowiem w postępowaniu przygotowawczym poprzez przedstawienie zarzutów. Osoba taka uzyskuje tym samym fundamentalne uprawnienie – możliwość wpływania na tok dalszych czynności procesowych śledztwa lub dochodzenia. Logika nakazuje uznać jako aksjomat, że aktywność procesowa podejrzanego w tym zakresie wynika przede wszystkim z jego wiedzy o czynionych mu zarzutach. Brak takiej wiedzy sprowadza do zera możliwość jego działania<sup>102</sup>. Konstrukcja postępowania w stosunku do nieobecnych umożliwia zatem prowadzenie sprawy wobec osoby, której nie przesłuchano w charakterze podejrzanego i która może nawet nie wiedzieć o toczącym się postępowaniu. Treść art. 173 § 1 *in fine* k.k.s. jest podobna w tym zakresie do art. 313 § 1 *in fine* k.p.k. W literaturze wskazuje się, że trudno jest doszukiwać się aprobaty dla takiego rozwiązania; zwłaszcza że nieznanostwo zarzutów wynikająca z braku obowiązku ich ogłoszenia podejrzanemu godzi w wyraźne dyspozycje art. 6 ust. 3 lit. a EKPCz, czyli prawo do powiadomienia oskarżonego o istocie

<sup>101</sup> Z. Gostyński, *Zawieszenie postępowania karnego*, Warszawa 1994, s. 38 i n.; Z. Gostyński, *Zawieszenie postępowania w nowym ustawodawstwie karnoprosesowym*, Warszawa 1998, s. 23 i n.; J. Kosonoga, *Zakres gwarancji...*, s. 93–93.

<sup>102</sup> J. Kosonoga, *Zakres gwarancji...*, s. 95.

i przyczynie skierowanego przeciwko niemu oskarżenia<sup>103</sup>. Na konieczność znajomości przez oskarżonego zarzutów kładzie akcent także Europejski Trybunał Praw Człowieka uznający za oskarżenie moment, w którym z powodu kroków podjętych przez władze dana osoba zaczyna się orientować, iż sprawa toczy się właśnie przeciwko niej<sup>104</sup>. W postępowaniu w stosunku do nieobecnych taki moment może w ogóle nie nastąpić. Podobnie, w tym trybie osoba taka – nie z własnej winy – może zostać pozbawiona możliwości wypowiedzenia się, a więc prawa do złożenia wyjaśnień. Z zastosowaniem trybu postępowania w stosunku do nieobecnych wiąże się zwolnienie z obowiązku dokonania tych czynności procesowych, których nie można wykonać ze względu na nieobecność oskarżonego (podejrzanego). W zakresie „skróconego” przedstawienia zarzutów czynność ta, choć nie wynika to z wyraźnej dyspozycji ustawowej, powinna przybrać formę zasadniczą, czyli postanowienia o przedstawieniu zarzutów<sup>105</sup>. W niczym nie rekompensuje to jednakże sytuacji procesowej podejrzanego, gdyż postanowienie to pozostaje jedynie pisemnym odzwierciedleniem w aktach sprawy wirtualnej czynności ustnego przedstawienia zarzutów<sup>106</sup>. Konsekwencją redukcji czynności przedstawienia zarzutów jest jednoczesne ograniczenie innych gwarancji procesowych podejrzanego. Chodzi przede wszystkim o prawo do posiadania odpowiedniego czasu i możliwości do przygotowania obrony, prawo do bronięcia się osobiście oraz prawo do przesłuchania lub spowodowania przesłuchania świadków oskarżenia i obrony na równych zasadach (art. 6 ust. 3 lit. b, c i d EKPCz). Niewiedza oskarżonego o stawianych mu zarzutach czyni ponadto iluzorycznymi realizację zasad: kontradyktoryjności, równości broni, bezpośredniości oraz lojalności procesowej<sup>107</sup>. Wreszcie, konsekwencją zastosowania trybu postępowania w stosunku do nieobecnych jest zwolnienie organu procesowego z obowiązku realizacji dyrektywy art. 16 k.p.k., co w przełożeniu na instytucję przedstawienia zarzutów zwalnia z konieczności przeprowadzenia czynności określonej w art. 300 § 1 k.p.k. Ziszczenie się fikcji przedstawienia zarzutów nieobecnemu oczywiście wyklucza także możliwość skorzystania przez niego z uprawnień określonych w art. 313 § 3 k.p.k.

W doktrynie zasadnie wskazuje się, że sytuacja procesowa oskarżonego w postępowaniu w stosunku do nieobecnych – analizowana przez

<sup>103</sup> *Ibidem*

<sup>104</sup> *Orzeczenie ETPCz z dnia 27 lutego 1980 r, w sprawie Deweer przeciwko Belgia*, A.36, § 22. Zob. także M.A. Nowicki, *Europejska Konwencja Praw Człowieka. Wybór orzecznictwa*, Warszawa 1999, s. 265.

<sup>105</sup> T. Grzegorzczuk, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 524.

<sup>106</sup> J. Kosonoga, *Zakres gwarancji...*, s. 96.

<sup>107</sup> *Ibidem*, s. 96–97.

pryzmat naczelnych zasad procesowych – przedstawia się dla niego nader niekorzystnie<sup>108</sup>. Wprowadzenie przez ustawodawcę obowiązku wyznaczenia obrońcy z urzędu (art. 176 k.k.s.)<sup>109</sup>, przy jednoczesnej minimalizacji możliwości obrony w znaczeniu materialnym, nie wydaje się być wystarczającym rozwiązaniem i dalece odbiega od standardu procesowych gwarancji oskarżonego<sup>110</sup>. Zrozumiałym jest, że postępowanie w stosunku do nieobecnych jest trudną sztuką kompromisu pomiędzy fiskalnymi interesami Skarbu Państwa i potrzebami praktyki a gwarancjami oskarżonego. Pytanie tylko, czy ustawodawca zachował właściwe proporcje i czy nie doszło do zbytnej redukcji tych ostatnich<sup>111</sup>. Ograniczenia prawa do obrony tkwiące w postępowaniu wobec nieobecnych spotkać można także procesie powszechnym (np. tryb nakazowy, wyrok zaoczny, rozprawa pod nieobecność oskarżonego), ale ograniczenia te nie dotyczą przebiegu postępowania przygotowawczego, a już tym bardziej instytucji określonej w art. 313 § 1 k.p.k. Wydaje się, że z uwagi na nazbyt dalekie ograniczenia praw osoby, przeciwko której kierowane jest postępowanie przygotowawcze (nieznajomość treści zarzutu i brak pouczenia o uprawnieniach i obowiązkach), tryb postępowania wobec nieobecnych powinien być dopuszczalny jedynie w postępowaniu przed sądem, co w zasadzie pokrywałoby się z obecnie funkcjonującym rozwiązaniem przewidującym udział oskarżonego w rozprawie jako jego uprawnienie, a nie obowiązek (art. 374 § 1 zd. 1 k.p.k.; z wyjątkami w art. 374 § 1a i 2 k.p.k.).

## VII

Stwierdzając, iż przyjęty w polskim postępowaniu przygotowawczym mechanizm przedstawienia (uzupełnienia lub zmiany zarzutów), od strony samej kinetyki czynności wchodzących w jego skład, spełnia założenia gwarancyjne – tak całego postępowania przygotowawczego, jak i samych instytucji określonych w art. 313 k.p.k. i art. 314 k.p.k. – na zagadnienie realizacji funkcji gwarancyjnej przez instytucję przedstawienia (uzupełnienia lub zmiany) zarzutów należy spojrzeć jeszcze z innej strony. Pytanie, jakie

<sup>108</sup> *Ibidem*, s. 99–100.

<sup>109</sup> Doktryna słusznie zauważa, że moment wydania przez organ postanowienia o zastosowaniu postępowania wobec nieobecnych, a w przypadku postanowień zatwierdzanych przez prokuratora moment zatwierdzenia, rodzi obowiązek skierowania do sądu wniosku o wyznaczenie obrońcy dla podejrzanego. Wprowadza to wewnętrzną sprzeczność w system procesu karnego, oznaczając dopuszczalność funkcjonowania w postępowaniu przygotowawczym obrońcy przez przedstawieniem określonej osobie zarzutu (zob. H. Skwarczyński, *Postępowanie w stosunku do nieobecnych w sprawach karnych skarbowych*, Pal. 2012, nr 9–10, s. 54).

<sup>110</sup> J. Kosonoga, *Zakres gwarancji...*, s. 97.

<sup>111</sup> *Ibidem*, s. 101.



się bowiem nasuwa w tym miejscu, to takie, czy gwarancyjne walory tych instytucji mogą być w pełni spełnione, gdy organami przeprowadzającymi czynności kierowania postępowania przygotowawczego przeciwko osobie są organy niesądowe, a zatem organy szeroko rozumianej władzy wykonawczej (a więc organy w mniejszym lub większym stopniu uzależnione od czynników politycznych, w każdym zaś razie pozbawione przymiotu pełnej niezależności, a ich funkcjonariusze gwarancji niezawisłości)?

Tak naświetlone zagadnienie odnosi się do kwestii zasadniczej – modelu postępowania przygotowawczego i miejsca w nim czynnika sądowego. Przyjęcie określonych założeń kardynalnych co do kształtu postępowania karnego – a w tym postępowania przygotowawczego – i wzajemnych relacji władzy sądowniczej oraz organów ścigania należy do sfery polityki i poświęcone zostały mu liczne opracowania<sup>112</sup>.

W tym miejscu wskazać należy jedynie, że w obecnie obowiązującej ustawie procesowej ustawodawca nie przyjął, wysuwanych w doktrynie, postulatów wprowadzenia instytucji tzw. sędziego śledczego (ani w postaci sędziego prowadzącego tę formę postępowania przygotowawczego<sup>113</sup>, ani jako organu nadzorującego, czyli tzw. *sędziego ds. śledztwa*<sup>114</sup>). Ustawodawca rozszerzył natomiast znacznie rolę sądu w postępowaniu przygotowawczym – czynności sądowe w toku tego etapu procesu wykonuje sąd właściwy do rozpoznania sprawy, na posiedzeniu, jednoosobowo (art. 298 § 2 k.p.k. i art. 329 k.p.k.). W literaturze procesu karnego zasadnie wskazywano, że o roli i znaczeniu czynnika sądowego w przygotowawczym stadium procesu karnego nie decyduje sam fakt istnienia lub nieistnienia sędziego śledczego w określonej postaci, ale rodzaj i zakres uprawnień sędziowskich oraz stosunek sądu do organów ścigania na tym etapie postępowania karnego<sup>115</sup>. Podnoszono także, że nie instytucja sędziego śledczego – którego funkcje notabene w systemach zachodnioeuropejskich ulegają od lat raczej ograniczeniom – może być uznana za remedium na bólczki w funkcjonowaniu tego etapu procesu, lecz raczej poszerzenie zakresu uprawnień sądu w postępowaniu przygotowawczym<sup>116</sup>. W tej sytuacji *dominus litis* postępowania przygotowawczego pozostał prokurator, który prowadzi je osobiście albo

<sup>112</sup> C. Kulesza, *Sędzia śledczy...*, s. 179 i wskazana tam literatura.

<sup>113</sup> A. Kaftal, *Model postępowania przygotowawczego „de lege ferenda”*, „Studia Prawnicze” 1989, nr 1, s. 64; C. Kulesza, *Sędzia śledczy w polskim modelu postępowania przygotowawczego (Uwagi „de lege ferenda”)*, PiP 1988, nr 12, s. 99–100.

<sup>114</sup> A. Murzynowski, *Problem wprowadzenia instytucji sędziego śledczego*, PiP 1982, nr 3–4, s. 67; S. Waltoś, *Model polskiego procesu karnego „de lege ferenda”*, PiP 1983, nr 3, s. 111.

<sup>115</sup> J. Tylman, *Reforma modelu postępowania przygotowawczego* [w:] *Problemy kodyfikacji prawa karnego*, Kraków 1993, s. 461 i n.

<sup>116</sup> T. Grzegorzcyk, *Model postępowania przygotowawczego w projekcie postępowania karnego* [w:] *Problemy reformy prawa karnego*, Lublin 1993, s. 283 i n.



nadzoruje jego tok, gdy prowadzone jest przez inne organy podległe władzy wykonawczej.

W polskim porządku karnoproselowym dominująca pozycja niesądowych organów prowadzących postępowania przygotowawcze ma utrwaloną tradycję sięgającą okresu powojennego. Instytucja przedstawienia zarzutów, od samego początku funkcjonowania, została tak ukształtowana, iż decyzja o skierowaniu postępowaniu przygotowawczego w tym trybie przeciwko określonej osobie pozostawiona została wyłącznej kompetencji prokuratora i podległych mu organów ścigania. Czynnikiem sądowy ma możliwość zbadania prawidłowości formalnego pociągnięcia określonej osoby do odpowiedzialności karnej w postępowaniu przygotowawczym w zasadzie dopiero na etapie wyrokowania kończącego rozprawę główną. Jest to zgodne z obowiązującym porządkiem konstytucyjnym. Z art. 175 ust. 1 Konstytucji RP wynika tzw. zasada sądowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, która ustanawia monopol sądów w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Ten zaś, to działalność państwa polegająca na sądzeniu, czyli wiążącym rozstrzygnięciu sporów o prawo, w których przynajmniej jedną ze stron jest jednostka lub inny podmiot podobny<sup>117</sup>. Sądowy wymiar sprawiedliwości nie oznacza przy tym, że wszystkie sprawy dotyczące sytuacji prawnej jednostki muszą być rozstrzygane wyłącznie przez sądy. Podmiot korzystający z konstytucyjnego prawa do sądu powinien mieć jednak zagwarantowaną proceduralną możliwość przekazania sprawy do właściwego i niezależnego sądu. Sądowi musi przysługiwać pozycja nadrzędna, polegająca na możliwości zbadania prawidłowości lub legalności rozstrzygnięcia organu pozasądowego<sup>118</sup>. W zakresie orzeczenia o winie sprawcy czynu jedynie właściwym organem powinien być organ sądowy – niezawisły i nie podporządkowany hierarchicznie<sup>119</sup>. Instytucja przedstawienia zarzutów wkomponuje się w te wymogi. Zarzut podnoszony wobec osoby w trybie art. 313 § 1 k.p.k. siłą rzeczy ma charakter tymczasowy, prowizoryczny. W żaden sposób nie konkuruje z wyłączną kompetencją sądów do wykonywania wymiaru sprawiedliwości, skoro jego sformułowanie nie obala domniemania niewinności z art. 42 ust. 3 Konstytucji RP i art. 5 § 1 k.p.k. Nawet oskarżenie formułowane w skardze kończącej postępowanie przygotowawcze to tylko „propozycja” organu ścigania kierowana pod osąd władzy sądowniczej.

<sup>117</sup> Wyrok TK z dnia 1 grudnia 2008 r., sygn. P 54/2007, OTK-A 2008, nr 10, poz. 171. Zob. także Z. Czeszejko-Sochacki, *O wymiarze sprawiedliwości w świetle Konstytucji, międzynarodowych standardów i praktyki*, PiP 1999, nr 9, s. 3; L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2012, s. 340.

<sup>118</sup> L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2005, t. 4, s. 175.

<sup>119</sup> P. Mierzejewski, *Legalizm i oportunizm w nowym kodeksie postępowania karnego*, WPP 1998, nr 3–4, s. 10.

Dodać należy, że wiążące Polskę akty prawa międzynarodowego również pomijają kwestię kompetencji określonych organów do wszczynania ścigania karnego obywatela, koncentrując się na kwestii właściwości organów uprawnionych do ostatecznego rozstrzygnięcia w tym przedmiocie (14 ust. 1 i 3 lit. c MPPOiP oraz art. 47 KPP UE).

W tej sytuacji kompetencja do określania właściwości organów ścigania do podjęcia i przeprowadzenia decyzji o skierowaniu postępowania przygotowawczego przeciwko osobie pozostawiona została swobodnej decyzji ustawodawcy zwyczajnego. Ten zaś zasadnie dokonał jej rozdziału w zależności od formy prowadzenia postępowania przygotowawczego. W śledztwie będzie to zatem zawsze prokurator, gdyż „czynności związane z przedstawieniem zarzutów”, w przypadku prowadzenia postępowania przygotowawczego w tej formie, ustawowo zastrzeżone są dla osobistego przeprowadzenia przez prokuratora. Reguła ta nie doznaje wyjątku nawet, gdy samo śledztwo zostało powierzone do prowadzenia Policji – bez znaczenia jest, czy powierzenie nastąpiło „w całości”, „w określonym zakresie”, czy jedynie „co do poszczególnych czynności” (art. 311 § 2 i 3 k.p.k.). Słuszny wyjątek zastrzeżony jest jedynie dla sytuacji określonej w art. 308 § 2 k.p.k. (art. 311 § 3 *in fine* k.p.k.). Inaczej sprawa wygląda w przypadku śledztwa prowadzonego o przestępstwa skarbowe. Takie postępowanie przygotowawcze może być prowadzone zarówno przez prokuratora (art. 151b § 1 k.k.s.), jak i przez inne organy postępowania przygotowawczego (art. 118 § 1 pkt 1–5 i § 2 k.k.s.). W śledztwie o przestępstwo skarbowe „czynności związane z przedstawieniem zarzutów” nie są ustawowo zastrzeżone do osobistego wykonania przez prokuratora – może on natomiast tak zarządzić (art. 151b § 3 k.k.s.; z wyjątkiem określonym w art. 151b § 2 zd. 2 k.k.s.). Jeśli zaś chodzi o dochodzenie, to co do zasady prowadzi je Policja lub inny organ uprawniony do prowadzenia postępowania przygotowawczego w tej formie, chyba że prowadzi je prokurator (art. 325a § 1 k.p.k.). „Innymi organami” uprawnionymi do prowadzenia dochodzenia na podstawie art. 312 pkt 1 k.p.k. są: Straż Graniczna, Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Krajowa Administracja Skarbowa (Służba Celno-Skarbowa), Centralne Biuro Antykorupcyjne, Żandarmeria Wojskowa, a także na podstawie art. 312 pkt 2 k.p.k.: Inspekcja Handlowa, Państwowa Inspekcja Sanitarna, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej<sup>120</sup>, Straż Leśna<sup>121</sup> oraz Państwowa

<sup>120</sup> Por. § 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 września 2015 r. w sprawie organów uprawnionych obok Policji do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia przed sądem pierwszej instancji w sprawach, w których prowadzono dochodzenie, jak również zakresu spraw zleconych tym organom (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 522).

<sup>121</sup> Art. 47 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 60 z późn. zm.).

Straż Łowiecka<sup>122</sup>. Co do zasady zatem wskazane organy uprawnione są do przeprowadzania „czynności związanych z przedstawieniem zarzutów” w toku dochodzenia. Jednocześnie, odmiennie niż w śledztwie, w dochodzeniu własnym prokuratora może on powierzyć przeprowadzenie tego rodzaju czynności Policji, choć wydaje się, że w praktyce nie będzie to zdarzać się często, gdyż trudno wyobrazić sobie powód, dla którego prokurator, prowadząc – na zasadzie wyjątku określonego w art. 325a § 1 *in fine* k.p.k. – postępowanie przygotowawcze w tej formie miałby zrezygnować z osobistego wykonania w jego toku czynności o najdonioślejszym znaczeniu. Dochodzenia w sprawach o przestępstwa skarbowe prowadzą organy określone w art. 118 § 1 pkt 1–5 i § 2 k.k.s., które przeprowadzają czynności związane z przedstawieniem zarzutów. Z powyższego zestawienia widać, że linia podziału kompetencji do dokonania przedstawienia (uzupełnienia lub zmiany) zarzutów zasadnie przeprowadzona została przez ustawodawcę pomiędzy dochodzeniem i śledztwem, przy przyjęciu, iż w przypadku tego ostatniego – obejmującego z zasady sprawy poważniejsze i bardziej skomplikowane – organem wyłącznie decyzyjnym został prokurator (z założenia bardziej kompetentny i obdarzony gwarancją niezależności).

### VIII

Tytułową funkcję realizuje również normowana treścią art. 314 k.p.k. instytucja uzupełnienia lub zmiany zarzutów<sup>123</sup>. W istocie bowiem uzupełnienie zarzutów to nic innego, jak przedstawienie nowego zarzutu lub zarzutów. Zmiana zarzutu to natomiast przedstawienie zarzutu tego samego czynu, lecz w zmienionej postaci. W toku postępowania przygotowawczego mogą bowiem zostać ujawnione nowe fakty lub dowody wskazujące, że podejrzany popełnił czyn lub czyny nieobjęte uprzednim przedstawieniem zarzutów albo że czyn lub czyny, których popełnienie już mu zarzucono, miały inną postać faktyczną, co zaś może rodzić także konieczność zmiany przypisanej im kwalifikacji prawnej. Zasadnie podniesiono w literaturze procesu karnego, że zmiana ustaleń faktycznych lub prawnej oceny zarzucanego czynu stanowi naturalny wynik procesu poznawczego następującego w toku całego postępowania dowodowego. Przedmiot pro-

<sup>122</sup> Art. 39 ust. 2 pkt 7 ustawy z dnia 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 67).

<sup>123</sup> J. Bendarzak [w:] J. Bafia, J. Bednarzak, M. Flemming, S. Kalinowski, H. Kempisty, M. Siewierski, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 1976, s. 366–367; J. Grajewski [w:] J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2010, t. 1, s. 980.

cesu należy bowiem rozpatrywać z punktu widzenia dynamiki procesu<sup>124</sup>. Gwarancyjna funkcja postanowień z art. 314 k.p.k. polega na wskazaniu podejrzanemu aktualnego przedmiotu postępowania w toku dalszego śledztwa lub dochodzenia<sup>125</sup>. Uruchomienie mechanizmu art. 314 k.p.k. – podobnie jak w przypadku przedstawienia zarzutów – nie jest przy tym pozostawione do uznania organu procesowego, lecz przepis ten stawia kategoryczne żądanie wydania określonych nim postanowień.



#### A B S T R A C T

This study attempts to present a look at the institution of presentation charges in the preparatory proceedings through the prism of the guarantee function that this institution has to realize by the legislator's will. An author of the study analyzes procedural mechanism of the presentation (supplementing and changing) of charges in search of answer the questions whether and how its shape ensures implementation of assumptions expressed in the name of the indicated function. The analysis is carried out in the projection to the provisions of the Constitution of the Republic of Poland, fundamental acts of international law binding the Republic of Poland and the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

<sup>124</sup> F. Prusak, *Pociągnięcie...*, s. 115.

<sup>125</sup> A. Błachnio-Parzych, J. Jakubowska-Hara, J. Kosonoga, H. Kuczyńska, *Problemy wymiaru sprawiedliwości karnej...*, s. 440.

*Reguły ostrożnościowe nieumyślnego  
przestępstwa finansowania terroryzmu  
(próba oceny)*

*Prudential rules for the unintentional crime  
of terrorist financing (evaluation attempt)*

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

Wprowadzony w 2017 r. nowy typ przestępstwa nieumyślnego finansowania terroryzmu od samego początku wywołał negatywne oceny. W szczególności kłopotliwe stało się ustanowienie i zastosowanie reguł ostrożnościowych, których przekroczenie powoduje karalność zachowania sprawcy. Istota zamyka się zarówno w obszarze, w którym miałyby one mieć zastosowanie, jak i w podmiotach decydenckich, które miałyby być odpowiedzialne za ich kreowanie. Artykuł stanowi próbę ustosunkowania się do tych problemów i zaproponowania określonych rozwiązań. Przy budowaniu reguł ostrożnościowych należy mieć na względzie dobro prawne chronione przepisem art. 165a k.k. – bezpieczeństwo powszechne. Tym samym reguły będzie można podzielić na generalne i indywidualne (lokalne) inspirowane poszczególnymi obszarami, w których należy ograniczać przestępczą działalność sprawcy finansowania terroryzmu.

*1. Przestępstwo nieumyślnego finansowania  
terroryzmu w polskim obrocie prawnym*

Polski ustawodawca wprowadził ustawą z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw<sup>1</sup> do art. 165a k.k. przestępstwo nieumyślnego finansowania terroryzmu (§ 4). Przepis ten, podobnie jak art. 165a § 3 k.k., nie występował w rządowym projekcie zmiany Kodeksu karnego i pojawił się dopiero na etapie prac sejmowych nad kształtem tego aktu prawnego<sup>2</sup>. Do wprowadzenia niniejszego przepisu

<sup>1</sup> Dz.U. z 2017 r. poz. 768.

<sup>2</sup> Druk sejmowy nr 1186 Sejmu VIII Kadencji [w] <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1186>>. Propozycja karania nieumyślnego działania sprawcy została umieszczona już w sprawozdaniu z sejmowej Podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 1186) Komisji Sprawiedliwości

Polska nie była zobowiązana żadnym aktem prawnym Unii Europejskiej – unijne dyrektywy nakazują wyłącznie wprowadzenie penalizacji przestępstw umyślnych<sup>3</sup>. W zapisie IV dyrektywy AML/CFT<sup>4</sup> (obowiązującej, ale nie implementowanej w czasie zmiany Kodeksu karnego do polskiego porządku prawnego) wyraźnie wskazano, że: „finansowanie terroryzmu” oznacza bezpośrednio lub pośrednio dostarczanie lub gromadzenie środków finansowych wszelkimi sposobami z zamiarem ich użycia lub ze świadomością, że mają zostać użyte, w całości lub w części, w celu popełnienia któregośkolwiek z przestępstw określonych w art. 1–4 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW. Świadomość, zamiar lub cel stanowiące znamiona działań [...] mogą zostać ustalone na podstawie obiektywnych okoliczności faktycznych<sup>5</sup>. W toku prac parlamentarnych nad przepisem wydaje się, że rozszerzono pierwotny zamiar karania nieumyślnego działania zawężonego jedynie do świadomej nieumyślności, co w rzeczywistości, w toku dalszych prac legislacyjnych, dało rezultat ostateczny wykreowania typu nieumyślnego obejmującego oba rodzaje nieumyślności zarówno świadomą, jak i nieświadomą nieumyślność. Przedmiotowe rozwiązanie, wprowadzenie nieumyślnego przestępstwa finansowania terroryzmu, przyjęte zostało krytycznie<sup>6</sup>. Niemniej, niezależnie od charakteru unormowania, należy

---

i Praw Człowieka z dnia 16 lutego 2016 r. proponującej zapis: „§ 3. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”. Kolejno dokonano zmiany na posiedzeniu Senatu RP, zgodnie z uchwałą Senatu RP w sprawie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 marca 2017 r. (druk nr 1382), przyjęto nowe brzmienie dla § 3 i zaproponowano także nowe brzmienie dla § 4 w wersji: „§ 4. Tej samej karze podlega sprawca czynu określonego w § 1 lub 2, który działa nieumyślnie”. W uzasadnieniu do stanowiska Senatu pominięto sprawę „działania nieumyślnego”, uzasadniając jedynie kwestię nowego brzmienia § 3 (... wprowadzono nowy typ przestępstwa polegającego na dostarczaniu środków na utrzymanie osób, grup lub związków, które finansują dokonywanie przestępstw terrorystycznych. Czynności objęte penalizacją to zaspokajanie codziennych potrzeb oraz finansowych zobowiązań tych grup osób, które wspierają działalność terrorystyczną. Celem wprowadzenia karalności takich czynów jest pozbawienie osób popierających terroryzm oparcia materialnego. Jest to wyraźne, skierowane do społeczeństwa wskazanie, że zapewnianie warunków bytowych osobom wspierającym terroryzm jest działaniem bezprawnym). Jednakże ten typ przestępstwa można popełnić wyłącznie umyślnie. Szczegółowo o pracach legislacyjnych: M.A. Kędzierski, *Przeciwdziałanie i zwalczanie finansowania terroryzmu w Polsce*, Wydawnictwo Adam Marszałek, 2019, s. 323 i n.

<sup>3</sup> K.J. Palka, *Analiza przepisów penalizujących finansowanie terroryzmu w polskim prawie karnym*, Forum Prawnicze 2019, s. 65–66.

<sup>4</sup> Skróć pochodzący od angielskiego zapisu „Anti Money Laundering/Counter Financing of Terrorism”.

<sup>5</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG), art. 1 pkt 5 i 6.

<sup>6</sup> Zob.: A. Golonka, *Występek finansowania terroryzmu (art. 165a k.k.) w kontekście problemów związanych ze stroną podmiotową tego przestępstwa*, „Zeszyty Prawnicze” 2019, t. 19, nr 3, K.J.

zauważyć, że coraz częściej metody i taktyka działania osób powiązanych z terroryzmem sięga, celem pozyskania środków finansowych, po osoby niemające z nim nic wspólnego, a których aktywa nieumyślnie, bez zamiaru finansowania, mogą być wykorzystane na szeroko rozumianą działalność terrorystyczną (przygotowywanie aktów terrorystycznych czy budowę zaplecza logistycznego organizacyjnych form aktywności terrorystycznej). Stąd też prawdopodobnie wynika wskazana początkowa reakcja polskiego ustawodawcy. Przyjęty w takiej postaci przepis nasuwa wiele problemów nie tylko w zakresie karania nieumyślnego działania sprawcy finansowania terroryzmu, ale również możliwości ustalenia, w ramach dalszej oceny strony podmiotowej czynu, reguł ostrożnościowych wymaganych, w przypadku ich naruszenia, dla uznania danej osoby sprawcą nieumyślnym (same reguły stanowią element przedmiotowy charakterystyki czynu).

Zgodnie z przyjętą nowelizacją sprawca, działając nieumyślnie, podlega karze, gdy dopuszcza się czynu z § 1 lub 2 wskazanego artykułu. Sprawstwo nieumyślne polegałoby na działaniu w postaci gromadzenia, przekazywania lub oferowania środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub innego mienia ruchomego lub nieruchomości dla sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub przestępstwa, o którym mowa w art. 120, art. 121, art. 136, art. 166, art. 167, art. 171, art. 252, art. 255a lub art. 259a k.k. Ponadto sprawca nieumyślny miałby być karany, gdy w swoim przestępczym działaniu miałby udostępniać mienie (określone w § 1) zorganizowanej grupie lub związkowi mającym na celu popełnienie przestępstwa, o którym mowa w tym przepisie (patrz powyżej), osobie biorącej udział w takiej grupie lub związku lub osobie, która ma zamiar popełnienia takiego przestępstwa. Czyn zabroniony z art. 165a § 1 lub 2 k.k. byłby popełniony nieumyślnie, jeżeli sprawca, nie mając zamiaru jego popełnienia, popełniłby go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć (art. 9 § 2 k.k.). Artykuł 9 § 2 k.k. pozwala więc na wskazanie świadomej i nieświadomej nieumyślności. Jak można przeczytać w uzasadnieniu do projektu przedmiotowej zmiany uwzględniającej karaną nieumyślność: projekt przewiduje wprowadzenie nowego typu czynu zabronionego, polegającego na nieumyślnym, materialnym wspieraniu działalności terrorystycznej. Opis strony przedmiotowej przestępstwa oparty został na odwołaniu do dotychczasowych znamion czasownikowych zawartych w art. 165a § 1 i uzupełniony o wskazanie szczególnych okoliczności



działania sprawcy – uzasadnionego podejrzenia przestępnego przeznaczenia mienia. Zgodnie z zaproponowanym brzmieniem art. 165a § 2 k.k. uznano, że karane będzie zatem gromadzenie, przekazywanie lub oferowanie środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub innego mienia ruchomego lub nieruchomości w okolicznościach budzących uzasadnione podejrzenie, że mienie to posłuży sfinansowaniu przestępstwa o charakterze terrorystycznym albo zostanie udostępnione zorganizowanej grupie lub związkowi mającym na celu popełnienie takiego przestępstwa lub osobie biorącej udział w takiej grupie lub związku.

Celem proponowanej regulacji (§ 4) jest zapobieganie sytuacjom, w których zamiarem sprawcy nie jest objęte sfinansowanie konkretnego czynu terrorystycznego, osoby lub grupy osób (terrorystów), jednakże znane sprawcy okoliczności wskazują, iż takie przeznaczenie gromadzonego, przekazywanego lub oferowanego przezeń mienia jest wysoce prawdopodobne. Podejrzenie przestępnego przeznaczenia mienia musi przy tym wynikać z pewnego ciągu informacji, który, przy pomocy zasad logicznego rozumowania, pozwala założyć wykorzystanie mienia w celu wsparcia działalności terrorystycznej. Nie może się natomiast opierać jedynie na domysłach, pogłoskach lub stereotypach<sup>7</sup>. Jednak, jak słusznie zauważa A. Golonka, odwołując się do motywów wprowadzenia tej regulacji, warto zauważyć, iż projektodawca zakładał jedynie taką formę nieumyślności, która odpowiada jej świadomej formie. Niestety wskazanie takie żadną logiczną miarą nie daje się wyprowadzić (przyp. aut. z jego aktualnej treści) z art. 165a § 4 k.k.<sup>8</sup> Niemniej można sobie wyobrazić, że będzie tu chodziło dla przykładu o taką sytuację, w której uczestnik forum społecznościowego podlegającego regułom ostrożnościowym przyjętym dla treści publikacji i niebezpiecznych zachowań uczestników forum natrafia na tematykę poświęconą wymianie poglądów antysystemowych. Po prowadzonej korespondencji i śledzeniu wypowiedzi uczestników decyduje się na przekazanie środków za pomocą bankowości elektronicznej na wskazane przez innego uczestnika forum konto. Przy czym z dotychczasowej korespondencji na niniejszym forum wynika, że inny uczestnik przedstawia się jako zwolennik radykalnych poglądów, wręcz wypowiada się o potrzebie stosowania metod terrorystycznych, jednak wskazane konto ma być wykorzystane na potrzeby sfinansowania operacji leczniczej jednego z członków radykalnej organizacji, bez

<sup>7</sup> Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk Sejmu X Kadencji nr 1186) [w] <<http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=1186>> [dostęp: 02.02.2021 r.].

<sup>8</sup> A. Golonka, *Terroryzm i jego finansowanie w kontekście nowelizacji art. 165a k.k.*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego”, Seria Prawnicza, Zeszyt 106/2019, Prawo 25, s. 61.



sugestii co do wykorzystania środków na utrzymanie komórki terrorystycznej. Jak wskazano powyżej, czyn zabroniony popełniony jest nieumyślnie, jeżeli sprawca, nie mając zamiaru jego popełnienia, popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał albo mógł przewidzieć. Wydaje się więc, że wskazane w uzasadnieniu „zasady logicznego rozumowania”, w warunkach występowania reguł ostrożnościowych, powinny odnosić się do myślenia w kierunku przewidzenia popełnienia czynu (świadoma nieostrożność) lub możliwości jego popełnienia (nieświadoma nieostrożność). Oczywiście jest, że przy takim działaniu sprawca nie ma zamiaru popełnienia czynu. Zastosowanie reguł logicznego rozumowania obejmuje uwzględnienie formalnych schematów powiązań pomiędzy podstawami wnioskowania i wnioskami, zastosowanie zasad doświadczenia życiowego wyznacza granice dopuszczalnych wniosków i stopień prawdopodobieństwa ich występowania w danej sytuacji<sup>9</sup>. W takim przypadku wspomniane w uzasadnieniu domysły, pogłoski, stereotypy umiejscawiają sposób myślenia raczej na doświadczeniu życiowym. Niemniej projektodawca wskazał na to, że ten sposób myślenia nie może się opierać wyłącznie na wymienionych kategoriach, a więc dla przyjętego logicznego rozumowania możliwą podstawą jest oparcie ich również np. na zasadach logiki matematycznej, czy na przyjętych wewnętrznych regulaminach postępowania (np. w bankach, podmiotach gospodarczych świadczących usługi dla klientów). Tym samym osoba działająca powinna sobie uświadomić, czy, a jeśli tak, to po co występują jakieś „reguły ostrożnościowe” i dlaczego właśnie teraz na drodze jej działania (czynu) one występują. Wydaje się racjonalnym stwierdzenie, że reguły te mają „ostrzegać”, „informować” o czymś, co po ich nieuwzględnieniu i niedostosowaniu – może nastąpić. W szczególności mają znaczenie w obszarze niesformalizowanym, gdzie nie ma jasnych reguł ich przyjęcia do wiadomości uczestników zdarzeń.

W nauce wskazuje się, że przy ocenie bezprawności czynu nieumyślnego należy odwołać się do czynnika pozwalającego stwierdzić, jaki poziom zagrożenia dóbr prawnych wykracza poza granice tolerancji społecznej. Przyjmuje się, że czynnikiem tym są zasady postępowania z dobrem przedstawiającym wartość społeczną (reguły ostrożności)<sup>10</sup>. Wydaje się, że poza nimi pozostaje już tylko odwoływanie się do tzw. osobistego zdrowego rozsądku (zresztą również nie uregulowanego normatywnie).

<sup>9</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 16 lipca 2009 r., X Ga 182/09.

<sup>10</sup> J. Giezek, *Naruszenie obowiązku ostrożności jako przesłanka urzeczywistnienia znamion przestępstwa nieumyślnego*, „Państwo i Prawo” 1992, z. 1, s. 65 i n. A. Fronczak, *Powinność w strukturze przestępstwa nieumyślnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” Rok LXXV – zeszyt 3 – 2013, s. 105.

Wskazana „świadoma nieostrożność” to niebezpieczne igranie z regułami ostrożnościowymi, a w konsekwencji możliwość popełnienia przestępstwa. Trudniejsze się staje postępowanie osoby, która wyłączając kontratypowe sytuacje, nie ma wystarczającego poziomu świadomości lub działa w nieświadomości istnienia i naruszania określonych reguł. W wyniku takiego postępowania, w obecnym stanie prawnym, również może popełnić przestępstwo. Ponadto należałoby być uważnym co do budowania tych reguł, „przesuwając” je z obszaru formalnych schematów wnioskowania do obszaru doświadczenia życiowego i odwrotnie. Niestety finansowanie terroryzmu to działania sprawców zarówno w obszarach formalnych, jak i pozaformalnych (również tam, gdzie państwo posiada ograniczone możliwości regulacji)<sup>11</sup>, co oznacza, że reguł należałoby się doszukiwać w obu tych obszarach bez uszczerbku dla każdego z nich. Oznacza to również, że w niektórych sytuacjach ratunkiem są „reguły ostrożnościowe” wykreowane w drodze doświadczenia życiowego, ponieważ innych nie będzie. A również w takich warunkach dobro prawne (społeczne) wymaga ochrony.

Powstaje więc pytanie, czy w obszarach, w ocenie państwa (ustawodawcy) niewymagających regulacji prawnych (ale nie penalizacji) i w których społeczności wykreowały reguły ostrożnościowe na własne potrzeby, możliwa jest odpowiedzialność sprawcy za nieumyślne finansowanie terroryzmu? Przyjmując występowanie różnych pozaformalnych przekazów aktywnych na rzecz terrorystów oraz rozwiązanie w art. 165a § 4 k.k., na zadane pytanie odpowiedź powinna być pozytywna, jeśli w tym obszarze występuje na tyle istotne dobro społeczne, które należałoby chronić. Obszary życiowej aktywności, w które nie nastąpiła ingerencja ustawodawcy, nie są pozbawione logiki myślenia oraz reguł ostrożnościowych, zwłaszcza takich, które zdroworozsądkowo standaryzują pozytywnie relacje międzyludzkie. W tym obszarze najszerszy zakres będą miały reguły generalne. Ponadto wytyczną do wykreowania reguł ostrożnościowych powinno być rozumowanie, że negatywna ocena konkretnego zachowania może (choć nie musi) skłonić podmiot oceniający do sformułowania stosownej reguły<sup>12</sup>.

Jak można zauważyć, o ile reguły ostrożnościowe mogą być tworzone w coraz to nowych obszarach aktywności naruszającej dobro prawne, to w przypadku znamion strony przedmiotowej znamię czynnościowe zamyka się w działaniach nacechowanych negatywnie jako: gromadzenie, przekazywanie, oferowanie, udostępnianie. Brak jest zapisu „lub w inny sposób”, albo poprzedzająco „w szczególności”. Konstrukcja znamion czynnościowych ogranicza niejako budowanie reguł ostrożnościowych, zwłaszcza

<sup>11</sup> Mogą to być zarówno obszary pozaformalnych przepływów finansowych, które zarówno mogą działać w sferze legalnej (społecznej), jak i nielegalnej (przestępczej).

<sup>12</sup> J. Giezek, *Naruszenie obowiązku*, op. cit., s. 68.

można to zauważyć w treści § 4 art. 165a k.k., którego zapis odwołuje się bezpośrednio do § 1 i § 2 tegoż artykułu. Jak zauważa J. Giezek, taki stan rzeczy zmusza prawników do poszukiwania poza ustawą karną kryteriów oceny zachowania sprawcy, które – gdyby przedstawiało ono wartość ujemną – mogłoby zarazem stanowić podstawę przypisania negatywnego skutku. Jest rzeczą poniekąd zrozumiałą, że kryteriów tej oceny najłatwiej szukać w jakimś powinnościowym modelu zachowania (obszarze obiektywnym). Określając bowiem, w jaki sposób sprawca powinien się w konkretnej sytuacji zachować, przyjmujemy tym samym, że pozytywna lub negatywna ocena zachowania zależeć będzie od tego, czy sprawca uczynił zadość ciężącej na nim powinności, która – w postaci uogólnionej i zgeneralizowanej – staje się obowiązującą regułą postępowania<sup>13</sup>. Stąd też i poszukiwanie reguł ostrożnościowych poprzez odwoływanie się do określonych „wzorców”.

## 2. Zakres dobra chronionego prawem w aspekcie przestępstwa finansowania terroryzmu

Kolejna kwestia odnosi się do ustalenia „dobra prawnego” wymagającego ochrony. Sprawcę czynu zabronionego wiąże norma postępowania zakazująca mu podejmowania zachowań niebezpiecznych dla dobra prawnego i ponosi on odpowiedzialność karną za przestępstwo dopiero w efekcie naruszenia wiążącej go normy prawnej<sup>14</sup>. Rzecz jest w tym, że w przypadku przestępstwa z art. 165a k.k. uznaje się za niejasno określone i wskazanie go jest różnorodne. Nie ma więc w tym zakresie jednolitego stanowiska. Mówi się tu o „bezpieczeństwie powszechnym”<sup>15</sup>, czy o „bezpieczeństwie od przestępstw o charakterze terrorystycznym”<sup>16</sup>. Dobra chronione w pierwszym przypadku należałoby wiązać nie tylko z ogólną potrzebą kryminalizowania zachowań związanych z finansowaniem terroryzmu, ale również z umieszczeniem tego przestępstwa w polskim Kodeksie karnym w rozdziale XX zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu”

<sup>13</sup> J. Giezek, *Naruszenie obowiązku*, op. cit., s. 69–70.

<sup>14</sup> M. Małecki, *Nieostrożność w konstrukcji przestępstwa nieumyślnego*, Prok. i Pr. 2016, nr 5, s. 30.

<sup>15</sup> R. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red), Warszawa 2017, komentarz do art. 165a k.k., teza 1., s. 1016 [w] <[https://www.ksiegarnia.beck.pl/media/product\\_custom\\_files/1/5/15740-kodeks-karny-komentarz-ryszard-a-stefanski-fragment.pdf](https://www.ksiegarnia.beck.pl/media/product_custom_files/1/5/15740-kodeks-karny-komentarz-ryszard-a-stefanski-fragment.pdf)>, zob. ocenę: K. Wiak, *Kryminalizacja finansowania terroryzmu w polskim prawie karnym*, „Palestra” 2010, nr 7–8, s. 60–61.

<sup>16</sup> M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz*, M. Mozgawa (red), Warszawa 2015, s. 347. W rzeczywistości ze względu na bezskutkowy charakter przestępstwa z art. 165a k.k. nie będzie możliwe czytelne określenie, jakie dobro będzie naruszone. Czy za przekazane środki będzie zorganizowany zamach, czy nastąpi ich konsumpcja przez członków komórki terrorystycznych, czy posłuży jako korzyść majątkowa dla urzędnika sprzyjającego terrorystom, czy też jako odszkodowanie dla rodziny bojownika, który był wykonawcą zamachu. W tym zakresie mieści się szereg naruszeń godzących w różne dobra prawem chronione.

(rodzajowy przedmiot ochrony). Jak również z tego, że przestępstwo finansowania terroryzmu stanowi przestępstwo okołoterrorystyczne, stanowiące forpocztę (przedpole) dla zagrożenia samymi działaniami terrorystycznymi godzącymi w bezpieczeństwo powszechne (które może w sobie mieścić także takie kategorie jak bezpieczeństwo publiczne, gospodarcze, militarne itp.). W drugim przypadku zaś przedstawioną formułę „dobra prawnego” należałoby odnieść, w związku ze zmianą treści § 1, także do innych enumeratywnie wymienionych przestępstw, gdy posiadają one kontekst terrorystyczny (nie zaś terroru kryminalnego). K. Wiak stwierdza, że dobrem chronionym przestępstwa z art. 165a k.k. jest bezpieczeństwo powszechne, zagrożone terroryzmem, a dokładniej – możliwością zrealizowania czynu zabronionego zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, w jednym z celów określonych w art. 115 § 20 k.k.<sup>17</sup> Jednocześnie w zakresie dobra chronionego należałoby odnieść się także do zapisów zawartych w IV D AML/CFT, gdzie stwierdza się, że: celem niniejszej dyrektywy jest zapobieganie wykorzystywaniu unijnego systemu finansowego do prania pieniędzy i finansowania terroryzmu (art. 1 ust 1). Przepływy pieniędzy pochodzących z nielegalnych źródeł mogą szkodzić integralności, stabilności i wiarygodności sektora finansowego oraz stanowić zagrożenie dla rynku wewnętrznego Unii, jak również rozwoju międzynarodowego (Preambuła pkt 1). Jednocześnie wskazano, że działania przestępców i ich współników podejmowane w celu ukrycia pochodzenia dochodów z przestępstwa lub przeznaczenia pieniędzy pochodzących z legalnych lub nielegalnych źródeł na cele terrorystyczne mogą stanowić poważne zagrożenie dla solidności, integralności i stabilności instytucji kredytowych i finansowych oraz dla zaufania do całego systemu finansowego. Ponadto w dyrektywie wskazano na potrzebę poddania ochronie społeczeństwa przed przestępczością oraz zwrócono uwagę na ochronę stabilności i integralności unijnego systemu finansowego (Preambuła pkt 2)<sup>18</sup>.

Oprócz wskazanych należałoby także zauważyć potrzebę ochrony dobra prawnego w postaci „systemu finansowego” wykorzystywanego do finansowania terroryzmu (ochrona bezpieczeństwa obrotu finansowego)<sup>19</sup>. Rzecz tę należałoby wywnioskować także z preambuły do IV Dyrektywy AML/CFT i z najszerszego funkcjonującego systemu przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu, jaki został oparty o jednostkę analityki finansowej oraz instytucje obowiązane. Innymi kategoriami dóbr prawnych

<sup>17</sup> K. Wiak, *Kryminalizacja finansowania terroryzmu w polskim prawie karnym*, „Palestra” 2010, nr 7–8, s. 62.

<sup>18</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r.

<sup>19</sup> Zob. uwagi: M.A. Kędziński, *Penalizacja finansowania terroryzmu w art. 165 a kodeksu karnego*, „Problemy Współczesnej Kryminalistyki”, Warszawa 2015, s. 120–121.

możliwymi (pośrednio) do naruszenia będą: bezpieczeństwo obrotu gospodarczego, gwarancje bezpiecznego obrotu nieruchomościami<sup>20</sup>. Jednocześnie ze względu na odwołanie się w § 4 do § 1 i 2 możliwe jest przyjęcie tożsamyh lub odmiennych „dóbr chronionych”, których naruszenie sankcjonuje odrębnie art. 165a k.k. w § 1 i w § 2<sup>21</sup>. Ale także należałoby wskazać na zindywidualizowane dobro np. instytucji obowiązanej, której wykorzystanie do przekazania środków na rzecz sfinansowania przestępstw terrorystycznych stawia ją w pozycji poszkodowanego (naruszenie dobrego imienia, reputacji, niekiedy poniesionej straty finansowej). W konsekwencji może dojść do sytuacji, gdy z jednej strony zaatakowane zostanie dobro prawne ogólniejszej natury, a z drugiej – określone w zbiegającym się przepisie jednostkowe dobro osoby fizycznej lub poszczególnej instytucji<sup>22</sup>. W konsekwencji, jak zauważają D. Kucyper i D. Kwiatkowski: w przypadku braku jasnego określenia dobra prawnego nie mamy również pewności co do reguł postępowania, które obowiązują, a są niezbędne do przypisania nieumyślności<sup>23</sup>. Wydaje się, że nawet w przypadku nieumyślnego działania sprawcy nie należałoby mówić tyle o niejasnym określeniu dobra prawnego, ale raczej o przyjęciu „wielofaktorowego” ukształtowania tego dobra prawnego przy penalizacji finansowania terroryzmu. Takie podejście jest konsekwencją złożoności zjawiska finansowania terroryzmu i naruszania „dóbr” przez zachowanie sprawcy zarówno „dóbr generalnych” (rodzajowych), np. bezpieczeństwa powszechnego, jak i „dóbr cząstkowych” (indywidualnych) związanych z okolicznościami i wyborem działania dokonywanym przez sprawcę zarówno działających w zamiarze dokonania przestępstwa, jak i w sposób nieumyślny. Wszystkie te dobra są istotną wartością społeczną, których ochrona jest zadaniem prawa karnego<sup>24</sup>. W konsekwencji następuje też różnicowanie i większy zakres reguł ostrożnościowych. Nie jest to jednakże rozwiązanie komfortowe dla osób narażających się na możliwość bycia sprawcą przestępstwa z art. 165a § 4 k.k.

<sup>20</sup> Jednocześnie można byłoby rozważyć naruszenie dobra w postaci „powagi mediów społecznościowych”.

<sup>21</sup> Zob. rozważania na temat dobra chronionego art. 165a k.k.: M. Marciniak, *Geneza wprowadzenia, przedmiot ochrony oraz podmiot przestępstwa sfinansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym* (art. 165a k.k.), cz. I, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2018, nr 1, s. 31–33.

<sup>22</sup> Zob. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2003 r., I KZP 29/03 wraz z przywołaną literaturą.

<sup>23</sup> D. Kucyper, D. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 24.

<sup>24</sup> M. Cieślak, *Polskie prawo karne – zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1994, s. 254.

### ***3. Okoliczności wymagające stosowania reguł ostrożnościowych***

Jeżeli chodzi o okoliczności, w jakich należałoby być ostrożnym, to z pewnością będzie to wektorowy efekt wynikający z kilku wpływających na nie elementów kształtujących. W tym z czynników kształtujących samą czynność sprawczą, tj. gromadzenia, oferowania, przekazywania, udostępniania [wykonanej w drodze bezumownego fizycznego ich zrealizowania, z podpisanej umowy, darowizny, zbiórki publicznej (anonimowo)]. Ale także z czynnika przedmiotu tych czynności, tj. środków płatniczych, instrumentów finansowych, papierów wartościowych, wartości dewizowych, praw majątkowych lub innego mienia ruchomego lub nieruchomości (prawnie i ściśle uregulowanych sposobów dysponowania takimi aktywami). Zważając również na uregulowania zawarte w ustawie z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu<sup>25</sup> (dalej zwana „ustawą o p.p.p.f.t.”), należałoby mieć również na uwadze waluty wirtualne w konfiguracji zawartej w art. 2 ust 1 pkt 12 ustawy o p.p.p.f.t. Obrót takimi „przedmiotami” regulowany jest przede wszystkim z zachowaniem reguł formalnych mających zapewnić bezpieczeństwo obrotu finansowego, bankowego czy gospodarczego odpowiednio dla stron, kontrahentów, instytucji pośrednictwa i rozliczeniowych. Ponadto w grę będą wchodziły także obciążenia podatkowe, co wymusza stworzenie formalnych podstaw do naliczenia podstawy opodatkowania na potrzeby wyliczenia i uiszczenia podatku czy opłaty administracyjnej. Stąd też do budowania reguł ostrożnościowych, w sposób subsydiarny, mogą posłużyć także reguły wynikające z obrotu cywilno-prawnego, bezpieczeństwa finansowego, ochrony konsumenckiej czy prawa fiskalnego, bankowego, wytycznych organów nadzorczych (np. UKNF). W takiej sytuacji okoliczności nie muszą dotyczyć wyłącznie sytuacji podmiot – instytucja obowiązana, czy też instytucja – instytucja (działając w imieniu podmiotu), ale mogą również dotyczyć relacji podmiot – podmiot (np. gdy jedna i druga strona jest klientem instytucji obowiązanej), ze względu na swobodę kształtowania stosunków prawnych, finansowych czy gospodarczych. Ta powszechność obrotu i możliwość stosowania reguł ostrożnościowych pozostaje adekwatna wobec powszechności ochrony „dobra” w systemie prawa cywilnego, administracyjnego, podatkowego, gospodarczego, finansowego. Co staje się, gdy ustawodawca może (nawet pośrednio) powiązać tę powszechność z formułą nieświadomego nieumyślnego przestępstwa. Na ten aspekt wskazują D. Kucyper i D. Kwiatkowski, stwierdzając, że „nie ma [...] podstaw, aby

<sup>25</sup> Dz.U. z 2020 r. poz. 971, 1086, 2320; Dz.U. z 2021 r. poz. 187.

w przypadku przestępstw finansowania terroryzmu wprowadzać typy nieumyślne. Nie koreluje to z ogólną systematyką kodeksową (typowym pomocnictwem). Dodatkowo nie ma określonych reguł postępowania z dobrem prawnym, gdyż samo dobro prawne w tym przypadku jest dyskusyjne, natomiast obrót mieniem jest powszechnym zjawiskiem i dotyczy niemal każdego, przez co regulacja ta jest bardzo niebezpieczna. Z powyższego wynika więc, że wprowadzenie typów nieumyślnych finansowania terroryzmu należy ocenić jednoznacznie negatywnie<sup>26</sup>.

W przypadku art. 165a k.k. nie jest konieczne wystąpienie skutku w postaci popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub innego przestępstwa enumeratywnie wymienionego w § 1. Podobnie artykuł 9 § 2 k.k. niczego nie stanowi o spowodowaniu skutku, jednakże przepis ten określa przesłanki uadekwatniające treść normy sankcjonującej dla wszystkich typów nieumyślnego czynu zabronionego pod groźbą kary, w tym także przestępstw formalnych<sup>27</sup>. W uzasadnieniu do treści art. 9 § 2 k.k. wskazano, że: „zgodnie z wymaganiami współczesnej doktryny prawa karnego podstawowe znaczenie dla przyjęcia nieumyślności ma niezachowanie przez sprawcę ostrożności. Reguły (zasady, normy) ostrożności są wypracowane, w zależności od rodzaju ludzkiej aktywności (np. zawodowej), odnośnie do określonych dóbr prawnych i dotyczyć mogą kwalifikacji działającej osoby, użytego w działaniu narzędzia lub sposobu realizowania zamierzonej czynności. Reguły te są dostosowane do warunków, w których określona czynność ma być podjęta. Nie przekreśla to możliwości ustalenia naruszenia ostrożności przez stworzenie takich warunków, w których dokonanie danej czynności jest dla chronionego dobra niebezpieczne. Specyficzne reguły ostrożności, których niezachowanie stanowić może podstawę przyjęcia karanej nieumyślności, mogą dotyczyć także zasad współpracy w zespole i zasad kierowania pracą zespołową<sup>28</sup>. Przedmiotową kwestię można byłoby rozważać z punktu widzenia funkcjonowania komórek AML/CFT w instytucjach obowiązanych oraz realizowania obowiązków obciążających tzw. oficera AML (ang. AML Compliance Officer, AMLCO)<sup>29</sup>.

Podstawowymi cechami reguł ostrożnościowych jest to, że: sprawca musi posiadać odpowiednie kwalifikacje do przeprowadzenia czynności

<sup>26</sup> D. Kucyper, D. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 25.

<sup>27</sup> D. Kucyper, D. Kwiatkowski, *op. cit.*, s. 32.

<sup>28</sup> Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniem, Warszawa 1997, s. 121 [w] S. Łagodziński, *Przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka (art. 155 k.k.). Rozważania teoretyczne i praktyka ścigania*, Prok. i Pr. 2014, 7–8, s. 63.

<sup>29</sup> Art. 8 ustawy o p.p.p.f.t. K.J. Palka proponuje uchylenie przepisu penalizacji przestępstw umyślnych z art. 165a k.k. i wprowadzenie nieumyślnego przestępstwa indywidualnego, którego sprawcą mogłaby być osoba odpowiedzialna za przeciwdziałanie finansowania terroryzmu na mocy ustawy o p.p.p.f.t. [w] K.J. Palka, *op. cit.*, s. 66.



będącej w związku z narażonym na potencjalne niebezpieczeństwo dobrem (prawnie chronionym). Czynność ma zostać przeprowadzona przy użyciu odpowiedniego dla jej wykonania narzędzia lub też czynność ma być przeprowadzona w odpowiedni sposób, tj. taki, który nie powoduje zwiększonego ryzyka dla dobra chronionego prawem ponad dopuszczalną miarę ze względu na istotny społecznie sens podejmowanej czynności<sup>30</sup>.

Jak wskazano, reguły ostrożnościowe mogą być także budowane na zasadach odwołania się do jakiegoś przyjętego w przestrzeni prawnej wzorca lub do reguł współżycia społecznego (wzór zachowania się i stosowania się). W tym zakresie pomocnymi wzorcami stają się dość ogólne modele „dobrego gospodarza”, czy „przeciętnego obywatela”. Tu także należałoby zwrócić uwagę na stanowisko reprezentowane przez O. Górniok w zakresie nieświadomej nieumyślności. Stwierdza ona, że możliwość i powinność przewidywania należy oceniać w odniesieniu do konkretnego sprawcy, ale w nawiązaniu do możliwości tzw. modelowego obywatela, na co wskazuje znajomość powinności przewidywania<sup>31</sup>. Należy przy tym przytoczyć także stanowisko, jakie prezentuje A. Golonka, która stwierdza, że: „zważywszy na fakt, że wspomniany przepis (dotyczy art. 165a k.k.) statuuje przestępstwo powszechne, wątpliwe wydaje się skorzystanie w tej mierze z zapisów przewidzianych w ustawie o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu z 1 marca 2018 r. (ustawa o p.p.p.f.t.), które zresztą nie przewidują precyzyjnie kryteriów oceny ryzyka. Tym bardziej więc nieuzasadnione wydaje się oczekiwanie, by «modelowy obywatel», który to wzorzec można odnieść do przewidywania bądź możliwości przewidzenia, znał inne regulacje, w szczególności takie, jak Wspólne Wytyczne wydane na podstawie art. 17 i 18 ust. 4 dyrektywy (UE) 2015/849 w sprawie uproszczonych i wzmoczonych środków należytej staranności wobec klientów oraz czynników, które instytucje finansowe powinny uwzględnić podczas oceny ryzyka prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu w powiązaniu z indywidualnymi stosunkami gospodarczymi i transakcjami sporadycznymi” z 4 stycznia 2018 r. Nie są to bowiem reguły ostrożnego postępowania stosowane powszechnie w obrocie finansowym, przez co także i trudno oczekiwać ich dochowania od przeciętnego obywatela”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Zob. J. Giezek [w] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2012, s. 137.

<sup>31</sup> O. Górniok [w] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*, t. 2, Gdańsk 2005, s. 418–419. Wydaje się, że w tym przypadku sprawcą może być „obywatel” uznanego międzynarodowo państwa, ale także obywatel „państwa nieuznanego”, np. ISIS Islamskie Państwo w Iraku i Lewancie (czyli w rzeczywistości nie obywatel), czy bezpaństwowiec.

<sup>32</sup> A. Golonka, *Terroryzm i jego finansowanie...*, op. cit., s. 61.

W prezentowanym przypadku, sprowadzającym się do zapisów ustawy o p.p.p.f.t., wydaje się, że należałoby raczej mówić o „modelowym kliencie” czy „modelowym beneficjencie rzeczywistym”<sup>33</sup> lub też z innej strony „modelowym AMLCO” i w takim zakresie regulacje te można byłoby sprowadzić do relacji tych podmiotów personalnych z instytucjami obowiązującymi. Choć w przypadku „modelowego AMLCO” trudno byłoby mówić o nieumyślnym popełnieniu przestępstwa z art. 165a k.k., ze względu na potrzebę legitymowania się znaczącą wiedzą celem spełnienia kryteriów formalnych i merytorycznych pracy na tym stanowisku. Nie wypełnia to jednak całego obszaru kryminalizacji finansowania terroryzmu, zwłaszcza gdy relacje przestępcze nie zachodzą za pośrednictwem instytucji obowiązanych. Zauważalny staje się w takim przypadku dylemat, czy wzorzec odnosi się do rozwiązań generalnych, czy też można go minimalizować wyłącznie na potrzeby przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu oscylujące wokół systemów dyrektywnych. Wydaje się, że niezwykle trudno jest formułować tego typu wzorce dla przestępczości terrorystycznej, w tym celem finansowego wsparcia oferowanego dla tej metody działań politycznych sprzecznej z prawem. Jednocześnie powiązanie zaimka „kto” z § 1 z zapisem § 4 art. 165a k.k. nie pozostawia wątpliwości, że sprawcą może być każdy (przestępstwo powszechne), który wypełni znamiona tego przestępstwa.

W zakresie budowania ostrożnościowych reguł nieumyślnego finansowania terroryzmu można zaproponować także wzorzec: „prawego człowieka”, czy też „przykładnego muzułmanina” (którego nie należałoby mylić z fundamentalistą muzułmańskim<sup>34</sup>). Jeżeli chodzi o wzorzec „dobrego gospodarza”, należałoby go odnosić do obowiązujących w obrocie gospodarczym zasad postępowania, określanych mianem zasad dobrego gospodarowania, czy chroniących obrót gospodarczy (kontrahentów) w gospodarce wolnorynkowej<sup>35</sup>. Wzorzec „przeciętnego obywatela” jest raczej odległy i nieadekwatny do przedstawianych tu rozważań prawnych oraz bardziej koncentrujący się na kwestiach statystycznych lub ocenie pejoratywnej<sup>36</sup>. Dlatego też możliwy jest do zaproponowania wzór „prawego człowieka”, który należałoby upatrywać zarówno w sferze istotowości państwa prawnego i istotowości społeczeństwa obywatelskiego<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Niestety w jednym, jak i w drugim przypadku definicje klienta czy beneficjenta rzeczywistego stale ulegają zmianie.

<sup>34</sup> W szczególności w zakresie upolitycznienia religii na potrzeby realizacji, motywacji i usprawiedliwienia działań terrorystycznych.

<sup>35</sup> Zob.: uzasadnienie do wyroku w sprawie II AKa 28/12 – Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, pod red. A. Zolla, Kraków 2006, s. 543.

<sup>36</sup> Słownik języka polskiego wskazuje, że słowo „przeciętny” należy rozumieć jako: 1. będący wynikiem podzielenia sumy pewnych składników przez ich liczbę; 2. zwykły, typowy; 3. słaby, polspolity [w] <<https://sjp.pwn.pl/slowniki/przecietny.html>> [dostęp: 02.02.2021 r.].

<sup>37</sup> Szerzej: P. Depczyńska, *Partycypacja polityczna jako ós kształtowania się społeczeństwa*

Wzór „prawego człowieka” oznacza działanie (postępowanie) na podstawie i w granicach prawa państwowego (obywatela danego państwa), wiążących przepisów prawa międzynarodowego, a także przestrzeganie praw społecznych adekwatnych do racjonalnego i prawego budowania społeczeństwa obywatelskiego (członka i aktywnego uczestnika społeczeństwa obywatelskiego). Zarówno jeden, jak i drugi obszar – państwa i społeczeństwa obywatelskiego może być naznaczony i narażony (niezależnie lub łącznie) sprawstwem nieumyślnego popełnienia czynu finansowania terroryzmu. Może on odnosić się zarówno do „powinności”, jak i „możliwości”, tym samym spełniony zostaje warunek zarówno abstrakcyjności, jak i obiektywności. Niemniej trudno jest wykreować niniejszy wzorzec ze względu na występujące niedoskonałości przepisów prawnych, budowanie ich na kompromisach (zwłaszcza w skali międzynarodowej), czy różnych jego interpretacjach.

Jeżeli chodzi o kwestie związane ze wzorcem „przykładnego muzułmanina”, to przede wszystkim chodzi tu o postępowanie zgodne z nakazami Koranu i zawartymi w nim obowiązkami (obiektywność wyznaniowa). Jednym z najbardziej kojarzonych instrumentów finansujących, na który powołują się ugrupowania terrorystyczne, jest instrument związany z dzieleniem się bogatszych z biedniejszymi członkami społeczności muzułmańskiej, którym jest zakat. Z czego można wskazać tu na zakat, który stanowi jałmużnę obowiązkową dla każdego wyznawcy islamu posiadającego majątek, w przeciwieństwie do *sadaqah* – ofiary dobrowolnej. *Zakat* jest także najczęściej kojarzonym instrumentem islamskim (społeczności islamskiej) wspierającym aktywność terrorystyczną. Przekazywanie środków z zakatu powinno być dokonywane jednak w celu ściśle określonym przez *Koran*<sup>38</sup>. Ponadto zakat wiąże się w islamie z koncepcją oczyszczenia. Jest to więc również swoista forma podziękowania Bogu za bogactwa, jakie pozwolił człowiekowi zgromadzić. Nadinterpretacja, czy też świadoma zła interpretacja zachowania w ramach zakat stanowiącego III filar wiary muzułmańskiej, doprowadziła do kojarzenia tej powinności z finansowaniem działań terrorystycznych i wykorzystaniem tego filaru wiary do przekazywania środków na rzecz „bojowników muzułmańskich (terrorystycznych)”. W szczególności gdy powinność ta jest realizowana anonimowo. *Zakat* pobierany jest bądź przez odpowiednie organy państwowe (w przypadku państw muzułmańskich), bądź przez specjalnie utworzone w tym

---

obywatelskiego i wzorców obywatelskości, Acta Universitatis Nicolai Copernici, Pedagogika XXXVI/2/2018, Nauki Humanistyczno-Społeczne, Zeszyt 446, s. 106 i n.

<sup>38</sup> Jałmużny są tylko dla ubogich i biedaków, i tych, którzy przy nich pracują, i dla tych, których serca zostały pozyskane, i na wykup niewolników, i dla dłużników, i dla Boga, i dla podróznego. To jest obowiązek nałożony przez Boga [w] *Koran*, IX, 60.

celu agencje (tworzone przede wszystkim wśród społeczności muzułmańskich żyjących poza krajami muzułmańskimi)<sup>39</sup>. Regulacje zakat pozostają na tyle czytelne, iż stosujący się do nich nie powinni być traktowani jako osoby finansujące terroryzm, jeżeli działają zgodnie z Koranem. Mimo to dochodzi do nadużyć, co oznacza, że na podstawie kanonów religijnych potrzebne jest wykreowanie reguł ostrożnościowych, takich, których przekroczenie uznane będzie jako nie stosowanie, ale nadużywanie zakat do celów wsparcia terroryzmu.

W celu pozyskiwania środków na cele terrorystyczne decydenci jako uzasadnienie podają następujące podstawy: *Al-Jihad fi Sabilillah* (po prostu walcz w imię Allaha „Drogi dla Boga”), *Istishbad* (operacyjny heroizm kochania śmierci bardziej niż życia miłosnego na Zachodzie) i *Shahed* (stanie się męczennikiem)<sup>40</sup>. Jak można zauważyć, psychiczne rozstrzygnięcia sprawcy czynu, mogą być obciążone dużym dylematem o charakterze etyczno-religijnym. W takich „okolicznościach” trudnym zadaniem staje się budowanie reguł ostrożnościowych mających charakter obiektywny, a nie nacechowanych indywidualną czy skrajną interpretacją o charakterze religijnym. Nie wydaje się, aby innego rodzaju reguły ostrożnościowe obowiązywały klienta – muzułmanina w bankowości islamskiej czy europejskiej. Raczej powinny one dotyczyć, niezależnie od modeli usług oferowanych przez instytucje obowiązane, praktykowania zasad uczciwego działania i przykładanego muzułmanina.

#### 4. Podmioty kreujące reguły ostrożnościowe

Należałoby także zwrócić uwagę na kwestię poszukiwania „decydentów” i „obszaru kreowania” reguł ostrożnościowych (jako inicjatorów treści dyspozytywnej reguły/normy ostrożnościowej). Jak zauważa, zadając pytanie S. Łagodziński, „gdzie w takiej sytuacji<sup>41</sup> praktyka ścigania karnego ma poszukiwać owych reguł ostrożności, które nie zostały opracowane? Czy tworząc samodzielnie takie reguły ostrożności na podstawie własnego doświadczenia życiowego, praktyka (sędzia lub prokurator) nie przejmie funkcji stanowienia prawa przynależnej władzy ustawodawczej. Wszak to sędzia lub prokurator będzie określał to, co jest nieostrożne, i wyznaczał

<sup>39</sup> K. Sadowa, *Zakat – podatek czy jałmużna? Doktrynalne podstawy zakat i współczesne funkcjonowanie instytucji – zarys tematyki*, s. 126 [w] <[https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/65064/PDF/009\\_Sadowa\\_Katarzyna\\_Zakat\\_podatek\\_czy\\_jalmuzna\\_Doktrynalne\\_podstawy\\_zakat.pdf](https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/65064/PDF/009_Sadowa_Katarzyna_Zakat_podatek_czy_jalmuzna_Doktrynalne_podstawy_zakat.pdf)>

<sup>40</sup> R. Torok, *Al-Jihad Fi Sabilillah: in the Heart of Green Birds*, 3rd Australian Counter Terrorism Conference, Novotel Langley Hotel, Perth, Western Australia, 3rd–5th December, 2012, s. 37.

<sup>41</sup> Chodzi o kwestię rozważań na temat przestępstw z winy kombinowanej. S. Łagodziński, *op. cit.*, s. 65.

zakres penalizacji<sup>42</sup>. W tej kwestii należałoby jednak zgodzić się z krytycznym stanowiskiem prezentowanym przez M. Małeckiego, który wskazuje, że: „zadaniem organu stosującego prawo jest stwierdzenie (określenie), czy badane zachowanie polegało na niezachowaniu ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Czynność organu procesowego, sprowadzająca się do stwierdzenia (określenia), czy zachowanie było nieostrożne, nie polega na tworzeniu reguły ostrożności, lecz jedynie opiera się na już wcześniej stworzonej i obowiązującej w momencie czynu regule ostrożności<sup>43</sup>. Istotne jest więc, aby już w chwili czynu takie reguły występowały, co wydaje się, powinno pozwolić na zastanowienie się potencjalnemu sprawcy, czy podejmować ryzyko określonego działania w danych okolicznościach. Ale także czy nie podnieść poziomu bezpieczeństwa w celu niedoprowadzenia do możliwości popełnienia tego czynu albo możliwości jego przewidzenia (zwiększenie przewidywalności). Niewskazana jest natomiast sytuacja, w której zachowanie danej osoby byłoby niedopuszczalne, ale brak normy powoduje u decydenta inicjatywę *ex post* jej konstruowania. W takiej sytuacji zachowanie „konstruktora” należałoby uznać za eksces sytuacyjny bez mocy prawnej. Niemniej dana sytuacja może, nawet w najkrótszym terminie, być przyczynkiem do podjęcia ochrony dobra prawnego i przygotowania reguł ostrożnościowych. Mimo to należy zauważyć, iż nadal pozostaje trudny do wskazania „ośrodek decyzyjny” (z wyłączeniem ustawodawcy, który jest nim z założenia) w zakresie, którego można byłoby typować kompetencje odnośnie do ustalenia określonych reguł ostrożnościowych w przypadku nieumyślnego finansowania terroryzmu. „Decydent” pozostaje na tyle ważnym, że obszary pozyskiwania zwolenników terroryzmu, w tym także nieświadomionego inwestowania środków finansowych czy rzeczowych, szybko się rozprzestrzeniają. Ponadto „decydent” powinien chcieć zauważyć przekroczenie granicy dozwolonego ryzyka i chcieć zareagować, uniemożliwiając na przyszłość wystąpienie podobnych sytuacji (bądź też wcześniej przygotować się na potencjalne zagrożenia). Ma to związek zarówno z rozwojem nowych technologii, oferowaniem nowych usług i produktów komercyjnych, budowaniem szerokiego społeczeństwa obywatelskiego w oparciu o *social media*, jak i stałym doskonaleniem i zmiennością w czasie taktyki socjotechnicznej terrorystów w celu pozyskiwania środków na swoją działalność w obszarze „legalności” działań.

Usługi finansowania społecznościowego umożliwiają użytkownikom finansowanie projektów, przedsięwzięć lub działań w ramach ograniczonego systemu poprzez zbieranie niewielkich kwot pieniędzy od wielu osób.

<sup>42</sup> S. Łagodziński, *Przestępstwo nieumyślnego spowodowania śmierci człowieka*, op. cit., s. 65.

<sup>43</sup> M. Małecki, *Nieostrożność*, op. cit., s. 33.

Typowe usługi finansowania społecznościowego obejmują GoFundme.com, Youcaring.com i Kickstarter.com<sup>44</sup>. Luki w zabezpieczeniach związane z usługami mediów społecznościowych to anonimowość (np. dokonywanie anonimowych darowizn w witrynach crowdfundingowych), dostęp do szerszego zakresu i liczby potencjalnych sponsorów lub sympatyków oraz względna łatwość, z jaką niektóre usługi mediów społecznościowych mogą być zintegrowane z metodami i usługami płatności. Zauważone zachowania ze strony inspiratorów to: wezwania do finansowania i/lub do początkowego zarzucenia sieci potencjalnych sympatyków w celu wspierania grup terrorystycznych, pojedynczych terrorystów lub członków rodzin terrorystów, czy promowanie kampanii na rzecz organizacji darowizn<sup>45</sup>.

Należy zauważyć, że już główny schemat systemu przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu został zbudowany na podstawie partnerstwa publiczno-prywatnego (na podstawie ustawy o p.p.p.f.t.). W kolejnych okresach, w związku z rozwojem technologii przekazu (informacji, środków finansowych) w obszarze inwestycji prywatnych, należy liczyć się z tym, że dla skutecznego budowania reguł ostrożnościowych (wzorców funkcjonowania) zaangażowanie tych ośrodków znacznie wzrośnie. Dlatego też uwzględniając niniejsze zmiany społeczne, coraz częściej uplasowane tam „ośrodki decydenckie” powinny sobie zdawać sprawę z tego, że dla „bezpieczeństwa powszechnego” muszą także tworzyć i uwzględniać zgodnie z tym wzorcem reguły ostrożnościowe. Mimo że nie posiadają statusu bycia instytucją obowiązaną. Podobnie nie mając publicznych organów nadzorczych<sup>46</sup>, a jedynie wewnętrznych decydentów określających reguły bezpiecznego postępowania przez użytkowników. W szczególności dotyczy to obszarów nadużywania usług mediów społecznościowych na rzecz finansowania terroryzmu. Dodatkowo w takich przypadkach rolę kreatora reguł ostrożnościowych mogą odgrywać niektóre instytucje obowiązane, np. banki prowadzące rozliczenia transakcji/środków pozyskiwanych w ramach mediów społecznościowych za pośrednictwem stosowania środków bezpieczeństwa finansowego i analizy ryzyka klienta. Dotyczy to jednak wyłącznie obszaru zdefiniowanego w ustawie o p.p.p.f.t. Specyfika przestępstwa finansowania terroryzmu powoduje to, że sprawcy głównie korzystają z usług uplasowanych poza formalno-kontrolnym obszarem transferowania aktywów. Niemniej ustawodawca powinien monitorować i przypatrywać się na

<sup>44</sup> Raport: Social media and terrorism financing, A joint project by Asia/Pacific Group on Money Laundering & Middle East and North Africa Financial Action Task Force, Australia January 2019, teza 18, s. 6.

<sup>45</sup> *Ibidem*, teza 24–25, s. 8.

<sup>46</sup> Rolę działań „nadzorczych” wypełniają w takich okolicznościach organy ścigania i podobne agencje, np. odpowiedzialne za naruszanie praw autorskich.



bieżąco tym obszarom, które generują narażenie dobra prawnego przez sprawców nieumyślnego finansowania terroryzmu, czy, a jeśli tak, w jakim zakresie społeczni decydenci starają się budować normy ostrożnościowe. Wszak to ten ustawodawca ustanowił przestępstwo nieumyślnego finansowania terroryzmu, co w efekcie obarcza go potrzebą wykonywania takiego zadania. W konsekwencji powinien reagować, czy wymaga ona poszerzenia zakresu penalizacji w przypadku pozytywnej oceny potrzeby ochrony „bezpieczeństwa powszechnego” i innego rodzaju „dobra”.

Generalnie – finansowanie terroryzmu – zostało określone jako negatywne zjawisko we współczesnym świecie, przybierające postać przestępstwa, a stanowisko takich organizacji jak Organizacja Narodów Zjednoczonych, FATF<sup>47</sup> czy Unia Europejska jest jednoznaczne w zakresie jego potępienia. Stąd też od takich organów i instytucji płyną wskazówki co do konstruowania reguł ostrożnościowych. Występuje także powszechność karalności zachowania określanego jako finansowanie terroryzmu. Wskazane podmioty także kreują generalne zasady i reguły ostrożnościowe w tym zakresie. Niemniej, to kto dla jednych jest przestępcą, dla drugich stanie się wzorcem cnót i bohaterem. W takim przypadku wydaje się, że możliwe jest zaprzeczenie występowania jakiegoś jednego ośrodka mającego monopol na budowanie reguł ostrożnościowych w przypadku nieumyślnego finansowania terroryzmu. A ponadto istnieje możliwość zbudowania reguł – generalnych (uniwersalnych), które będą dotyczyły wszystkich sprawców takiego penalizowanego zachowania. Ale także reguł bardziej „lokalnych”, „środowiskowych”, czy indywidualnych, które będą związane z instrumentami wykorzystywanymi na potrzeby finansowania działań terrorystycznych<sup>48</sup>. Te drugie będą istotne z punktu widzenia stanu faktycznego nieumyślnego sprawcy. Dla przykładu będzie tu można wymienić: administratora forów społecznościowych, właściciela platformy wymiany walut wirtualnych itp. Ten sposób rozumowania działań terrorystycznych i ich wsparcia logistyczno-finansowego jest szczególnie eksponowany w terroryzmie islamskim.

Najbardziej niebezpiecznym i narażonym na brak reguł ostrożnościowych jest obszar określany jako „*dark social*” czy „*dark net*”. Są to najczęściej platformy społecznościowe inspirowane lub zarządzane przez np. osoby powiązane bezpośrednio z terroryzmem lub radykalnymi ugrupowaniami. Różne grupy docelowe są adresowane poprzez szeroko rozgałęzioną sieć ofert i wciągane w alternatywny świat online. Gdy pojawiają się nowe

<sup>47</sup> The Financial Action Task Force (Grupa Specjalna ds. Przeciwdziałania Praniu Pieniędzy).

<sup>48</sup> Dla przykładu mogą być one wykreowane ze Scenariuszy ryzyka finansowania terroryzmu, stanowiących aneks do Krajowej Oceny Ryzyka przygotowanej przez Generalnego Inspektora Informacji Finansowej w 2019 r. [w] <file:///C:/Users/HP/Downloads/ANEKS%20NR%203%20Scenariusze%20ryzyka%20finansowania%20terroryzmu%20(5).pdf>



platformy, są w tym celu natychmiast wykorzystywane. Ponadto można zarobić pieniądze – na przykład poprzez reklamę na YouTube, apele o datki lub crowdfunding. Coraz ważniejszy staje się dark social, czyli niedostępne szerokiej publiczności miejsca w sieci, gdzie użytkownicy mogą wymieniać się informacjami<sup>49</sup>.

Można by zastanowić się, czy mimo że sprawcą jest osoba (człowiek), nie należałoby zaproponować podziału „wzorców” budujących reguły ostrożnościowe na personalne (np. wzorowy obywatel, muzułmanin) i materialne (czyli sformalizowane w postaci reguł, schematów, zapisów, które dotyczą zachowań osób w danych okolicznościach).

### *5. Praktyczne umiejscowienie reguł ostrożnościowych przy nieumyślnym finansowaniu terroryzmu*

Zachowanie reguł ostrożności oznacza, że czyn mieści się w ramach zachowań społecznie akceptowanych. Kodeks karny wymaga dla przyjęcia nieumyślności, aby czyn był popełniony na skutek niezachowania ostrożności. Nie każde bowiem naruszenie reguły ostrożności pozwala na przypisanie sprawcy tego naruszenia popełnienie czynu zabronionego, a w szczególności spowodowanie określonego w ustawie skutku. Podstawą przypisania skutku będzie naruszenie tej reguły postępowania, która miała chronić przed wystąpieniem danego skutku właśnie na tej drodze, na której on w rzeczywistości wystąpił<sup>50</sup>. Przy czym należy podkreślić, że samo przestępstwo finansowania terroryzmu jest przestępstwem bezskutkowym, formalnym. Nie jest konieczne wystąpienie skutku w postaci popełnienia przestępstwa o charakterze terrorystycznym lub enumeratywnie wymienionego, gdyż przepis ten wyłącznie dookreśla treść zamiaru sprawcy<sup>51</sup>. Przedmiotowe przestępstwo jest dokonane już w momencie realizacji znamion danego typu czynu zabronionego. Przy analizie tego zapisu należy natomiast zauważyć, że muszą wystąpić określonego rodzaju okoliczności. A jak wskazuje w swojej ocenie W. Mąciór, typy nieumyślne powinny być konstruowane jedynie do przestępstw skutkowych<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> K.A. Scholz, *Jak internet promuje skrajnie prawicowy terroryzm* [w] <<https://www.dw.com/pl/jak-internet-promuje-skrajnie-prawicowy-terroryzm/a-52477394>> [dostęp: 01.02.2021 r.].

<sup>50</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy Kodeks karny, s. 121. Ponadto sama Międzynarodowa Konwencja o zwalczaniu finansowania terroryzmu ONZ stwierdza, że: „Faktyczne wykorzystanie funduszy do dokonania przestępstwa [terrorystycznego] nie jest warunkiem uznania tego czynu za przestępstwo”.

<sup>51</sup> Zob. K. Wiak, *Kryminalizacja finansowania terroryzmu*, s. 64.

<sup>52</sup> W. Mąciór, *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” CLXXXVIII, Prace Prawnicze, Zeszyt 35, Kraków 1968, s. 21–22.

Sprawa jest na tyle skomplikowana, iż występujący w danych okolicznościach relacyjny ciąg naruszenia obiektywnych reguł wywołać może skutek jako subiektywne działanie sprawcy nabywające znamiona przestępstwa, co w konsekwencji powoduje dokonanie bezskutkowego przestępstwa formalnego. Tym bardziej problematyczne staje się szerokie penalizowanie nieumyślnego działania sprawcy przestępstwa finansowania terroryzmu. Ponadto okoliczności te nie są „zwykłymi” okolicznościami, lecz takimi, w których dana osoba powinna zachować ostrożność, ponieważ w konsekwencji jej niezachowanie, czy też intelektualnego, subiektywnego niesprowokowania ich oceny będzie jej zachowanie ocenione jako sprawstwo nieumyślne. Ważne jest również w tych okolicznościach to, że dana osoba miała, w ich wystąpieniu, możliwość przewidzenia popełnienia tego czynu albo mogła go przewidzieć. Istotą nieumyślności, jako znamienia strony podmiotowej przestępstwa, jest niezachowanie przez sprawcę ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Co oznacza, że nie będzie można przypisać nikomu popełnienia przestępstwa nieumyślnego, jeżeli działał on zgodnie z zasadami ostrożności wymaganej w danej sytuacji. Reguły ostrożności nie są ustalane w oderwaniu od określonej sytuacji faktycznej, lecz muszą być dostosowane do aktualnie występujących warunków<sup>53</sup>. Ostrożność potencjalnego sprawcy nieumyślnego w zakresie odpowiedzialności z art. 165a k.k. powinna oscylować wokół takich czynności do wykonania jak: gromadzenie, oferowanie, przekazywanie czy udostępnianie. Zwłaszcza gdy trzy pierwsze łączą się z przedmiotem tych czynności (posłużenia się przedmiotami czynności), tj.: środkami płatniczymi, instrumentami finansowymi, papierami wartościowymi, wartościami dewizowymi, prawami majątkowymi lub innym mieniem ruchomym lub nieruchomością. Ponadto jeżeli mają one być „dostosowane do aktualnie występujących warunków”, to należałoby przewidywać ich zmienność w czasie uzależnioną od zmiennych warunków. Konsekwencją jest potrzeba stałego monitorowania i zaznajamiania się z „nowymi” regułami lub też monitorowania, czy nadal aktualne pozostają dotychczasowe. Tym samym rola niedziałającego w zamiarze potencjalnego sprawcy nieumyślnego finansowania terroryzmu znacznie się komplikuje. Nie są to, w przypadku dysponowania mieniem określonym w art. 165a k.k., raczej „zwykłe okoliczności” i w niektórych przypadkach dysponowanie tego typu wskazanym aktywem wymaga zachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach „dyspozycyjnych” i to z innych także powodów niż związanych z możliwością nieumyślnego sfinansowania terroryzmu. Ponadto w niektórych

<sup>53</sup> Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., V KK 162/14, Ustalenia w przedmiocie nieumyślności a konieczność wskazania naruszonej przez sprawcę konkretnej reguły ostrożności.

okolicznościach nad bezpiecznym obrotem przedmiotem przestępstwa czuwa także inna osoba, np. notariusz w odniesieniu do nieruchomości. Niestety zdarzają się jednak przypadki nieuczciwego współsprawstwa w przestępstwie. Na powstanie przedmiotowych „okoliczności” będzie miała wpływ także relacja (raczej dookreślone okoliczności ze stanem faktycznym) z inną osobą (biorącą udział w zorganizowanej grupie lub związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub osobą, która ma zamiar popełnienia przestępstwa wskazanego w § 1). Najtrudniej będzie ustalić udostępnienie mienia zorganizowanej grupie lub związkowi mającym na celu popełnienie przestępstwa. W szczególności, że tego typu podmioty są raczej niedookreślone (trudno jest ustalić, kto jest częścią tej przestępczej wspólnoty, a kto nim nie jest, niektórzy wręcz utożsamiają się z taką wspólnotą, nie należąc do niej, inni odwrotnie), są to osoby działające niejednokrotnie anonimowo, a pojęcie „związku” i „grupy” budowane jest raczej przez organa ścigania na potrzeby prowadzonego postępowania. Podobnie należałoby odnieść się do kwestii „kontrolowania” przez „związek” lub „grupę” podmiotu gospodarczego biorącego udział w łańcuchu dostaw aktywów na rzecz terrorystów. Jednocześnie należy zaznaczyć, że relacje z takimi podmiotami nie są budowane na sposób sformalizowanych reguł ostrożnościowych, ale na podstawie dominacji i siły.

### *5a. Kształtowanie reguł ostrożnościowych w ramach ustawy o p.p.p.f.t.*

Mając na uwadze to, że reguły ostrożności nie są ustalane w oderwaniu od określonej sytuacji faktycznej, lecz muszą być dostosowane do aktualnie występujących warunków, wydaje się, że związanie ich np. z instytucjami obowiązującymi pozostaje trwalsze i pewniejsze niż w stosunku do paralelnych systemów płatności. Niestety taka teza może być także krzywdząca dla nieobowiązujących instytucji, które chciałyby zostać instytucjami obowiązującymi, jednak ze względu na decyzję prawodawcy nimi nie są. Stąd też zdając sobie sprawę z zagrożenia i możliwości wykorzystania w procederze finansowania terroryzmu, muszą budować własne modele reguł ostrożnościowych przed potencjalnymi nieumyślnymi sprawcami. Instytucje obowiązane przez samo branie udziału w systemie przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu muszą realizować określone ustawowo obowiązki, z których możliwe jest wypracowanie określonych działań ostrzegawczych i ostrożnościowych. Naruszenie przez sprawcę reguł ostrożności jest jednym ze znamion decydujących o bezprawności zachowania sprawcy.

„Ostrożność wymagana w danych okolicznościach” może być uplasowana w określonych regułach, tj. sformalizowana i uzewnętrzniona lub być

umownym efektem funkcjonalności. Powstaje pytanie, czy może być także wewnątrznie ustanowiona przez daną osobę, która znalazła się w okolicznościach wymagających od niej ostrożnościowego postępowania. Wydaje się, że takie reguły chęci bycia nad wyraz uczciwym występują, są one dla takiej osoby „kanonem uczciwego” postępowania w jakichkolwiek okolicznościach. Należy w tym miejscu jednak zwrócić uwagę na to, co z taką okolicznością, gdy dana osoba przewidywała możliwość „wciągnięcia” jej w przestępstwo i podjęła wszelkie jej znane reguły ostrożnościowe, a mimo to działała w nieumyślności? Taka sytuacja może wystąpić wtedy, gdy dana osoba posiada niższy walor ocenny okoliczności niż inni sprawcy, np. chcący ją pod jej niewiedzę wykorzystać lub dane okoliczności wystąpią bezwiednie. A więc i staranność takiej osoby co do przewidzenia popełnienia tego czynu albo mogącego go przewidzieć była, ale nie na tyle znaczna (choć dla niej wystarczająca), aby w chwili wystąpienia okoliczności skojarzyć je, iż wymagają w danej chwili zastosowania określonych reguł ostrożnościowych, choć ostatecznie okazała się niewystarczająca, gdyż po ich zastosowaniu już nie przewidywała możliwości popełnienia czynu zabronionego<sup>54</sup>. Kwestia ta może być związana np. z niemożliwością i nieprzygotowaniem do posłużenia się określonymi urządzeniami, usługami, które stają się powszechne, ale trudne do realizacji dla określonych grup osób (np. z zaawansowanym wiekiem, czy nieposiadających indywidualnych zdolności technicznych). Nieumyślność występuje w postaci świadomej, w tym przypadku, sprawca popełnia nieumyślnie czyn zabroniony na skutek niezachowania reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach; gdy przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego (nieprawidłowa prognoza) oraz w postaci nieświadomej – sprawca popełnia nieumyślnie czyn zabroniony na skutek niezachowania reguł ostrożności wymaganych w danych okolicznościach, gdy nie przewidywał możliwości jego popełnienia (choć mógł ją przewidzieć), czyli zastosował nieprawidłową diagnozę<sup>55</sup>. W jednym i drugim przypadku istotne pozostają tzw. reguły ostrożnościowe, co oznacza, że czynu dokonuje się, ale popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach. Jak uważa M. Magierska, reguły te mogą dotyczyć: kwalifikacji sprawcy, użytkowania narzędzia, sposobu realizowania czynności, wymaganego wyposażenia w trakcie podejmowania określonej działalności, reguł zespołowego działania. Należy badać reguły ostrożności wiążące grupę podmiotów, które reprezentuje sprawca. Jeżeli nie naruszono żadnej reguły ostrożności

<sup>54</sup> Zob. cyt. w W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 141–142. Umieszczony w: S. Tarapata, *Obiektywna czy subiektywna przewidywalność? Głos w sprawie sporu dotyczącego nieświadomej nieumyślności*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” rok XIX: 2015, z. 1, s. 61.

<sup>55</sup> Zob. D. Gruszecka, *op. cit.*

w trakcie postępowania, zachowanie należy uznać za społecznie akceptowalne. Nie wyczerpuje ono zatem tym samym znamion czynu zabronionego nieumyślnego<sup>56</sup>. W. Wróbel wskazuje wręcz, że tak długo, jak czyn sprawcy charakteryzuje się zgodnością z regułami ostrożności, nie jest ani czynem materialnie bezprawnym, ani formalnie zakazanym<sup>57</sup>. Nieumyślność sama w sobie nie stanowi jedynie prostego zaprzeczenia umyślności, jednak sprowadza się do braku zamiaru. W przypadku czynu zabronionego popełnionego nieumyślnie sprawca popełnia czyn zabroniony, choć nie miał takiego zamiaru, jednak do zdarzenia, doszło ponieważ nie zachował należytej ostrożności. Nie wchodząc w szczegóły, wskazać należy, że zakres i poziom wymagań wynikający z obowiązku zachowania ostrożności wynika z jednej strony z konieczności zapewnienia maksymalnego bezpieczeństwa dla dóbr prawnych uczestniczących w obrocie społecznym, z drugiej strony reguły ostrożności nie mogą uniemożliwiać społecznie pożądanego obrotu.

Dla prawidłowego ustalenia nieumyślności nie wystarczy wskazanie ogólnej nieostrożności zachowania sprawcy. Konieczne jest bowiem wskazanie konkretnej reguły ostrożności, która została naruszona, w wyniku czego doszło do popełnienia czynu zabronionego<sup>58</sup>. Ponadto Sąd Najwyższy wskazał, że: „nie wystarczy [...] ustalenie, że sprawca naruszył jakąś (bliżej nieokreśloną) regułę ostrożności, lecz musi być ustalony związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem konkretnej reguły a popełnieniem czynu zabronionego, a w szczególności spowodowaniem określonego w ustawie skutku”<sup>59</sup>. W związku z tym należałoby wskazać, gdzie znajdują się podstawy do wykreowania zasad (reguł) ostrożności w przypadku nieumyślnego przestępstwa z art. 165a k.k. Należałoby się ich doszukiwać w zapisach ustaw, rozporządzeń czy wewnętrznych regulaminach jednostki, jakie w danych okolicznościach będą obowiązywały sprawcę. Takie podejście jest uprawnione ponieważ w systemie AML/CFT ustawodawca wyposażył instytucje obowiązane w instrumenty nie tylko dyskretnego monitorowania zachowań klienta, ale także otwartego „uświadomienia” mu zagrożenia (to obszar czynności identyfikacji, weryfikacji i zastosowania niektórych środków bezpieczeństwa finansowego). W szczególności dotyczyć to będzie więc relacji z instytucjami obowiązanymi. Jednakże zawężenie wykreowania tych reguł wyłącznie do instytucji obowiązanym nie jest

<sup>56</sup> M. Magierska, *Umyślność i nieumyślność czynu – co tak naprawdę znaczą te pojęcia?* [w] <<https://kruczek.pl/umyslność-i-nieumysłność/>> [dostęp: 20.05.2020 r.].

<sup>57</sup> W. Wróbel, *Zagadnienie naruszenia reguł wymaganej ostrożności* [w:] L. Gardocki, J. Godyń, M. Hudzik, L. Paprzycki (red.), *Orzecznictwo sądowe w sprawach karnych. Aspekty europejskie i unijne*, Sąd Najwyższy, Warszawa 2008, s. 173.

<sup>58</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2014 r., V KK 162/14, *op. cit.*

<sup>59</sup> *Ibidem*. Zob. także II AKA 452/15 – wyrok SA w Katowicach z 18.12.2015 r.

właściwym. Sprawstwo – finansowania terroryzmu oparte jest na „funkcjonalności” nie tylko instytucji obowiązanych, ale także innych podmiotów formalnego obrotu finansowo-gospodarczego, a także podmiotów nie kwalifikujących się jako uczestnicy systemu przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu wskazanych w przepisach ustawy o p.p.p.f.t.. Można tu wskazać pozaformalne systemy *parallel-banking*, czy nieformalne systemy transferu wartości (*An informal value transfer system IVTS*), np. *hawala*, które niekoniecznie „od razu” należałoby łączyć z instrumentami wykorzystywanymi na rzecz popełniania przestępstw<sup>60</sup>. Tak więc również w takich przypadkach reguły powinny być w jakiś sposób uzewnętrznione i w sposób formalny przedstawione. Co interesujące sprawca ma naruszyć właśnie tę regułę, która ma chronić przed wystąpieniem skutku na tym odcinku, na którym on wystąpił. W tym przypadku wystąpienia przestępstwa bezskutkowego z punktu widzenia wykorzystania środków (rzeczy, nieruchomości), jakimi sprawca nieumyślny zadysponował. Można powiedzieć, że skutkiem jest doprowadzenie do przestępstwa bezskutkowego.

Uwzględniając powyższe rozważania, a także różnorodność możliwych zachowań sprawców nieumyślnego finansowania terroryzmu, można zaproponować kilka obszarów, w których będzie można doszukać się lub ustanowić reguły ostrożnościowe. Pierwszy – związany z systemem przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu, będzie oparty na regułach ustanowionych w ramach relacji z instytucjami obowiązаныmi. Drugi obszar to relacje z innymi rodzajami instytucji, które działają poza systemem przeciwdziałania ale chcą działać „jak instytucje obowiązane”. Trzeci związany będzie z szeroko rozumianymi nieformalnymi systemami płatności opartymi na dowolnych regułach, wzajemnym zaufaniu stron kontraktów i zwyczaju. Czwarty to obszar związany z islamskimi instrumentami finansowymi. Dla uzupełnienia należałoby wskazać jeszcze jeden obszar, w którym działają raczej reguły przestępcze (reguły czarnego rynku) niż jakiegokolwiek formalne wzorce bezpieczeństwa obrotu finansowo-rzeczowego. W tym ostatnim przypadku może jednak dojść do pozoracji działań w budowaniu reguł ostrożnościowych, ponieważ dobro chronione prawem będzie potraktowane jako przedmiot ataku w przyjętym schemacie funkcjonowania ukształtowanym przez organizatora.

Należałoby także zastanowić się nad tym, czy reguły ostrożnościowe, mimo że prawdopodobnie nie dotrą one do wiedzy i świadomości każdego,

<sup>60</sup> W przypadku *hawali* będzie można wyróżnić „białą *hawalę*” jako tradycyjny sposób przekazywania środków na odległość bez ich wysyłania oraz tzw. „czarną *hawalę*”, która wykorzystywana jest do prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu. Jednakże zarówno w pierwszym, jak i drugim przypadku brak jest jakiś reguł ostrożnościowych, a jeżeli one występują, to pomiędzy *hawaladarami* i oparte są na uznanej uczciwości wobec siebie. Poziom formalizacji zamyka się najczęściej w prowadzeniu osobistych zapisków.



to powinny być na tyle spójne, powszechne i zbiorczo zamknięte, aby w oparciu o te same reguły można było badać zachowanie różnych sprawców. Nie ulega wątpliwości, że sprawstwo następuje w związku z naruszeniem norm ostrożnościowych. Logicznie więc ujmując, normy te muszą istnieć, aby stwierdzić, iż w danych okolicznościach, w których działał sprawca, one były, obowiązywały i zostały naruszone. Reguły ostrożności odnoszą się do: 1) kwalifikacji podmiotu, 2) właściwości narzędzia, którymi podmiot się posługuje, 3) sposobu wykonywania czynności<sup>61</sup>.

Jak wskazano, reguły ostrożnościowe znajdują swoje uregulowanie w różnego rodzaju aktach prawnych, różnej wagi. W przypadku funkcjonowania systemu przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu nie tylko można mówić o dużej liczbie unormowań, ale także o obowiązku ich sporządzenia i stosowania przez instytucje obowiązane. Do tych unormowań na poziomie instytucji obowiązanych zaliczymy: wewnętrzną procedurę w zakresie przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu (art. 50 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.), która zawiera także obowiązek umieszczenia w niej zasad upowszechniania wśród pracowników instytucji obowiązanej wiedzy z zakresu przepisów o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu, procedurę grupową w zakresie przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu (art. 51 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.), programy szkoleniowe i obowiązek udziału niektórych osób w takim szkoleniu (art. 52 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.), wyznaczenie kadry kierowniczej wyższego szczebla odpowiedzialnej za wykonywanie obowiązków określonych w ustawie (art. 6 ustawy o p.p.p.f.t.), w przypadku instytucji obowiązanej, w której działa zarząd lub inny organ zarządzający, wyznaczenie spośród członków tego organu osoby odpowiedzialnej za wdrażanie obowiązków określonych w ustawie (art. 7 ustawy o p.p.p.f.t.), wyznaczenie pracownika zajmującego kierownicze stanowisko odpowiedzialnego za zapewnienie zgodności działalności instytucji obowiązanej oraz jej pracowników i innych osób wykonujących czynności na rzecz tej instytucji obowiązanej z przepisami o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu (art. 8 ustawy o p.p.p.f.t.), identyfikacji i oceny ryzyka związanej z finansowaniem terroryzmu odnoszące się do działalności instytucji obowiązanej (art. 27 ust. 1 ustawy o p.p.p.f.t.), stosowanie wobec klientów środków bezpieczeństwa finansowego, rozpoznawania ryzyka finansowania terroryzmu związanego ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną (klientów) oraz ocena poziomu rozpoznanego ryzyka (art. 33 ust. 1 i 2 ustawy o p.p.p.f.t.), uwzględnianie w ocenie ryzyka i stosowania szczególnych środków organizujących podmiotów umieszczanych na listach sankcyjnych (art. 117 i nast. ustawy o p.p.p.f.t.).

<sup>61</sup> M. Kulik, A. Wąsek, *Komentarz do art. 9 Kodeksu karnego, stan prawny na dzień 1 listopada 2014 r.* [w] <[https://trybun.org.pl/wp-content/uploads/2015/09/kulik\\_wasek.pdf](https://trybun.org.pl/wp-content/uploads/2015/09/kulik_wasek.pdf)>



Przedstawione przedmiotowe rozwiązania zawarte w ustawie o p.p.p.f.t. są wynikiem obowiązków nałożonych na instytucje obowiązane, które bezpośrednio lub pośrednio wprowadzają reguły niezbędne do pozyskiwania informacji o okolicznościach mogących świadczyć o procederze prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, ale także ustalają wzorce wykonawcze i analityczne na potrzeby bezpieczeństwa samej instytucji obowiązanej i jej klientów (także ich pełnomocników czy beneficjentów rzeczywistych). Tym samym przedstawiciele tych instytucji mogą w relacji z klientem uświadamiać i ostrzegać o możliwości wystąpienia stanu faktycznego i doprowadzenia do nieumyślnego spowodowania przestępstwa z art. 165a k.k.

Banki (jako instytucje obowiązane) również dysponują przewagą intelektualną, która wynika ze znajomości branży oraz stworzonych przez siebie wzorców i własnych „produktów”. Nie bez znaczenia pozostaje przewaga prawna wyrażająca się w możliwości szybkiej zmiany stosunków prawnych łączących go z klientem oraz przewaga wizerunkowa banku jako strażnika bezpieczeństwa obrotu<sup>62</sup>. Stąd też reguły ostrożnościowe powinny być „wbudowane” w strukturę oferowanego produktu, o których w ramach regulaminu korzystania klient powinien być zaznajomiony. Impulsem dla klienta uświadomienia sobie występowania reguł ostrożnościowych powinno być rozpoczęcie (a w trakcie relacji możliwe z różną intensywnością ich wdrażanie) wobec niego stosowania środków bezpieczeństwa finansowego i to od samego początku, a więc od etapu identyfikacji i weryfikacji.

Reguły ostrożności i poziom wymagań ostrożnego zachowania określa się według standardu obowiązku związanego z funkcyjną przynależnością sprawcy do danego kręgu osób (wykonywany zawód, odgrywana rola polityczna, społeczna, sytuacja, w jakiej się znalazł)<sup>63</sup>. Stąd też w zakresie budowania reguł należy uwzględnić bezpieczeństwo samej instytucji obowiązanej (rozumiane jako zabezpieczenie przed wykorzystaniem jej w procederze finansowania terroryzmu), bezpieczeństwo klienta takiej instytucji (podobnie rozumiane jako niedoprowadzenie nawet do nieumyślnego popełnienia przestępstwa z art. 165a k.k.). Ponadto pośrednio system reguł budowany jest niejako z „innej strony” (społecznej) poprzez instytucję sygnalisty, który ma ostrzegać o podejrzeniach związanych z ewentualnymi zdarzeniami, które można wiązać z finansowaniem terroryzmu. Jednocześnie na ten zakres budowania reguł ostrożnościowych mogą nawarstwiać się dodatkowo (uzupełniająco) inne związane z tym, że instytucją obowiązaną są przedstawiciele określonych zawodów (np. adwokaci, radcowie prawni, notariusze), w których takie reguły obowiązują (choćby o charakterze generalnym).

<sup>62</sup> Zob. T. Radtke, Recenzja monografii Mariusza Korpalskiego, *Bankowe umowy przedsiębiorców*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2010, s. 145, Prok. i Pr. 10, 2011, s. 157.

<sup>63</sup> M. Kulik, A. Wąsek, *Komentarz do art. 9 Kodeksu karnego*, op. cit.

Należy zauważyć, że taka struktura budowania reguł ostrożnościowych, a jednocześnie charakter zadań instytucji obowiązanych (zwłaszcza związanych z analizą ryzyka) pozostają w „formule uczącej” podmioty obsługiwane (klienta). Ta „formuła ucząca” pośrednio buduje reguły ostrożnościowe u osoby, która może potencjalnie zostać sprawcą przestępstwa z art. 165a § 4 k.k. zwłaszcza możliwego do popełnienia w nieświadomej nieumyślności. Tym uczącym się podmiotem może być osoba wchodząca w relacje z instytucją obowiązaną w ramach realizowania przez nią czynności kompetencyjnych, świadczenia usług. Jednocześnie może wzmocnić regułę ostrożności działania w świadomości nieumyślności postępowania. Przy formułowaniu reguły ostrożności istotne są trzy elementy: a) sprawca musi mieć odpowiednie kwalifikacje do przeprowadzenia określonej czynności, pozostającej w związku z narażonym w ten sposób na potencjalne niebezpieczeństwo dobrem; b) czynność ta ma być przeprowadzona przy użyciu odpowiedniego dla niej narzędzia; c) czynność ma być przeprowadzona w odpowiedni sposób, tzn. tak, by nie zwiększać ryzyka dla chronionego dobra ponad miarę dopuszczalną ze względu na społecznie istotny sens podejmowanej aktywności<sup>64</sup>. W możliwych przypadkach klient – instytucja obowiązana można mówić o „odpowiednich kwalifikacjach” po zaznajomieniu się sprawcy z regulaminem określonej usługi, poinformowaniu przedstawiciela o sposobie funkcjonowania itp. Odnośnie do wykorzystanego narzędzia może to być aplikacja w urządzeniu mobilnym umożliwiająca zadysponowanie środkami na odległość, czy samo urządzenie, wskazanie w pkt c należałoby rozpatrywać indywidualnie w danych okolicznościach, pod kątem, czy zachowanie sprawcy spełnia wskazany warunek. Dla pracowników instytucji obowiązanych (ale nie tylko) budowanie reguł ostrożnościowych może wynikać z przyjętych standardów compliance (zgodnościowych), wytycznych organów nadzorczych czy regulaminów i realizacji obowiązków przez „oficera AML” (AMLCO) zgodnie z ustawą o p.p.p.f.t.

Ponadto reguły ostrożnościowe mogą wynikać z bezpośredniego stosowania rozporządzeń UE w zakresie ustalania tzw. list sankcyjnych oraz stanowisk publikowanych przez organy nadzoru, np. Urząd Komisji Nadzoru Finansowego wobec instytucji finansowych. Zdecydowanie szerzej ujmując źródła tych reguł, można je odnieść także do tych reguł ostrożnościowych, które związane są z zawiadywaniem środkami finansowymi na rzecz klientów (np. wymogów ostrożnościowych dla instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych). Wydaje się, że sprawstwo z art. 165a § 4 k.k. dotyczy prze-

<sup>64</sup> D. Gruszecka, prezentacja: Znamiona typu czynu zabronionego 2, Uniwersytet Wrocławski, slajd nr 23.

stępstwa finansowania terroryzmu w „czystej postaci”. Wielokrotnie jednak mówi się o tym, że w łańcuchu dostaw środków na rzecz terrorystów stosowane są techniki znane dla procederu prania pieniędzy. Tak więc o ile przepisy dotyczące obowiązków instytucji obowiążanych i ich ostrożności w działaniu własnym i na rzecz klienta łączą te dwa zagrożenia (finansowanie terroryzmu i pranie pieniędzy), to niekoniecznie ten rodzaj zagrożeń będzie odróżniany w przypadku przeciętnego klienta, jako sprawcy z art. 165a § 4 k.k. Jednakże nie ma tu obaw co do reguł ostrożnościowych. Po prostu one nie występują w przypadku penalizacji zawartej w art. 299 k.k. Nieumyślne (nieświadome) pranie brudnych pieniędzy pozostaje poza zakresem kryminalizacji<sup>66</sup>. Mimo nieuregulowania w polskim prawie karnym nieumyślnego prania pieniędzy, na pewnym możliwym etapie, poruszania się przez sprawcę z art. 165a k.k. w obszarze okoliczności procedur służących do zalegalizowania środków, reguły ostrożnościowe wykreowane w związku z przeciwdziałaniem finansowaniu terroryzmu mogą być pomocne przynajmniej do odstąpienia od przygotowania do przestępstwa z art. 299 k.k. (§ 6a). To swoiste „pożyczenie” reguł jest związane z tym, że w większości przepisów (w tym samej ustawy o p.p.p.f.t.) ustawodawca nie wyróżnia i nie wyodrębnia działań na potrzeby „przeciwdziałania praniu pieniędzy” i „przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu”, traktując je łącznie (odmiennie np. w zakresie stosowania szczególnych środków ograniczających). Jest to swoista zaszłość i przyjęcie wzorca międzynarodowego w zakresie budowania modeli przeciwdziałania tym dwóm przestępczym zjawiskom jednocześnie. Ponadto należy zauważyć, że stosowane w praktyce środki, np. w postaci wdrażania programów „Poznaj swojego klienta” (Know Your Customer KYC), oprócz warstwy „monitoringu” zwracają także uwagę możliwości pozyskania informacji o niewiedzy lub nieumiejętności klienta w określonych sytuacjach, które mogą sprowadzać się do działań niezgodnych z przyjętym modelem świadczonej usługi (taki stan jest obserwowany np. przy posłużeniu się osobami podstawionymi tzw. „słupami”). Tego rodzaju działanie jednakże może się także wiązać z nieradzeniem sobie z wykorzystaniem kredytu, destabilizacją biznesu, brakiem przygotowania do realizacji przedsięwzięcia gospodarczego w danej dziedzinie. Wyznaczając modele (wzorca) posługiwania się określonym produktem, instytucje obowiążane, wypracowują pośrednio „model uczciwego działania” dla klienta, jednocześnie obserwując i oferując pomoc, jak również przeciwdziałając w przypadku naruszenia prawa. Tak więc regulaminy usług, przyjmujące określony sposób postępowania, mogą stać się kreatorem „wzorca postępowania” pomocnego dla oceny naruszeń reguł

<sup>66</sup> Inaczej niż w prawie niemieckim (w postaci lekkomyślności).

ostrożnościowych. Stają się one skonkretyzowane co do sprawcy, narzędzia i stanu faktycznego naruszenia.

Trudności z regułami ostrożności polegają także na tym, że w wielu sferach ludzkiego życia są one niesformalizowane. Stąd też często dla ich ustalenia przyjmuje się, oprócz wskazanych, odwołanie do wzorcowej osoby pokroju „rozsądnego człowieka”. Figura „rozsądnego człowieka” służyć może co najwyżej pomocniczo do wyboru tych reguł ostrożności, które mieszczą się we wzorcu dopuszczalnego zachowania dla danej grupy adresatów<sup>66</sup>. W przypadku przestępstwa finansowania terroryzmu grupy adresatów są na wskroś zróżnicowane. Po pierwsze będą to przedstawiciele instytucji obowiązanych, ich klienci, pełnomocnicy klientów (osoba upoważniona do działania w imieniu klienta) i beneficjenci rzeczywiści. Podmioty te można uznać, że będą najściślej związane „regułami ostrożnościowymi” w formalno-prawnym systemie przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu. Po drugie będą to inne osoby, które już ze względu na swój status nie będą tak związane regułami ostrożnościowymi mającymi „chronić” ich przed wprzęgnięciem w proceder finansowania terroryzmu, a które bliżej powinny się plasować w obszarze „rozsądnego człowieka” i prawego funkcjonowania społecznego. Takie szerokie spektrum wynika z tego, że przestępstwo z art. 165a (§ 1 i 4) k.k. jest przestępstwem powszechnym i może je popełnić każdy. Każdy także może być nieświadomie wykorzystany do tego procederu i być jego nieświadomym uczestnikiem. Ponadto należy wskazać na fakt, że o ile informacja o dokonanym lub uniemożliwionym akcie terrorystycznym jest medialnie popularna i dociera do szeregu bliżej nieokreślonych odbiorców, to informacje o finansowaniu tego typu zdarzeń nie są popularne, a wręcz przekazywane niszowo. Dlatego też w przypadku przestępstwa finansowania terroryzmu trudno jest mówić o możliwości wykreowania u potencjalnego nieumyślnego sprawcy jakiejś „wewnętrznej, osobistej reguły ostrożnościowej”, czy bardziej powszechnej „rozsądnego człowieka”. Tu także należy mieć na uwadze, że elementem strony podmiotowej jest stosunek psychiczny sprawcy do realizowanego czynu (element subiektywny). Możliwe jest do przyjęcia, że podmiot rozpoczynający działalność jako instytucja obowiązana, czy też kontynuując je już pod rządami nowej ustawy o p.p.p.f.t., powinien co najmniej zastanowić się, czy jego dotychczasowa „ostrożność” w zakresie niebycia elementem łańcucha dostaw aktywów na rzecz terrorystów jest spełniona pod nowymi przepisami. Podobnie powinien spojrzeć, jak napisać wewnętrzne reguły postępowania (w tym reguły ostrożnościowe), gdy taki podmiot rozpoczyna działalność.

<sup>66</sup> M. Byczyk, *Czyn nieostrożny jako podstawa odpowiedzialności karnej*, „Ius Novum” 2014, nr 4, Uczelnia Łazarskiego Warszawa, 2014, s. 68.

Jednocześnie należy zauważyć, że oprócz tego generalnego przygotowania firmy do działalności jej przedstawiciel jest zobowiązany do wykonywania określonych obowiązków, w tym odnoszących się do „podmiotu zewnętrznego”, co uplasowane jest w potrzebie przygotowania analizy ryzyka. Mówi o tym między innymi przepis art. 33 ust. 2 ustawy o p.p.p.f.t. (na podstawie, którego instytucje obowiązane rozpoznają ryzyko prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu związane ze stosunkami gospodarczymi lub z transakcją okazjonalną oraz oceniają poziom rozpoznanego ryzyka). Ta procedura rozpoznawanego ryzyka znacząco poszerza krąg świadomości klienta jako „przeciętnego” obywatela (jako osoby fizycznej lub przedstawiciela osoby prawnej) i zwraca mu uwagę na zagrożenia jako dla wzorca „prawego człowieka”.

### ***5b. Możliwość kreowania reguł ostrożnościowych poza zakresem ustawy o p.p.p.f.t.***

Proceder finansowania terroryzmu może być realizowany zarówno przy udziale i wykorzystaniu instytucji obowiązanych, jak i poza nimi. W pierwszym przypadku wzory przeciwdziałania reguluje w polskim ustawodawstwie ustawa o p.p.p.f.t.. Drugi obszar podlega częściowym regulacjom lub jest ich brak. Odnosząc się do obszaru, w którym nie obowiązuje ustawa o p.p.p.f.t., wchodzi w grę kwestia ustalenia, czy występują lub mogą wystąpić reguły ostrożnościowe w instytucjach poza instytucjami obowiązanyymi. Dotyczy to tych wszystkich podmiotów, które mogą być wykorzystane na potrzeby budowania łańcucha dostaw pomiędzy mocodawcą a beneficjentem, a nie podlegają systemowi przeciwdziałania opartemu na ustawie o p.p.p.f.t. (w konsekwencji także nie podlegają określonym organom nadzorczym i kontrolnym).

Wydaje się, że w tym zakresie należałoby na wstępie wprowadzić podział na instrumenty oferowane przez podmioty na tzw. „białe”, „czyste”, „szare” i „czarne”, np. biała i czarna hawala (z arab. przekaz), podobnie crowdfunding. Pierwsze z nich będą wywodziły się z tradycji, religii, zwyczajów i służyły do utrzymywania podpartych tymi wartościami relacji finansowych i gospodarczych, drugie będą wiązały się z chęcią wzorowania się na nich na potrzeby dokonywania przestępstw. Między innymi można spotkać się z takimi określeniami jak IVTS (ang. *informal value transfer system*), bankowość podziemna lub równoległa (*underground, parallel banking*). W tym pierwszym obszarze można doszukiwać się reguł ostrożnościowych, natomiast okoliczności należałoby oceniać indywidualnie w zależności od zaistniałych symptomów czy faktów (w zakresie szarej i czarnej gospodarki).

Podstawową, choć nieformalną regułą ostrożnościową w systemie hawala, jest zaufanie (jako obiektywna przesłanka funkcjonalna). Bez zaufania pośrednik nie znajdzie klientów lub nie zdoła przekonać innego profesjonalisty – hawaladara, do wydania w swoim imieniu pieniędzy. W okoliczności przyjmowania środków powstaje sytuacja stosowania obiektywnej reguły ostrożnościowej opartej na zaufaniu. Wydaje się jednak, że reguła ta działa w zakresie obrotu aktywem, a powinna obowiązywać także w zakresie powierzenia aktywów na rzecz nieprzestępczego celu. Często używanym sposobem jest stosowanie hawali w tle innych form prowadzenia interesów, np. eksportu czy importu dóbr ze Wschodu na Zachód. Odpowiednio manipulując cenami towarów, pośrednicy mogą ukryć w fakturach nielegalne przekazy pieniężne. Mogą się też zadłużać między sobą i wraz z wpływem klientów umarzać nagromadzone zobowiązania przez wydawanie swoich pieniędzy w imieniu innego pośrednika<sup>67</sup>.

Aktywizując się w szarej strefie, sprawca powinien przypuszczać, że dana rzecz pochodzi (może pochodzić) z czynu zabronionego (element obiektywny), a sprawca te okoliczności znał i mógł je właściwie ocenić (element subiektywny). Okoliczności te powinny mieć charakter obiektywny, a sprawca powinien je sobie uświadamiać subiektywnie<sup>68</sup>. Dotyczyć to może sytuacji, w której np. do kolekcjonera dzieł sztuki zgłasza się osoba z artefaktami pochodzącymi z obszaru Syrii lub Iraku. Kolekcjoner powinien sobie zdawać sprawę z tego, że przedłożone artefakty mogą pochodzić z grabieży dokonywanych przez grupy terrorystyczne działające w imieniu ISIS. Reguły ostrożnościowe będą wynikały z miejscowej regulacji co do praw dla wydobywania artefaktów oraz z przepisów międzynarodowych szczególnie chroniących te artefakty w związku z nielegalnym handlem dokonywanym przez terrorystów.

Inne reguły ostrożnościowe mogą wynikać ze stosowania islamskich instrumentów finansowych. Ich struktura opierać się może na następujących zasadach: 1) świadomość: strony umowy powinny świadomie i z własnej woli zgadzać się na warunki umowy; 2) jasność: strony muszą wiedzieć, jakie są konsekwencje kontraktu; 3) zdolność: strony powinny być przekonane, że są w stanie wypełnić swoje zobowiązania. Warunek ten nie jest spełniony, gdy ktoś np. sprzedaje towar, nie posiadając go; 4) zobowiązania: strony chcą uczciwie wypełnić warunki kontraktu i nie szukają pretekstu,

<sup>67</sup> G. Koper, *Transfer pieniędzy na słowo honoru. Czyli jak starodawny system przechytrza współczesne banki* [w] <<https://innpoland.pl/161759,hawala-pozwala-na-transfer-pieniedzy-na-calym-swiecie>>

<sup>68</sup> M. Budyn-Kulik, *Wybrane dogmatyczne i kryminologiczne aspekty paserstwa*, „Prawo w działaniu. Sprawy karne” 2013, nr 13 [w] <<https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/09/Magdalena-Budyn-Kulik-Wybrane-dogmatyczne-i-kryminologiczne-aspekty-paserstwa-33.pdf>>



aby zwolnić się z tego obowiązku<sup>69</sup>. Niestety podstawy tych finansowych kontraktów nie są tak trwałe, ale przede wszystkim obwarowane formalnie jak w bankach kontynentalnych. W szczególności, w zakresie sporządzania umów teoretycznego powoływania się na zasady religii islamskiej, jednakże niewykorzystywania ich w praktyce, jak również w braku kontroli prawidłowości funkcjonowania systemu bankowego ze strony banku centralnego, czy też braku instytucji Funduszu Gwarancyjnego, co ogranicza gwarancje zwrotu finansowych wkładów klientów<sup>70</sup>.

Wszystkie te elementy, wypracowane w wieloletniej praktyce banków kontynentalnych, zapewniają bezpieczeństwo klienta i wprowadzają reguły ostrożnościowe zapewniające bezpieczeństwo gromadzonych aktywów<sup>71</sup>. Dlatego też cechy bankowości muzułmańskiej stały się podstawą uznania przez instytucje międzynarodowe, iż banki te spełniają jedynie podstawowe kryteria bankowe i są jedynie formą instytucji finansowych<sup>72</sup>. Wydaje się jednak, że nie stoi nic na przeszkodzie, aby w zakresie posługiwania się islamskimi instrumentami finansowymi dochowywać norm ostrożnościowych, tak aby nie narazić się na odpowiedzialność karną.

Podobnie rzecz się ma w odniesieniu do filarów islamskich, które świadomie zmanipulowane służą do organizacji wsparcia finansowego terrorystów (finansowanie ze źródeł legalnych, np. przekazywaniu na cele terrorystyczne środków zebranych jako *zakat* przez pozarządowe organizacje charytatywne lub środków pochodzących z działalności gospodarczej ważnych w świecie arabskim osób. Według francuskiego badacza, Michała Nesterenko, na roczne dochody Al-Kaidy składały się: 1 mld dolarów z handlu heroiną, 1 mld dolarów z zakat oraz ok. 300 mln dolarów pochodzących z działalności gospodarczej i handlowej)<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> J. Karwowski, *Uwagi na temat bankowości islamskiej*, „Bank i Kredyt” 2005, nr 9, s. 4–6. M. Al-Kaber, *Techniki finansowe banków islamskich*, „Optimum. Studia Ekonomiczne” 2013, nr 3, s. 178.

<sup>70</sup> Model banku kontynentalnego przyjął się w sektorach bankowych krajów Europy kontynentalnej, Japonii i w wielu innych regionach świata. Prototypem uniwersalnego systemu bankowego są Niemcy. Banki oferowały klientom szeroką paletę produktów i usług finansowych, w tym także związanych z rynkiem pieniężnym i kapitałowym. Czyniły to obok i niezależnie od instytucji wyspecjalizowanych w operacjach na rynku długoterminowych papierów wartościowych. Dlatego też ściślej mówiąc, należy stwierdzić, że w modelu kontynentalnym przewagę mają banki uniwersalne. Zob. E. Gostomski, *Zbieżność modeli systemów bankowych* [w] <<https://www.bankier.pl/wiadomosc/Zbieznosc-modeli-systemow-bankowych-1838476.html>> [dostęp: maj 2021 r.].

<sup>71</sup> Zob. M. Sroka, *Normy ostrożnościowe jako gwarancja stabilności systemu bankowego w Unii Europejskiej* [w] <[https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79567/01\\_Mariola\\_Sroka\\_Bankowe\\_normy\\_ostroznościowe.pdf](https://www.repozytorium.uni.wroc.pl/Content/79567/01_Mariola_Sroka_Bankowe_normy_ostroznościowe.pdf)> [dostęp: maj 2021 r.].

<sup>72</sup> M. Al-Kaber, *Techniki finansowe banków islamskich...*, op. cit., s. 298.

<sup>73</sup> P. Pomianowski, E. Maćkowiak, *Zwalczanie finansowania terroryzmu w świetle prawa obowiązującego w Polsce i we Francji*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 6/12, s. 71 i 92 wraz z przywołanymi źródłami.



Zapis § 4 w art. 165a k.k., iż karze podlega sprawca czynu określonego w § 1 lub 2, który działa nieumyślnie, wskazuje, że reguły ostrożnościowe powinny dotyczyć i koncentrować się na ich istnieniu co do aktywności w zakresie gromadzenia, przekazywania, oferowania oraz udostępniania. Występuje tu więc dowolność wyboru sposobu realizacji czynności sprawczej, dla której wykonania możliwym jest tak posłużenie się finansowym instrumentem kontynentalnym, jak i islamskim. Niemniej należy zauważyć, że kontekst takiego nieumyślnego postępowania może być znacznie szerszy i wynikać ze zdarzeń poprzedzających samą wskazaną czynność wymienioną w § 1 lub 2. Dla przykładu może być to bezpośrednia rozmowa, rozmowa za pośrednictwem innej osoby, czy wymiana korespondencji za pomocą platform społecznościowych (można to zinterpretować jako przygotowanie do nieumyślnego dokonania przestępstwa). W niektórych przypadkach, niezależnie od reguł ostrożnościowych dla przestępstwa nieumyślnego, działają również w tym zakresie inne określone „reguły ostrożnościowe”, np. dla użytkowników Facebooka<sup>74</sup>. Możliwe, że ich funkcjonowanie w relacjach społecznościowych wyzwoli właściwą ocenę sytuacji u użytkownika (przewidzenia lub możliwości przewidzenia), tak aby uniknąć odpowiedzialności z art. 165a § 4 k.k. Niestety reguły ostrożnościowe kreowane i wdrażane przez właścicieli tych mediów nie są przestrzegane, co powoduje to, że to oni odpowiedzialni za powstanie pewnych negatywnych zachowań decydują się na wyłączenie kontynuowania komunikacji, a nie sprawcy czy ofiary. Wydaje się, że możliwe byłoby w przyszłości włączenie tego rodzaju podmiotów w zakres instytucji obowiązanych odpowiedzialnych za ustawowe przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu.

## *6. Możliwości zastosowania się do reguł ostrożnościowych celem uniknięcia odpowiedzialności nieumyślnego popełnienia przestępstwa*

Pytanie związane z przesłanką przypisania nieumyślności w postaci „niezachowania reguł ostrożności wymaganej w danych okoliczno-

---

<sup>74</sup> Dla przykładu zgodnie z regulaminem nie mogą być użytkownikami Facebooka: osoby poniżej 13 roku życia; osoby skazane za przestępstwa seksualne; osoby, których konto uprzednio zostało zablokowane z powodu naruszenia regulaminu lub zasad; osoby mające zakaz otrzymywania facebookowych produktów, usług lub oprogramowania na mocy obowiązujących przepisów. Użytkownik nie może wykorzystywać naszych produktów do wykonywania czynności ani udostępniania treści, które: naruszają niniejszy Regulamin, Standardy społeczności oraz pozostałe regulaminy i zasady mające zastosowanie do korzystania przez użytkownika z Facebooka są niezgodne z prawem, wprowadzające w błąd, dyskryminujące lub oszukańcze; naruszają prawa innej osoby, w tym jej prawa własności intelektualnej [w] <<https://www.facebook.com/legal/terms>>.

ściach”, przewidzianej w polskim prawie karnym w art. 9 § 2 k.k., wiąże się także z tym, czy i jakie znaczenie dla przypisania sprawcy nieumyślności może mieć nieświadomość tych reguł albo przekonanie o wymagalności przestrzegania w danych okolicznościach innych reguł, zdeterminowanych i czym zdeterminowanych<sup>75</sup>. Artykuł 165a k.k. stanowi przykład uniwersalnej penalizacji zachowania określanego jako finansowanie terroryzmu. Oznacza to, że karalność odnosi się zarówno do zachowań związanych z wykorzystaniem i naruszeniem reguł formalno-prawnego obrotu instytucji obowiązanych uczestniczących w procesie przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu (tak jak go postrzega ustawa o p.p.p.f.t.). Czyli w sytuacji, gdy dana osoba powinna i może przeprowadzić analizę ryzyka swojej działalności. Gdy osobą tą jest przedsiębiorca, to ponosząc odpowiedzialność prawną za podjęte decyzje, nie może on bagatelizować ryzyka gospodarczego, a przeciwnie powinien być przygotowany na wszelkie niebezpieczeństwa wynikające ze specyfiki obrotu gospodarczego i być w stanie przed podjęciem każdej decyzji zlokalizować ewentualne źródła ryzyka<sup>76</sup>. Tym niebezpieczeństwem może być także sytuacja bycia jednym z elementów łańcucha dostaw środków na rzecz terrorystów (np. jako kurier przesyłek)<sup>77</sup>. Ale także obejmuje to penalizację zachowań poza formalno-prawnym obszarem także jako uczestniczącym w przestępczym procesie finansowania terroryzmu. Tu wystarczy wskazać wszystkie te instytucje finansowe, które nie są instytucjami obowiązanyymi, paralelne i nieformalne systemy transferowania środków itp. O ile w pierwszym przypadku możliwym jest wyrowadzenie i odwoływanie się do określonych reguł ostrożnościowych. Tak w drugim przypadku takich reguł nie ma, a o ile są to „ostrożnościowo” uregulowane nieformalne związki pomiędzy stronami układów nieformalnych lub też relacji finansowych opartych raczej na wzajemnym, indywidualnym i prywatnym zaufaniu niż regułach generalnych. Dlatego też w pierwszym przypadku możemy mówić o determinowaniu reguł ostrożnościowych różnymi innymi regulacjami, np. wynikającymi z prawidłowości i ochrony obrotu gospodarczego, ocenie udzielania przez banki środków finansowych w ramach instytucji kredytu, bycie płatnikiem danin publicznych itp. W drugim przypadku, o ile nie jest on kryminogenny z założenia realizacji przedsięwzięcia, będzie można mówić o determinantach wynikających ze znajomości, zaufania, zwyczaju, cech charakterystycznych

<sup>75</sup> A.J. Szwarc, *Problematyka wielokulturowości w prawie karnym* [w] <file:///C:/Users/HP/Downloads/Szwarc\_Andrzej.pdf>, P. Wolnik, *Nieświadomość reguł ostrożności jako błąd przy przestępstwach nieumyślnych*, „Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych” 2004, nr 2, 97–126.

<sup>76</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu w sprawie II AKa 28/12.

<sup>77</sup> Podobne zdarzenia miały miejsce w przypadku fikcyjnego budowania łańcucha dostaw w przestępstwach wyłudzenia podatku VAT.

dla „instytucji” np. hawala, jako tradycyjnej instytucji pieniądza islamskiego. Niestety, w przypadku finansowania terroryzmu należy się także liczyć z działaniami naruszającymi reguły dobrych obyczajów, np. wykorzystania przesyłek dyplomatycznych na rzecz przekazania środków terrorystom przez agenturalnych pracowników placówek dyplomatycznych (podobnie użycia paszportu dyplomatycznego)<sup>78</sup>.

A. Golonka wskazuje na taką kwestię, że z uwagi chociażby tylko na opis znamion, w szczególności w zakresie odnoszącym się do podmiotu przestępstwa z art. 165a k.k. (przestępstwo powszechne) tudzież systematyki kodeksowej, nie sposób byłoby postawić stanowczego wymagania co do konieczności dochowania jakichś szczególnie określonych reguł ostrożnego postępowania przed sprawcą nieumyślnego finansowania terroryzmu, zwłaszcza nie byłoby trafne sięganie po wzorzec „dobrego gospodarza” (skoro nie mamy w tym przypadku do czynienia z przestępstwem, dla którego obrót gospodarczy stanowi główne dobro prawnie chronione)<sup>79</sup>. Nie można jednak natomiast wykluczyć, iż obrót gospodarczy będzie wykorzystany na potrzeby gromadzenia, jak i przekazywania środków na rzecz terrorystów.

Sprawstwo z art. 165a k.k. jest na tyle skomplikowane, że powinno się zastanowić nad łączeniem reguł ostrożnościowych zarówno odnoszących się bezpośrednio (wprost) do nieudzielania pomocy terrorystom, jak i w konfiguracji (pośrednio) z regułami odnoszącymi się do schematów, instrumentów, obszarów, rodzajów zachowań społecznych, gospodarczych, które mogą być w danych okolicznościach wykorzystane ze względu na swój potencjał w przemieszczaniu środków na rzecz beneficjentów terrorystycznych. Sprawstwo finansowania terroryzmu funkcjonuje także hubystycznie wobec podmiotów uczestniczących w powszechnym obrocie gospodarczym. Stąd nie można wykluczyć, że skoro tak, to będą obowiązywały reguły ostrożnościowe zarówno przynależne ochronie obrotu gospodarczego, jak i „specyficzne” dla samego procesu finansowania terroryzmu. Jednocześnie należy zauważyć, że przyjęcie w określonych okolicznościach wzorca „dobrego gospodarza” może wiązać się z odpowiedzialnością podmiotu zbiorowego w procederze finansowania terroryzmu<sup>80</sup>. Mimo że rzeczywiście trudno uznać, że „przeciętny” obywatel będzie posiadał wiedzę na temat środków bezpieczeństwa finansowego, to należy zauważyć,

<sup>78</sup> Jedną z determinant wejścia w obszar „danych okoliczności” może być nierealizowanie wymogów ewidencjonowania obrotu i sprzedaż towarów/usług bez paragonu czy faktury. Godzenie się na takie relacje powinno wzmocnić w uczestniku obrotu ocenę co do możliwości popełnienia czynu (przewidzenia) albo możliwości jego przewidzenia.

<sup>79</sup> A. Golonka, *Występek finansowania terroryzmu* (art. 165a k.k.)..., *op. cit.*, s. 103–106.

<sup>80</sup> „Dobry gospodarz” winien dążyć do takiego ukształtowania stosunku pracy, by zabezpieczyć interesy reprezentowanego podmiotu jak najmniejszym kosztem [w] wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu, III Wydział Karny, III K 135/17 (22 lutego 2018 r.).

że wiedza ta w sposób niejako automatyczny rozszerza się. Wydaje się raczej absurdalne to, że obywatel spełniający jednocześnie przymiot bycia instytucją obowiązaną (albo też pracujący w niej pod warunkiem wiedzy i przeprowadzonego kierunkowego szkolenia AML/CFT) w tej instytucji działa jak osoba posiadająca tę wiedzę, a poza nią, tj. poza wykonywaniem obowiązków, prywatnie już tej wiedzy nie posiada. Brak obowiązków AML/CFT poza instytucją obowiązaną nie zwalnia takiej osoby z „posiadania wiedzy” i dochowania reguł ostrożnościowych w życiu codziennym [np. pracownik banku pracujący w komórce AML/CFT po godzinach wynajmuje (udostępnia) mieszkanie w celach komercyjnych, działa jako kurier lub użycza samochodu osobom, których zachowanie może prowadzić do podejrzeń, iż są one związane z ugrupowaniem terrorystycznym]. Podobnie rzecz się ma w przypadku np. prelegenta w komercyjnej firmie, który wykłada na temat zakresu AML/CFT, którego nic nie zwalnia z wiedzy na ten temat w codziennym realizowaniu obowiązków.

Niemniej ze względu na wprowadzenie w 2017 r. nieumyślnego przestępstwa finansowania terroryzmu ważne będzie dopomożenie organom ścigania w rozwiązaniu problemu reguł ostrożnościowych na niwie stawiania zarzutów z uwzględnieniem art. 165a § 4 k.k. Sprawca, nie mając zamiaru popełnienia czynu określonego w art. 165a § 1 lub 2 k.k., popełnia go jednak na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w okolicznościach, które go do takiego zachowania obligowały. W odniesieniu do okoliczności, w jakich działa każda osoba/podmiot, kwalifikująca się jako instytucja obowiązana, powinna zachować ostrożność<sup>81</sup>, co sprowadza się przede wszystkim do przestrzegania przepisów zawartych w ustawie o p.p.p.f.t. oraz przepisach (w tym wykonawczych) w niej przywołanych.

Nie wyczerpuje to jednak kręgu podmiotów zobowiązanych do „zachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach”. Należy pamiętać, że dodatkowo w strukturze organizacyjnej instytucji obowiązanych pozostaje „szczególna kategoria” osób odpowiedzialnych za przestrzeganie realizacji przepisów ustawy<sup>82</sup>. Powstaje więc pytanie, czy wyłącznie obowiązki ukształtowane wskazaną ustawą komasują wiedzę budującą jako determinanty „reguły ostrożnościowe” dla tych instytucji i typowanych do obowiązków oraz właściwego nadzoru pracowników i władz tych instytucji, czy też występują oprócz nich jeszcze inne przepisy<sup>83</sup> budujące

<sup>81</sup> Przyjęcie katalogu instytucji obowiązanych w ustawie o p.p.p.f.t. jest wynikiem wielu czynników, w tym dotyczących rzeczywistych naruszeń prawa przez sprawców finansowania terroryzmu, zaleceń ponadnarodowej i krajowej oceny ryzyka, czy ocen i spraw prowadzonych przez jednostki współpracujące w obszarze zwalczania terroryzmu. Stąd też tego rodzaju instytucje powinny być szczególnie uwrażliwione w budowaniu i uświadamianiu reguł ostrożnościowych dla swoich klientów.

<sup>82</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2017 r., IV KK 285/16, Lex nr 2254801.

<sup>83</sup> Do innych przepisów regulujących kwestie zwalczania finansowania terroryzmu zaliczymy

lub uzupełniające kwestie związane z zapewnieniem bezpieczeństwa finansowego instytucji obowiązanych? Przepisy, w tym obowiązki wynikające z ustawy o p.p.p.f.t. stanowią niezbędne minimum do oceny i kształtowania reguł ostrożnościowych dla instytucji obowiązanych. Przy czym należałoby zastrzec, że obowiązek wiedzy o regułach ostrożnościowych dotyczyć powinien zwłaszcza takich osób, jak określone w art. 6, 7, 8, 9, 52 ustawy o p.p.p.f.t., ale także osoby objęte wewnętrznymi procedurami przeciwdziałania, funkcjonującymi w ramach grupy (art. 51 ustawy o p.p.p.f.t.). „Przeciwdziałać” to dla instytucji obowiązanych – nie uczestniczyć w transferach, transakcjach, usługach mogących być nośnikami aktywów finansujących terroryzm. Tak więc budowane reguły powinny być wręcz „uświadamiane” klientom na potrzeby ich bezpieczeństwa, a pośrednio także na potrzeby bezpieczeństwa instytucji obowiązanych. Dla skuteczności „przeciwdziałania” obie strony powinny mieć świadomość ich budowania i stosowania. Istotna (a może nawet szczególna) rola instytucji obowiązanych, w kształtowaniu reguł ostrożnościowych wynika z kilku źródeł. Po pierwsze z doświadczenia, przygotowania zawodowego i wiedzy (np. banki w relacji z klientem). Po drugie z potrzeby realizacji obowiązków wynikających z ustawy o p.p.p.f.t., a w szczególności środków bezpieczeństwa finansowego oraz szczególnych środków ograniczających. Po trzecie z przyjęcia gwarancji bezpieczeństwa na życzenie klienta (czy innej instytucji obowiązanej), który nie chce być wciągnięty (w swojej możliwej nieumyślności) w proceder finansowania terroryzmu. Taka relacja nie zapewnia bezkarności klienta, ale powinna stawiać jasne dla niego poziomy bezpieczeństwa i potrzeby zachowania się ostrożnościowego, gdy balansuje on na ich granicy. Wydaje się, że w takim przypadku obiektywne reguły ostrożnościowe mają także warstwę uczącą (gdy są uświadamiane przez decydenta), w szczególności dla sprawcy, który „nie umyślił”<sup>84</sup>, w danych okolicznościach, czyli nie mógł przewidzieć ich naruszenia zmierzającego do popełnienia czynu w stanie nieświadomej nieumyślności.

Należy zauważyć, że reguły ostrożnościowe w zakresie penalizacji finansowania terroryzmu, niestety oprócz uniwersalnych, niejednokrotnie

---

między innymi: Międzynarodową konwencję o zwalczaniu finansowania terroryzmu przyjętą przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1999 r., dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniającą rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylającą dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE (Tekst mający znaczenie dla EOG) tzw. IV dyrektywa AML/CFT, dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/843 z dnia 30 maja 2018 r. zmieniającą dyrektywę (UE) 2015/849 w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu oraz zmieniającą dyrektywy 2009/138/WE i 2013/36/UE tzw. V dyrektywa AML/CFT.

<sup>84</sup> Od słowa: „nieumyślność”.

budowane są (czy też powinny być budowane) w oparciu o zmienne w czasie przepisy, w tym te dotyczące sankcji stosowanych w ramach szczególnych środków ograniczających. Niemniej reguły ostrożnościowe powinny być budowane tak dla instytucji obowiązanej, jak i dla klientów tych instytucji (klientów, ich pełnomocników, beneficjentów rzeczywistych). Wiedza o przyjętych i stosowanych regułach ostrożnościowych, krajowo, lokalnie czy rodzajowo powinna być znana nie tylko klientowi, ale także instytucji obowiązanej, która dokonuje obsługi klienta i dokonuje jego oceny w ramach stosowania środków bezpieczeństwa finansowego. Mimo że reguły ostrożnościowe stanowią element generalności, to zetknięcie się z nimi może nastąpić indywidualnie. Dla przykładu, gdy w banku pracownik poprosi o wypełnienie deklaracji, że dana osoba posiada/nie posiada statusu PEP (osobą zajmującą eksponowane stanowiska polityczne w rozumieniu ustawy o p.p.p.f.t.). Jest to także przykład „zgeneralizowania” reguł postępowania (w tym ostrożnościowych), jakie w relacji instytucja obowiązana – PEP są możliwe do zastosowania. W aktualnym stanie prawnym uznanie statusu PEP należałoby uznać za indywidualną relację, a w zakresie projektowanych przepisów za generalną<sup>85</sup>. Ponadto należy wspomnieć o zapisie z art. 106 Prawa bankowego<sup>86</sup>, w którym stwierdza się, że: „bank jest obowiązany przeciwdziałać wykorzystywaniu swojej działalności dla celów mających związek z przestępstwem, o którym mowa w art. 165a k.k.”. Tryb postępowania banku w razie zaistnienia niniejszych okoliczności określa odrębna ustawa, którą jest ustawa o p.p.p.f.t. Przedmiotem badania więc mogą być te zdarzenia, które wskazują na działanie przez sprawcę w relacji z instytucją obowiązaną zarówno na zasadzie świadomego, jak i nieświadomego, nieumyślnego działania. W swojej treści ustawa o p.p.p.f.t. posługuje się art. 165a k.k. jako całością zapisów, a więc nie wyłączając również § 4 (art. 2 ust. 2 pkt 6 ustawy o p.p.p.f.t.). Sprawcy przestępstwa finansowania terroryzmu dokonują optymalnego wyboru taktyki działania. Niejednokrotnie działanie to jest prowadzone w modelu hybrydowym, który dotyczy także wykorzystania nieświadomej nieumyślności osób postronnych. Dla sprawców to faktor sukcesu, dla nieumyślnych sprawców odpowiedzialność kar-  
na.

Można zadać pytanie, czy warto było penalizować zachowanie sprawy polegające na nieumyślnym finansowaniu terroryzmu, a jeżeli tak,

---

<sup>85</sup> Zob. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu oraz niektórych innych ustaw (druk 909) Wykaz stanowisk i funkcji publicznych, które są eksponowanymi stanowiskami politycznym, zostanie określony w formie rozporządzenia ministra właściwego ds. finansów publicznych [w] <<https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=909>>.

<sup>86</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz.U. z 2020 r. poz. 1896, 2320, 2419).



to czy wprowadzony przepis sprostał wyzwaniom prawodawców? Udzielając odpowiedź na tak przedstawione pytanie, należy mieć na względzie to, że mamy do czynienia z coraz bardziej podstępna taktyką działania inicjatorów tego przestępstwa, poszukujących potencjalnych sprawców w obszarach działania w „stanie nieumyślności”. Polega ona na wykorzystywaniu legalnych źródeł finansowania terroryzmu ludzkiej naiwności, niewiedzy, braku doświadczenia, zwykłych standardów działania. W szczególności dotyczy to tzw. finansowania społecznościowego, które nie tylko, że wymyka się spod nadzoru, to dodatkowo wykorzystuje ludzką nieświadomość, łatwowierność, automatyzm postępowania, naiwność i skrywaną chęć zysku, ale także opieranie taktyki przestępczej na manipulacji, ludzkich reakcjach, współczuciu, chęci pomagania. Dla przykładu, sprawcy wykorzystywali komunikatory umieszczone na konsoli do gier na potrzeby finansowania działań terrorystycznych (brak rozróżnienia pomiędzy światem rzeczywistym a wirtualnym<sup>87</sup>). Zabiegi socjotechniczne inicjatorów skierowane są nie tylko do osób dorosłych, ale także do ludzi młodych o mało ukształtowanych poglądach lub niekoniecznie, z powodu braku doświadczenia, będących w stanie rozróżnić „dobro” i „zło”<sup>88</sup>. Finansowanie społecznościowe, z którego najbardziej znany jest crowdfunding, budowane jest w oparciu o media społecznościowe, platformy kreowania nowego biznesu, jak np. start-upy.

W przedstawionych powyżej kwestiach, w szczególności dotyczących stanu nieświadomej nieumyślności, osoba jako nieumyślny wykonawca jest bezwiednie „uwiedziona” przez świadomych działania sprawców i przez to nie jest świadoma do końca realizacji znamion przedmiotowych przestępstwa. Nie oznacza to jednak, że w takiej sytuacji „winą” za zaistniały stan rzeczy należy obarczać „nieumyślnych mocodawców”, a nie karać inspiratorów, prowodyrów, świadomie wprowadzających w błąd określone środowiska wytypowane jako nieumyślnych sponsorów terroryzmu. Należy jednak zauważyć, że ten stan subiektywny i potencjalnej aktywności, w przypadku spełnienia warunków karalności z § 4 art. 165a k.k., mógłby być niejako podwójną karalnością. Pierwszą związaną z wprzęgnięciem do udziału w procederze finansowania terroryzmu (choć taka osoba nie miała zamiaru tego czynić i osoba taka ocenia swoje zachowanie jako amoralne i negatywne subiektywnie), z drugiej ukarania przez organ państwowy za spełnienie w jej działaniu wymogów realizacji stanu nieświadomej

<sup>87</sup> A. Berdzik, *Konsole do gier mogły przysłużyć się terrorystom* [w] <<https://jarock.pl/konsole-do-gier-mogly-przysluzyc-sie-terrorystom>> (18.11.2015 r.).

<sup>88</sup> Te słabe strony psychiczne wykorzystywane są w zakresie „uwodzenia” potencjalnych sprawców, dostarczając im nowych produktów (instrumentów wykonawczych), negatywnego dyskursu i narracji. W konsekwencji uzyskuje się efekt końcowego odwrócenia wartości i możliwości wodzenia „nieumyślnym sprawstwem” na rzecz przekazywania środków dla terrorystów.



nieumyślności. Po stronie sprawcy istnieje nieświadoma nieumyślność wtedy, gdy w czasie realizacji czynności sprawczej spełnia on następujące warunki: nie ma zamiaru popełnienia czynu zabronionego; popełnia czyn zabroniony na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach; nie jest świadomy realizacji znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego i mógł przewidzieć możliwość popełnienia czynu zabronionego (tzw. możliwość świadomości realizacji znamion typu czynu zabronionego)<sup>89</sup>. W przedmiotowej kwestii należy zauważyć, że brak jest niejednokrotnie jakichś „spisanych” reguł ostrożnościowych, gdy chodzi o np. inwestowanie społeczne. Ponadto twórcy niektórych urządzeń raczej nastawieni są na zysk niż na bezpieczeństwo terrorystyczne, przynajmniej w sferze jego finansowania. H. Shawn, szef zajmującej się cyberbezpieczeństwem firmy „CrowdStrike”, w rozmowie z „The Wall Street Journal” stwierdził, że monitorowanie każdej rozmowy w grze jest zwyczajnie „niepraktyczne” z powodu ogromu generowanych danych. „Korzystają z nich (konsol) miliony graczy, aby móc monitorować konkretne urządzenie, trzeba wiedzieć do kogo ono należy. Inaczej jest w przypadku telefonów komórkowych – wiesz, kto jest właścicielem numeru”<sup>90</sup>.

Przedmiot rozważań wiąże się także z tym, czy, a jeśli tak, to jakie i jaki zakres posiadają reguły „ostrożnościowe” odnoszące się do środowiska Internetu. Dla przykładu portal 4chan.org, w którym zakazane jest jedynie publikowanie treści z pornografią dziecięcą, natomiast innego rodzaju treści (inna pornografia, treści rasistowskie, czy obraźliwe w stosunku do religii) są w portalu publikowane i nieusuwane przez moderację<sup>91</sup>. Nie oznacza to jednak, że ktoś zainteresowany taką tematyką będzie się decydował na wsparcie finansowe metod terrorystycznych. Przedstawiony przykład może jednak wskazywać na to, że nie tylko korzystający w celach przestępczych mają wpływ na nieumyślne postępowanie sprawcy, ale również moderatorzy – poprzez liberalne traktowanie lub świadome niewprowadzanie reguł „ostrożnościowych” w administrowanych portalach. Tym samym wzbudzając, a przynajmniej biernie akceptując określone wyzewnętrzniione treści, wraz z popieraniem ich realizacji za pomocą metod terrorystycznych. A w takim przypadku już istnieje mały krok, aby namówić czy wykorzystać użytkownika do nieumyślnego sfinansowania takich działań. Alternatywą zniesienia odpowiedzialności za popełnienie czynu w stanie nieświadomej nieumyślności byłoby zaostrzenie karalności za podżeganie (inspirowanie)

<sup>89</sup> S. Tarapata, *op. cit.*, s. 53

<sup>90</sup> A. Berdżik, *Konsole do gier mogły przysłużyć się terrorystom*, *op. cit.*

<sup>91</sup> J. Nowak, *Reguły internetu: aksjologia sieciowych kultur popularnych* [w:] *Współczesne media. Wartości mediów*, (red.) I. Hofman, D. Kępa-Figura [w] <[https://www.academia.edu/14647702/Reguły\\_internetu\\_aksjologia\\_sieciowych\\_kultur\\_popularnych](https://www.academia.edu/14647702/Reguły_internetu_aksjologia_sieciowych_kultur_popularnych)>

do takiego postępowania<sup>92</sup>. W tym przypadku skutek stanowiłoby zrealizowanie przestępstwa finansowania terroryzmu, do którego działający nieumyślnie był podżegany przez sprawcę inspirującego. Niemniej należy zauważyć, że odpowiedzialność za „bezpieczeństwo powszechne” powinien ponosić każdy, ponieważ dbanie o nie zapewnia powszechną stabilność dla każdego członka społeczeństwa i państwa jako całości. W tym kontekście „zapomnienie się” sprawcy może rodzić duże problemy związane z zapewnieniem bezpieczeństwa. Zagrożenie dla sprawcy działającego w nieświadomej nieumyślności powinno stanowić inspirację do poznawania reguł ostrożnościowych, a tym samym zważania na granicę swojego zachowania jako możliwego naruszenia dobra chronionego prawem. Skoro możemy interpretować, że naruszenie zasad postępowania z dobrem prawnym, poprzez przekroczenie reguł ostrożnościowych, stanowi wstępny warunek normowania decydujący o bezprawności zachowania sprawcy, to ważne jest, aby na tak początkowym etapie dana osoba uświadomiła sobie istnienie i możliwość naruszenia reguł, aby nie doprowadzić w dalszym etapie na wypełnienie znamion karalności. Jest to o tyle ważne, że niektóre reguły ostrożnościowe nie mają regulacji prawnych, pozostając społecznie lub zwyczajowo regulowanymi. Badanie istnienia reguł ostrożnościowych odbywa się na wcześniejszym etapie niż weryfikacja strony podmiotowej dokonywana na etapie oceny prawnokarnej. Dlatego też dystans nieostrożnego pokonania powinien uzmysłowić zagrożenie dla działającego potencjalnego sprawcy. Tak długo, jak czyn sprawcy charakteryzuje się zgodnością z regułami ostrożności, nie jest on formalnie zakazany<sup>93</sup>. Wprowadzenie reguł ostrożnościowych nie powinno być stosowane jako zarzucona sieć na potencjalnych sprawców, ale jako sygnalizator czerwonego światła, który powinien przestrzegać przed dalszym kontynuowaniem jazdy.

## 7. Podsumowanie

Podsumowując przedstawione rozważania, należałoby wskazać na to, że przyjęta konstrukcja penalizacji nieumyślnego popełnienia przestępstwa finansowania terroryzmu może być rozpatrywana wieloaspektowo. Nie wydaje się zadaniem właściwym całkowite uchylenie zapisów § 4 w art. 165a k.k., ponieważ takie rozwiązanie pozwalałoby na tolerowanie, już aktualnie występujące w przestrzeni publicznej, działań na rzecz terrorystów. W takim przypadku możliwe jest rozważenie powrotu do rozwiązania, w którym karalnością sprawcy byłoby objęte tylko zachowanie świado-

<sup>92</sup> Podżeganie jest zawsze zachowaniem umyślnym, popełnić je można jedynie w zamiarze bezpośrednim, stąd też nie wchodzi tu w grę reguły ostrożnościowe.

<sup>93</sup> W. Wróbel, *op. cit.*, s. 173.

mej nieumyślności (popęłnia go na skutek niezachowania ostrożności wymaganej w danych okolicznościach, mimo że możliwość popełnienia tego czynu przewidywał), z wyłączeniem karania nieświadomej nieumyślności. Zachowując takie podejście wyeliminowana będzie przynajmniej dezynwoltura w zachowaniu osób sięgających po określone obszary zainteresowań, a jednocześnie mogących być inicjacją zagrożeń o charakterze terrorystycznym. Podobnie będzie to dotyczyło także użytego w działaniu narzędzia lub sposobu realizowania zamierzonej czynności. A tym samym niepodjęcie lub niezachowanie ostrożności wymaganej w danych okolicznościach (mogących być kojarzonymi z pozyskiwaniem aktywów na działalność terrorystyczną), mimo że możliwość popełnienia czynu finansowania terroryzmu sprawca przewidywał albo mógł przewidzieć. Trudna do uzyskania będzie natomiast penalizacja stanu w wyniku wystąpienia nieświadomej nieumyślności, czyli wtedy, gdy sprawca nie jest świadomy nieostrożności swojego zachowania, mimo że powinien sobie to uświadomić<sup>94</sup>. Wydaje się, że w niektórych sytuacjach, to określenie „powinien sobie uświadomić” powinno znaleźć odniesienie także do „racjonalności” postępowania w obszarze braku reguł. W szczególności gdy ustawodawca lub inny podmiot (decydent) nie nadała z ostrzeganiem przed zagrożeniem. Zaproponowane rozwiązanie jednak powinno pójść w parze z zaostrzoną odpowiedzialnością karną dla sprawców, którzy doprowadzają daną osobę do takiego zachowania, wykorzystując jej stan podatności, psychiczny, brak wiedzy, motywacji, emocji (znamiona strony podmiotowej)<sup>95</sup>.

Niestety do końca pozostanie nierozwiązana sprawa obszaru stosowania reguł ostrożnościowych i ich kreowania w zakresie gromadzenia, oferowania, przekazywania i udostępniania aktywów na rzecz terrorystów. Zakres możliwych scenariuszy zachowań jest zbyt szeroki i nie opiera się wyłącznie na regułach formalno-finansowo-gospodarczego obrotu i jednocześnie związanego z przestrzeganiem formalizowanych obowiązków przeciwdziałania finansowaniu terroryzmu. Nadal temat ten pozostaje niszowym i zarówno „wzorowy obywatel”, czy „prawy człowiek”, nie mając zamiaru popełnienia przestępstwa, mimo starania się przestrzegania reguł ostrożnościowych może być narażony na nich naruszenie, a tym samym narazić się na odpowiedzialność karną. W takiej sytuacji powinny obowiązywać zarówno generalne reguły ostrożnościowe, jak i lokalne (indywidualne) związane z danym mechanizmem, produktem, usługą czy instytucją. Ich kreowanie i aktywność decydentów w tym zakresie powinna być stale

<sup>94</sup> A. Limburska, *Prawo karne materialne, Typizacja przestępstw*, prezentacja [w] <<https://prawo.uni.wroc.pl/sites/default/files/students-resources/2.%20Typizacja%20przestepstw.pdf>>

<sup>95</sup> Z art. 18 § 2 k.k. (nakłanianie konkretnego podmiotu) lub art. 255 k.k. (nakłanianie większej ilości osób).

realizowana, dostosowując reguły do zmienności zagrożeń i mechanizmów wykonawczych na potrzeby obrony dobra chronionego prawnie. Innym możliwym rozwiązaniem byłoby włączenie administratorów platform społecznościowych do zakresu instytucji obowiązanych. Niekoniecznie bycie instytucją obowiązaną należałoby łączyć z usługą transakcji lub transferu środków, czasami efekt ten przynosi już „wystawienie” użytkownikowi platformy wymiany informacji, tak jak się to dzieje w przypadku szerokiego inspirowania do finansowania komórek terrorystycznych.



#### A B S T R A C T

The new type of crime of inadvertent terrorist financing introduced in 2017 caused negative assessments from the outset. In particular, it becomes troublesome to establish and apply prudential rules, the violation of which makes the perpetrator's behavior punishable. The essence is closed both in the area where they would be applied and in decision-making entities that would be responsible for their creation. The article is an attempt to respond to these problems and propose specific solutions. When building prudential rules, the legal interest protected by Art. 165a of the CC – universal security. Thus, the rules can be divided into general and individual (local) inspired by specific areas in which the criminal activity of the perpetrator of terrorist financing should be limited.

*Zastosowanie teorii gier do analizy instytucji konsensualnego zakończenia postępowania karnego na gruncie art. 335 kpk*

*Application of the Game Theory in the analysis of the institution of plea bargaining on the grounds of the article 335 of the code of criminal procedure*

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

Artykuł 335 § 1 i 2 kodeksu postępowania karnego wprowadza możliwość konsensualnego zakończenia postępowania karnego. Esencją tej instytucji są ustalenia (negocjacje) pomiędzy prokuratorem i podejrzanym dotyczące wymiaru kary. Te negocjacje można postrzegać jako dwuosobową grę typu *game of bargaining*. Z tego względu istnieje możliwość zastosowania narzędzi wywodzących się z teorii gier do analizy zachowania oraz optymalnych strategii obu stron.

Głównym celem niniejszego opracowania jest próba zaprezentowania możliwości wykorzystania narzędzi i rozumowania wywodzących się z teorii gier oraz teorii podejmowania decyzji do analizy interakcji pomiędzy prokuratorem (lub innym uprawnionym organem)<sup>1</sup> i podejrzanym w ramach instytucji konsensualnego zakończenia postępowania karnego, przede wszystkim na gruncie art. 335 § 1 i 2 Kodeksu postępowania karnego<sup>2</sup> (dalej jako kpk). Jak postaramy się zaprezentować w dalszych częściach tego artykułu, korzystając z dorobku badań z dziedziny teorii gier,

<sup>1</sup> S. Steinborn [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Grajewski, P. Rogoziński, LEX/el. 2016, art. 335, nt. 30. W tym miejscu należy podkreślić, że dla większej przejrzystości, w dalszej części opracowania będziemy się posługiwali jedynie określeniem „prokurator”, jednak wszystkie zawarte w tym tekście rozważania z powodzeniem można zastosować także do innych uprawnionych organów.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 30, z późn. zm.).

w szczególności gier typu *bargaining games*<sup>3</sup>, można dokonać analizy postępowania prokuratora i podejrzanego w toku negocjowania wymiaru kary.

### 1. Ramy prawne rozważań

Zanim przejdziemy do głównego tematu rozważań, w pierwszej kolejności należy wyraźnie wyznaczyć ich ramy prawne. W art. 335 § 1 i 2 kpk, gdy okoliczności popełnienia danego przestępstwa nie budzą wątpliwości<sup>4</sup>, ustawodawca przewidział opcję skorzystania z instytucji konsensualnego zakończenia postępowania karnego. W takim przypadku, prokurator oraz podejrzany mogą wspólnie ustalić oczekiwany wymiar kary<sup>5</sup>. Ostateczna decyzja w tym względzie należy do sądu, jednak biorąc pod uwagę fakt, że sąd nie ma możliwości zmiany tych ustaleń, a co najwyżej może zwrócić sprawę do prokuratury<sup>6</sup>, wydaje się, że kara jest w istocie ustalana w toku negocjacji pomiędzy prokuratorem i podejrzanym.

Podstawowym celem tej regulacji jest przyspieszenie i uproszczenie postępowania karnego oraz obniżenie jego kosztów i odciążenie wymiaru sprawiedliwości<sup>7</sup>. Z punktu widzenia prokuratora możliwość szybszego zakończenia postępowania karnego niesie ze sobą oczywiste, wymienione powyżej, korzyści. W tym kontekście, co do zasady w interesie prokuratora powinno być korzystanie z tej opcji.

Z perspektywy podejrzanego, fakt, że może on wpłynąć na wymiar kary, w szczególności jeśli w toku negocjacji z prokuratorem uda mu się ustalić wyrok dla siebie korzystniejszy<sup>8</sup> niż w ewentualnym postępowaniu przed sądem, również stanowi niezaprzeczalny benefit. Ponadto nie należy bagatelizować także dodatkowych korzyści, m.in. w postaci uniknięcia stygmatyzacji związanej z publiczną rozprawą oraz szybszego wyjaśnienia jego sytuacji prawnej<sup>9</sup>.

Ostatnim elementem, który należy wziąć pod uwagę przy analizowaniu tej sytuacji, jest pozycja pokrzywdzonego. W toku ustalania wysokości

<sup>3</sup> K. Binmore, *Game Theory: A Very Short Introduction*, Oxford 2007, s. 142 i n.

<sup>4</sup> B. Skowron [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, red. K. Dudka, Warszawa 2020, art. 335, nt. 9. Nie jest to jedyny warunek formalny określony w art. 335, jednak w kontekście prowadzonej tu analizy jest on kluczowy. Pozostałe, jak np. wyłączenie zbrodni z katalogu przestępstw, w przypadku których można zastosować tę instytucję, jakkolwiek istotne z punktu widzenia prawa, nie mają większego wpływu na rozważania prowadzone na gruncie teorii gier.

<sup>5</sup> M. Kurowski [w:] *Kodeks postępowania karnego, t. 1, Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, LEX/el. 2020, art. 335, nt. 4; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego, t. 1, Artykuły 1-467. Komentarz*, Warszawa 2014, nt. 3.

<sup>6</sup> K. Dąbkiewicz, *Kodeks postępowania karnego, Komentarz do zmian*, Warszawa 2015, art. 335, nt. 13; B. Skowron [w:] K. Dudka *et al.*, *Komentarz...*, nt. 26.

<sup>7</sup> T. Grzegorzczak, *Kodeks...*, nt. 1

<sup>8</sup> B. Skowron [w:] K. Dudka *et al.*, *Komentarz...*, nt. 1.

<sup>9</sup> B. Skowron [w:] K. Dudka *et al.*, *Komentarz...*, nt. 1.

kary wspólnie z podejrzanym prokurator powinien wziąć pod uwagę nie tylko aspekty związane z celami postępowania karnego, takimi jak prewencja ogólna lub szczególna, ale zobligowany jest on także do uwzględnienia interesu pokrzywdzonego. W przeciwnym przypadku pokrzywdzonemu przysługuje uprawnienie do wyrażenia sprzeciwu i w konsekwencji do zablokowania możliwości wydania wyroku bez rozprawy<sup>10</sup>.

Zestawiając ze sobą te trzy wymienione powyżej elementy, tj. pozycję i interesy prokuratora, podejrzanego oraz poszkodowanego, postaramy się w dalszej części tego opracowania pokazać, że można je postrzegać jako swego rodzaju *grę*<sup>11</sup>, a następnie spróbujemy ująć je w ramy odpowiedniego modelu *gry* oraz przeanalizować ich wzajemne interakcje. Rezultatem tych rozważań będzie próba wyznaczenia optymalnych strategii prokuratora oraz podejrzanego w trakcie negocjacji wysokości kary.

Dla formalnej poprawności należy jeszcze wspomnieć o różnicy pomiędzy uregulowaniami zawartymi w art. 335 § 1 i § 2 kpk. W literaturze przeważa pogląd, że kwestią o zasadniczym znaczeniu jest fakt, że w sytuacji opisanej w § 1 rzeczonego artykułu podejrzany przyznaje się do zarzucanej mu winy, podczas gdy na gruncie § 2 nie jest obligatoryjne<sup>12</sup>.

## 2. Ramy modelu

Zanim przystąpimy do prezentacji konkretnych modeli gier, w pierwszej kolejności należy zdefiniować, czym właściwie jest *gra*. Najprościej grę można zdefiniować jako sytuację, w której dwóch lub więcej uczestników (*Graczy*) wchodzi ze sobą we wzajemną interakcję, starając się zabezpieczyć dla siebie jak najkorzystniejszy wynik, wybierając w tym celu odpowiednią *strategię*, tj. całościowy sposób postępowania w danej *grze*<sup>13</sup>. Ważnym, choć niewyrażonym wprost założeniem jest pełna racjonalność wszystkich *Graczy*, która przejawia się m.in. w ich dążeniu do maksymalizacji swojego zysku.

<sup>10</sup> B. Skowron [w:] K. Dudka *et al.*, *Komentarz...*, nt. 5.

<sup>11</sup> J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 140.

<sup>12</sup> S. Steinborn [w:] J. Grajewski, P. Rogoziński, *Kodeks...*, nt. 36. Oprócz kwestii przyznania się do winy, różnica pomiędzy tymi przepisami polega również na tym, że na podstawie § 1 prokurator występuje do sądu z wnioskiem zastępującym akt oskarżenia, zaś na podstawie § 2 stosowny wniosek jest dołączany do aktu oskarżenia. Rozróżnienie to jednak nie ma żadnego wpływu na treść dalszych rozważań, dlatego nie będzie ono szerzej omawiane w niniejszym opracowaniu.

<sup>13</sup> J.D. Williams, *Strateg doskonały. Wprowadzenie do teorii gier*, Warszawa, 1965, s. 14; W. Załuski, *Game theory in jurisprudence*, Toruń 2013, s. 24 i n.



## 2.1 Użyteczność oczekiwana

Oprócz gry, konieczne jest wprowadzenie jeszcze jednego konceptu, czyli *użyteczności oczekiwanej*<sup>14</sup>, która pozwoli nam na zmierzenie wartości zysków i strat *Graczy* w omawianej tu *grze*. W ekonomii oraz naukach jej pokrewnych, takich jak m.in. teoria gier i teoria podejmowania decyzji, pojęcie *użyteczności* jest wykorzystywane jako subiektywna miara wartości dóbr<sup>15</sup>. Innymi słowy, nie wchodząc zbyt głęboko w definicję formalną, *użyteczność* pozwala na określenie, ile dane dobro jest warte dla danej osoby<sup>16</sup>. Biorąc pod uwagę, że sama użyteczność ma charakter raczej abstrakcyjny, ma to szczególne zastosowanie przy porównywaniu wartości kilku różnych dóbr. Naturalnie ta rzecz, która przedstawia dla tej osoby większą *użyteczność*, będzie preferowana ponad te rzeczy, których *użyteczność* jest niższa. Formalnie, preferencje danej osoby opisuje się za pomocą funkcji użyteczności  $u(x)$ , która każdemu dobru przyporządkowuje określony poziom *użyteczności*.

*Użyteczność* można stosować jednak jedynie do sytuacji zdefiniowanych w sposób ściśle deterministyczny. Do oceny zdarzeń niepewnych, natury probabilistycznej, których wystąpienie może nastąpić jedynie z pewnym prawdopodobieństwem, można wykorzystać koncept *użyteczności oczekiwanej*<sup>17</sup>. Mając do czynienia ze zdarzeniem niepewnym  $x$  (w naukach ekonomicznych nazywanych również *loteriami*)<sup>18</sup>, w wyniku którego możliwych jest  $i$  potencjalnych rezultatów, opisanych jako  $x_i$ , *użyteczność oczekiwaną* zdarzenia  $x$ ,  $E[u(x)]$ , można opisać za pomocą formuły:

$$E[u(x)] = \sum_i p_i * u(x_i)$$

Gdzie  $p_i$  jest prawdopodobieństwem wystąpienia rezultatu  $x_i$ .

Dzięki uwzględnieniu prawdopodobieństwa wystąpienia poszczególnych rezultatów, *użyteczność oczekiwana* pozwala na porównywanie ze sobą kilku loterii. Podobnie jak w przypadku *użyteczności*, zdarzenia, których *użyteczność oczekiwana* będzie wyższa, będą bardziej preferowane niż te, których analogiczna wartość jest mniejsza<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> J. von Neumann, O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton University, USA, 1944, s. 15–16.

<sup>15</sup> J. von Neumann, O. Morgenstern, *Theory of Games...*, 1944, s. 15–17; G. Owen, *Game Theory*, Nowy Jork 2013, s. 147–149.

<sup>16</sup> W ekonomii „dobrem” może być *de facto* niemal wszystko: fizyczny towar, usługa, a nawet dobro niematerialne, takie jak np. wolny czas.

<sup>17</sup> J. von Neumann, O. Morgenstern, *Theory of Games...*, 1944, s. 15–18.

<sup>18</sup> G. Owen, *Game Theory*, s. 148–149.

<sup>19</sup> Należy w tym miejscu zaznaczyć, że z formalnego punktu widzenia wykorzystanie pojęcia

## 2.2. Games of bargaining

Kolejnym pojęciem, przydatnym w dalszej analizie, są gry klasy *games of bargaining*<sup>20</sup>. Opisują one sytuację, w której dwóch graczy musi ustalić pomiędzy siebie podział jakiegoś dobra (dla wygody najczęściej zakłada się, że chodzi o podział sumy pieniędzy równej  $1$ ). W najbardziej klasycznym przypadku Gracz 1 oferuje drugiemu Graczowi pewną sumę  $p \in (0, 1)$ . Gracz 2 może przyjąć tę ofertę i otrzymać wypłatę w wysokości  $p$  (Gracz 1 otrzyma wówczas  $1 - p$ ) lub też ją odrzucić, w wyniku czego obaj Gracze otrzymają wypłatę o wartości równej  $0$ .

Ten najprostszy model gry typu *games of bargaining* często jest rozbudowywany o dodatkowe właściwości, m.in. ilość możliwych sekwencji (tj. tur składania opisanych powyżej ofert przez poszczególnych graczy), dyskontowanie wartości dóbr w czasie etc. Na potrzeby niniejszego opracowania konieczne będzie zmodyfikowanie tego modelu tak, by lepiej oddawał naturę sytuacji, w której znajdują się prokurator i podejrzany. Niemniej jednak sposób rozumowania wypracowany przy analizie *games of bargaining* pozostanie jak najbardziej aktualny.

## 3. Model

Stosunkowo sytuacja opisanej w art. 335 § 1 i 2 kpk są *de facto* negocjacje wysokości wymiaru kary pomiędzy prokuratorem i podejrzanym. Choć są to negocjacje bardzo ograniczone w swoim zakresie, zarówno jeśli chodzi o ich przedmiot (wymiar kary), jak i swobodę ich uczestników, a przede wszystkim prokuratora (związanego rygorystycznymi przepisami prawa), to jednak w dalszym ciągu są to negocjacje. A skoro tak, to z powodzeniem można w ich analizie wykorzystać narzędzia wywodzące się z nauki ekonomii i teorii gier. Najbardziej trafną analogią jest wspomniana już wyżej klasa gier *games of bargaining*.

Z jednej strony, prokurator składa podejrzanemu pewną ofertę dotyczącą proponowanego wymiaru kary. Powinno mu przy tym zależeć na ustaleniu takiej kary, żeby jej wymiar był adekwatny w stosunku do celów postępowania karnego, takich jak m.in. prewencja ogólna i szczególna<sup>21</sup>.

---

użyteczności oczekiwanej jest możliwe tylko w przypadku preferencji, które spełniają szereg aksjomatów sformułowanych w pracach J. von Neumanna i O. Morgensterna. Na potrzeby niniejszego opracowania nie ma jednak konieczności wprowadzania tych aksjomatów i bez strat dla poprawności oraz ogólności rozumowania można założyć, że w przypadku preferencji prokuratora oraz podejrzanego aksjomaty te są spełnione.

<sup>20</sup> K. Binmore, *Game Theory...*, s. 142 i n.

<sup>21</sup> I. Zgoliński [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. III, red. V. Konarska-Wrżosek, Warszawa 2020, art. 53, nt. 6 i 10.

Musi również wziąć pod uwagę interes pokrzywdzonego, który, jeśli stwierdzi, że ustalona kara jest dla niego niesatysfakcjonująca, może wpłynąć na odrzucenie przez sąd całego porozumienia.

Z drugiej strony, jeśli jednak zaproponowana kara będzie zbyt wysoka, podejrzany może nie mieć żadnego interesu w akceptowaniu tej oferty i zamiast tego zdać się na ocenę całej sytuacji przez sąd. W trakcie procesu zaś zawsze istnieje prawdopodobieństwo, że sąd potraktuje go łagodniej niż prokurator, lub w skrajnym przypadku nawet zostanie uniewinniony. Biorąc pod uwagę, że zapisanym w art. 335 kpk (zarówno w § 1, jak i w § 2) warunkiem brzegowym jest to, by okoliczności popełnienia przestępstwa nie budziły wątpliwości, sytuacja taka jest raczej mało prawdopodobna, nie można jej jednak nigdy w zupełności wykluczyć. Zwłaszcza, że instytucja zapisana w art. 335 § 2 może być w praktyce wykorzystywana do ukrycia niedostateczności dowodów poprzez zgodę na łagodniejsze skazanie<sup>22</sup>. Negocjując wymiar kary, podejrzany nie może jednak proponować kary zbyt niskiej, która nie byłaby zadowalająca dla pokrzywdzonego, ponieważ w takiej sytuacji ustalenie to może nie zostać zaakceptowane przez sąd.

Wiedząc już to, możemy podjąć próbę przełożenia tej sytuacji na język *games of bargaining*. Ustalmy, że Graczem 1 (tj. graczem, który jako pierwszy składa ofertę) jest prokurator, zaś Graczem 2 podejrzany. Przez  $x$  będziemy oznaczać wymiar kary, zaś przez  $u_1(x)$  i  $u_2(x)$  funkcje użyteczności odpowiednio Gracza 1 (prokuratora) oraz 2 (podejznanego). Ponadto,  $x_{max}$  będzie maksymalnym możliwym wymiarem kary za dane przestępstwo, a  $x_{min}$  minimalną, akceptowalną dla pokrzywdzonego oraz dla sądu wysokością kary.

Przyjrzyjmy się w tym momencie właściwościom funkcji użyteczności obu Graczy. Przede wszystkim, postępując w pełni racjonalnie, obaj Gracze będą dążyć do maksymalizacji osiągniętej przez nich użyteczności. Z punktu widzenia podejrzanego, naturalnie niższa kara będzie dla niego zawsze korzystniejsza, niż wyższa. Ponadto, każda kara, bez względu na jej dolegliwość, będzie dla niego przedstawiała wartość ujemną. Wszak żaden racjonalny człowiek nie chce spędzać czasu w więzieniu lub tracić pieniędzy na opłacanie grzywny. Z tych powodów, funkcja użyteczności podejrzanego, czyli  $u_2(x)$  będzie malejąca (czyli wraz ze wzrostem  $x$ , wartość funkcji będzie coraz mniejsza) oraz będzie przyjmować wartości ujemne. Przyjmijmy także, że w przypadku uniewinnienia podejrzanego przez sąd lub odstąpienia od wymierzenia kary, czyli dla  $x = 0$ , podejrzany uzyskuje użyteczność równą  $u_2(0) = 0$ . Innymi słowy, brak konieczności odbywania jakiegokolwiek kary sprawia, że nie ponosi on żadnej straty. Z drugiej

<sup>22</sup> P. Piszczek [w:] *Wykład Prawa Karnego Procesowego*, red. P. Kruszyński, Warszawa 2012, s. 331.

strony, założmy jeszcze, że maksymalna strata, jaką może ponieść, jest równa  $u_2(x_{max}) = -x_{max}$ .

Bardziej skomplikowana jest kwestia funkcji użyteczności prokuratora. Do jej skonstruowania potrzebne jest przyjęcie *a priori* kilku założeń. Przede wszystkim należy założyć, że funkcja ta agreguje nie tylko użyteczność samej osoby prokuratora, ale także całego społeczeństwa, które jest w postępowaniu karnym reprezentowane właśnie przez instytucje prokuratury i organów ścigania, realizując m.in. cele prewencji ogólnej<sup>23</sup>. Ponadto, założmy, że wzrost kary (tj. wzrost  $x$ ) będzie równoznaczny ze wzrostem korzyści płynących z realizacji celów prewencji ogólnej. Z tego względu funkcja  $u_1(x)$  będzie funkcją rosnącą i będzie przyjmować wartości dodatnie, ponieważ każdy wymiar kary będzie stanowił benefit równoważny do odpowiadającej mu wyżej wymienionej wartości wynikającej z prewencji ogólnej. W skrajnym przypadku, niech  $u_1(x_{max}) = x_{max}$ . Przyjmijmy również, że dla  $x = 0$ ,  $u_1(0) = 0$ , czyli uniewinnienie podejrzanego nie przynosi żadnych korzyści (zakładamy wszak, że prokurator prowadzi postępowanie przeciwko osobie, o której winie za zarzucane jej czyny jest przekonany). W końcu też, jak już wskazaliśmy wcześniej, w interesie prokuratora jest zawarcie porozumienia z podejrzanym, gdyż stanowi to dla niego znaczne ułatwienie i odciąża go od konieczności przeprowadzania całościowego postępowania przygotowawczego oraz późniejszego przedstawiania sprawy w sądzie. Dlatego też założmy, że w ogólności prokurator będzie przypisywał większą wartość każdemu układowi, który będzie akceptowalny przez sąd oraz pokrzywdzonego niż ewentualnemu dalszemu prowadzeniu postępowania według zwykłej procedury.

Powyższe założenia sprawiają wrażenie sztucznych i być może poczynionych nieco na wyrost. Pamiętajmy jednak, że w gruncie rzeczy wszelkie modele naukowe, czy to na gruncie ekonomii, czy innych nauk, w szczególności nauk społecznych, z samej swojej natury stanowią uproszczone i wyidealizowany obraz opisywanej rzeczywistości. W przeważającej większości przypadków (zakładając oczywiście, że w procesie konstruowania modelu zachowano rygory naukowej poprawności) nie sprawia to jednak, że są one pozbawione wartości poznawczej. Pomimo przedstawionej przez nie uproszczonej wizji świata często trafnie opisują one rzeczywiste mechanizmy w nim zachodzące, a wnioski z tych modeli można z powodzeniem stosować w realnie występujących sytuacjach.

Wiedząc już, jakie właściwości mają funkcje użyteczności obu Graczy, możemy spróbować nakreślić problem decyzyjny, jaki stoi przed każdym z nich. Jak już zostało wspomniane powyżej, obaj Gracze będą dążyć do

<sup>23</sup> I. Zgoliński [w:] *Kodeks...*, nt. 6 i 10.

maksymalizacji swoich korzyści. Biorąc pod uwagę, że przedmiotem negocjacji jest tu wymiar kary, czyli  $x$ , w przypadku prokuratora będzie to oznaczać wybór takiej strategii, która zmaksymalizuje wartość  $x$ . Z kolei podejrzany, którego funkcja użyteczności jest malejąca, będzie dążył do minimalizacji  $x$  (czyli jednoczesnej maksymalizacji  $u_2(x)$ ). Jak widać, interesy obu Graczy stoją w absolutnej sprzeczności. Jak postaramy się pokazać, nie oznacza to jednak, że porozumienie między nimi jest niemożliwe do osiągnięcia.

Alternatywą dla osiągnięcia porozumienia przez obu Graczy jest pozostawienie oceny całej sytuacji niezawisłemu sądowi. Sąd, będący całkowicie niezależny, może zarówno uniewinnić podejrzanego, jak i skazać go na karę, której maksymalny wymiar określa  $x_{max}$ . Jeśli przez  $p$  określimy prawdopodobieństwo wydania przez sąd wyroku skazującego (a więc analogicznie prawdopodobieństwo wyroku uniewinniającego wynosi  $(1 - p)$ ), to dla każdego z Graczy taki wyrok będzie przedstawiał następującą użyteczność oczekiwaną<sup>24</sup>:

$$E[u_1(x)] = p * u_1(x_{max}),$$

$$E[u_2(x)] = p * u_2(x_{max}).$$

Zaznaczmy jedynie, że uzasadnieniem dla wykorzystania wartości  $x_{max}$  jest fakt, że obaj Gracze (a w szczególności podejrzany), muszą się liczyć z możliwością, że wydając wyrok skazujący sąd zasądzi maksymalny możliwy wymiar kary.

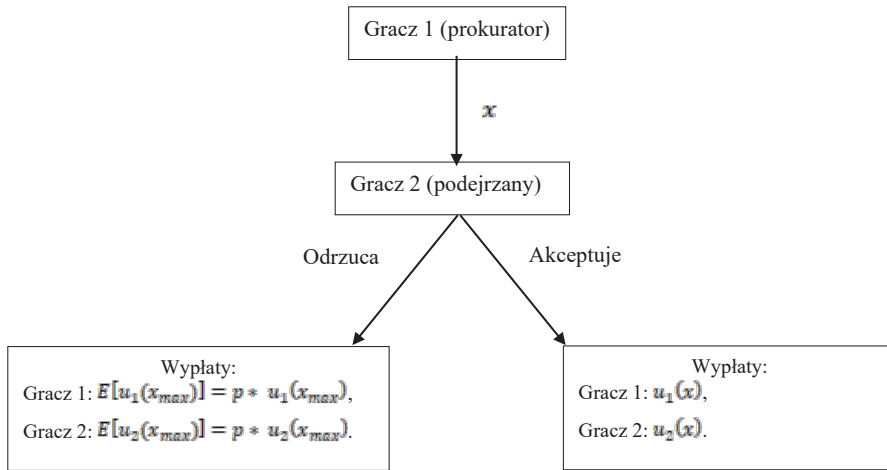
Zgodnie z przyjętym modelem game of bargaining, prokurator (Gracz 1) składa podejrzanemu ofertę dotyczącą wymiaru kary w wysokości  $x$ . Podejrzany (Gracz 2) może tę ofertę przyjąć. Wtedy obaj Gracze otrzymają wypłaty w wysokości wyznaczonej przez ich funkcję użyteczności dla tej wartości  $x$ . Podejrzany może jednak też odrzucić ofertę i zdać się na sąd, co w rezultacie zapewni obu graczom wypłaty o wartości równej przez wskazane powyżej użyteczności oczekiwane  $E[u_i(x)] = p * u_i(x_{max})$ .

Teoretycznie Gracz 2 ma jeszcze trzecią opcję, czyli złożyć prokuratorowi własną ofertę innego wymiaru kary dla siebie. Zauważmy jednak, że wartość ofert w każdej iteracji sekwencji „oferta–zgoda/odrzucenie oferty” nie jest dyskontowana w czasie, tj. dla danego  $x$  odpowiadające mu wartości funkcji użyteczności obu Graczy zawsze będą takie same, bez względu na to, czy jest to pierwsza iteracja, czy też któraś z kolei. W rzeczywistości też tego typu negocjacje pomiędzy prokuratorem i podejrzanym raczej

<sup>24</sup> Formalnie, zgodnie z definicją powinno to być zapisane jako  $E[u_i(x)] = p * u_i(x_{max}) + (1 - p) * u_i(0) + (1 - p) * u_i(0)$ , jednak z racji tego, że  $u_1(0) = u_2(0) = 0$ , to  $(1 - p) * u_i(0) = 0$ , więc element ten możemy z powrozeniem pominąć.

trwają relatywnie krótko, przynajmniej w porównaniu do negocjacji np. czysto biznesowych, które potrafią trwać nawet miesiącami. Z tego powodu ilość ewentualnych sekwencji „oferta–zgoda/odrzucenie oferty” nie ma żadnego znaczenia i cały problem można sprowadzić do jednej sekwencji<sup>25</sup>. Ponadto z racji tego, że powyższa gra jest symetryczna (czyli zysk jednej ze stron oznacza stratę drugiej) w gruncie rzeczy nie ma także znaczenia, który z Graczy składa ofertę jako pierwszy. Zakładamy, że prokurator jest Graczem 1 tylko dla wygody i przejrzystości wyводу.

Powyższą sekwencję „oferta–zgoda/odrzucenie oferty” można przedstawić za pomocą poniższego schematu:



Cały problem można *de facto* sprowadzić do pytania o to, jaką wartość  $x$  prokurator powinien zaproponować podejrzanemu, żeby ten zaakceptował ofertę, jednocześnie uwzględniając przy tym wszystkim także interes pokrzywdzonego.

Druga z tych kwestii, czyli uwzględnienie interesu pokrzywdzonego, jest relatywnie prosta do rozwiązania. Zgodnie z wprowadzoną wcześniej definicją,  $x_{min}$  określa wartość minimalnego, akceptowalnego dla pokrzywdzonego oraz sądu wymiaru kary. Dlatego każda wartość  $x$  spełniająca nierówność  $x \geq x_{min}$  będzie wystarczająca dla pokrzywdzonego oraz sądu.

Jeśli zaś chodzi o pierwsze zagadnienie, czyli wartość  $x$ , która będzie wystarczająco atrakcyjna dla podejrzanego, by ją zaakceptować, należy przede wszystkim rozważyć stojące przed nim opcje wyboru. Jak już zostało podkreślone wcześniej, w przypadku przyjęcia oferty w wysokości  $x$

<sup>25</sup> A. Rubinstein, *Perfect Equilibrium in a Bargaining Model* [w:] *Econometrica*, vol. 50, 1982, s. 98–101; G. Owen, *Game Theory*, s. 87–89.

otrzyma on wypłatę o wartości  $u_2(x)$ , zaś gdyby ją odrzucił, może liczyć na oczekiwaną użyteczność o wartości  $E[u_2(x_{max})] = p * u_2(x_{max})$ . Postępując racjonalnie i maksymalizując swoją użyteczność oczekiwaną, będzie on preferował każdą sytuację, w której spełniona będzie nierówność  $u_2(x) > p * u_2(x_{max})$ . Jeśli przez  $x^*$  oznaczymy taką wartość zmiennej  $x$ , że  $u_2(x^*) = p * u_2(x_{max})$ , to (mając w pamięci, że funkcja  $u_2(x)$  jest malejąca) powyższa nierówność będzie spełniona dla wartości  $x < x^*$ . Zestawiając ze sobą te dwie powyższe konkluzje otrzymujemy przedział  $x \in \langle x_{min}, x^* \rangle$ . Innymi słowy, każda wartość  $x$  większa bądź równa  $x_{min}$  oraz jednocześnie mniejsza od  $x^*$  powinna być dla podejrzanego zadowalająca.

Ten wniosek, jakkolwiek w zupełności słuszny i uprawniony, nie jest jednak kompletny. Musimy bowiem rozważyć jeszcze przypadek, w którym  $u_2(x^*) = p * u_2(x_{max})$ . Odpowiedź na pytanie, co powinien wybrać racjonalnie postępujący podejrzan, mając do wyboru pewną stratę o wartości  $u_2(x^*)$  i loterię o takiej samej użyteczności oczekiwanej, w wyniku której jednak może odnieść jeszcze większą stratę o wartości  $u_2(x_{max})$ , nie jest oczywista. Aby znaleźć rozwiązanie tego dylematu, należy spojrzeć szerzej, nie tylko na samą użyteczność oczekiwaną (w kategoriach matematycznych podobnej do pojęcia wartości oczekiwanej), ale także na jej zmienność, której miarą w języku matematyki jest wariancja<sup>26</sup>. Dla  $E[u_2(x^*)] = p_{x^*} * u_2(x^*) = 1 * u_2(x^*)$  wariancja wynosi  $Var(u_2(x^*)) = 0$ .<sup>27</sup> Z kolei dla  $E[u_2(x_{max})] = p_{x_{max}} * u_2(x_{max})$  wariancja równa się  $Var(u_2(x_{max})) = (u_2(x_{max}))^2 * p * (1 - p)$ . Każdy z czynników tego iloczynu jest z definicji większy od zera, więc cały iloczyn jest również większy od zera<sup>28</sup>. W efekcie, alternatywa w postaci  $E[u_2(x_{max})] = p * u_2(x_{max})$  cechuje się zdecydowanie większą zmiennością niż opcja  $E[u_2(x^*)] = u_2(x^*)$ . Można więc przypuszczać, że postępując racjonalnie, podejrzan będzie się raczej skłaniał ku opcji cechującej się mniejszą zmiennością. W efekcie możemy zaktualizować przedstawiony wcześniej zakres wartości zmiennej  $x$ , które będą reprezentować oferty wystarczająco atrakcyjne dla podejrzanego, i zapisać go jako  $x \in \langle x_{min}, x^* \rangle$ .

Należy jednak zaznaczyć, że twierdzenie to ma charakter bardziej heurystyki niż reguły. Będzie ona spełniona dla przypadku, gdzie zakładamy

<sup>26</sup> Najprościej wyjaśnić to w ten sposób, że im wyższa jest wariancja, tym większa jest zmienność dla danej wartości oczekiwanej.

<sup>27</sup> Pomijamy tu techniczne kroki wyliczania wariancji, gdyż na potrzeby niniejszych rozważań potrzebne są nam jedynie wyniki, a wprowadzanie tu tych obliczeń nie wniesie do niniejszego wywodu żadnej wartości dodanej.

<sup>28</sup> Wprawdzie, jak założyliśmy wcześniej,  $u_2(x_{max})$  przyjmuje wartość ujemną, jednak każda rzeczywista liczba ujemna podniesiona do kwadratu daje liczbę dodatnią.



pełną racjonalność podejrzanego. Sprawa nie będzie już jednak tak oczywista, gdy weźmiemy pod uwagę także różne warianty jego nastawienia do ryzyka. Kwestię tę omówimy w dalszej części niniejszej pracy. Najpierw jednak rozważmy przypadek doskonale racjonalnego podejrzanego, który posłuży jako punkt wyjścia do dalszych rozważań.

Wiedząc już to możemy teraz podjąć próbę wyznaczenia optymalnych strategii dla obu graczy. Jak zaznaczyliśmy powyżej, każda wartość  $x \in \langle x_{min}, x^* \rangle$  będzie dla podejrzanego stanowiła bardziej atrakcyjną opcję niż alternatywa w postaci pozostawienia sprawy do oceny przez sąd, co przyniesie mu wypłatę o wartości  $E[u_2(x_{max})] = p * u_2(x_{max})$ . Naturalnie mając do wyboru wartości z powyższego przedziału, podejrzanym będzie się starał uzyskać karę w wysokości jak najbardziej zbliżonej do  $x_{min}$ . Z drugiej strony, prokurator będzie dążył do ustalenia kary jak najbardziej zbliżonej do  $x^*$ .

Jak już zostało wytłumaczone powyżej, co do zasady racjonalny podejrzanym będzie preferował pewną karę w wysokości  $x^*$  niż ryzyko otrzymania wyższej kary. Dlatego optymalną – jak postaramy się za chwilę pokazać, optymalną w sensie Nasha<sup>29</sup> – dla prokuratora strategią powinno zaproponowanie podejrzanemu oferty właśnie w wysokości  $x^*$ . Podejrzanym może oczywiście spróbować odmówić i ewentualnie wysunąć swoją własną, niższą propozycję z przedziału  $x \in \langle x_{min}, x^* \rangle$ <sup>30</sup>, jednocześnie grożąc, że w przypadku niezaakceptowania jej odrzuci całe porozumienie i zda się na ocenę sądu. Zauważmy jednak, że taka groźba nie jest wiarygodna. Wiedząc, że nawet dla skrajnego przypadku  $x^*$  podejrzanym będzie preferował tę opcję, niż iść do sądu, realizując powyższą groźbę *de facto* będzie on działał na własną szkodę, ponieważ wybierze opcję, która potencjalnie zapewni mu niższy poziom *oczekiwanej użyteczności*. Z drugiej strony zaś prokurator, mając świadomość powyższego mechanizmu, nie będzie miał żadnej motywacji, żeby oferować podejrzanemu wartość niższą niż  $x^*$ . W efekcie zapewni to obu Graczom wypłaty w wysokości:

Prokurator:  $u_1(x^*)$ ;

Podejrzanym:  $u_2(x^*)$ .

W tej sytuacji żaden z Graczy nie ma możliwości, by jednostronnie zmienić wysokość swojej wypłaty na plus. Wynika z tego, że ten profil strategii w istocie wyznacza równowagę Nasha dla tej gry, a zatem i same strategie obu graczy są optymalne w sensie Nasha<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> K. Binmore, *Game...*, s. 11-12.

<sup>30</sup> Jak już pokazaliśmy we wcześniejszej części tego tekstu, wysuwanie propozycji spoza tego przedziału nie leży w interesie żadnej ze stron.

<sup>31</sup> K. Binmore, *Game...*, s. 11-16.

### 3.1. Nastawienie do ryzyka

Opisana powyżej równowaga w grze pomiędzy prokuratorem i podejrzanym stanowi dobry punkt wyjścia do dalszych rozważań dotyczących wpływu stosunku podejrzanego do ryzyka na ostateczny wynik tej gry.

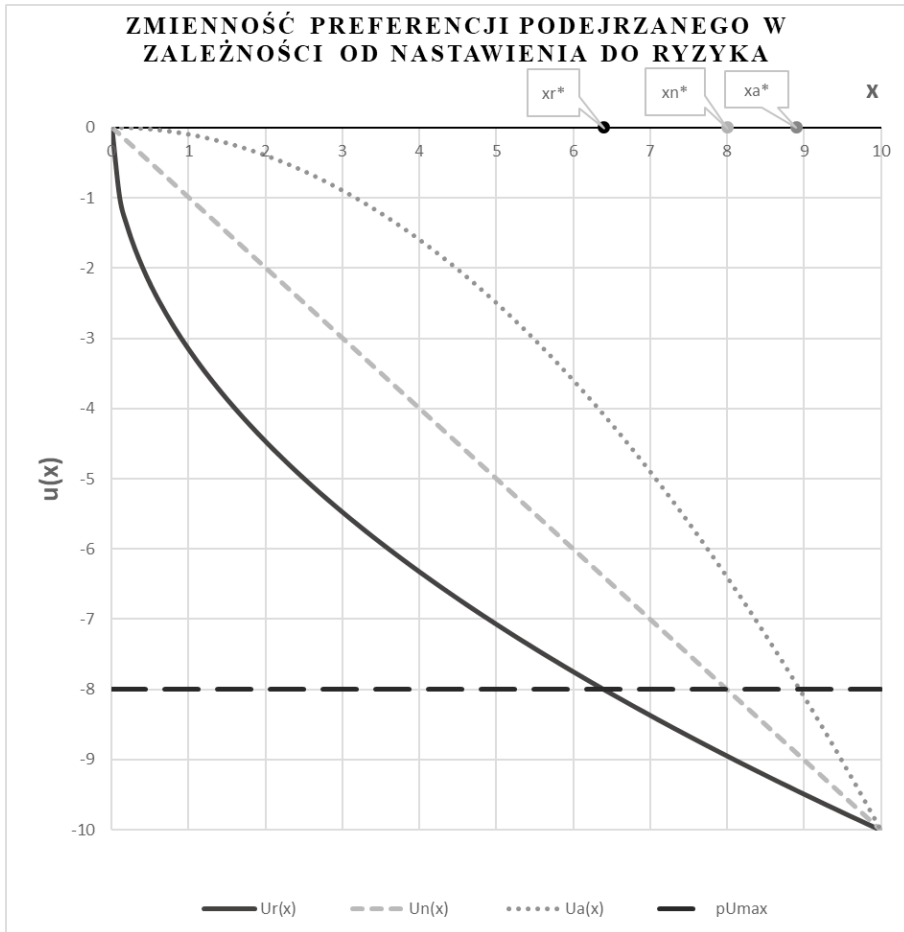
Co do zasady, można wyróżnić trzy warianty nastawienia do zjawiska ryzyka. Są to: awersja do ryzyka, stosunek neutralny (indyferenty) oraz skłonność do ryzyka.

W przypadku awersji do ryzyka dana osoba ma tendencję do unikania sytuacji związanych z niepewnością. Mając wybór pomiędzy jakąś loterią i zdarzeniem pewnym o porównywalnych wartościach oczekiwanych, będzie ona bardziej skłonna wybrać zdarzenie pewne, nawet jeśli zapewni jej to niższą oczekiwaną korzyść niż udział w loterii.

Stosunek neutralny (indyferenty) do ryzyka oznacza, że stojąc przed opisanym powyżej wyborem, dana osoba będzie podejmować decyzję, opierając się przede wszystkim na kryterium wartości oczekiwanej obu opcji.

Z kolei osoba skłonna do ryzyka w takiej sytuacji będzie preferowała loterię, w której potencjalnie będzie mogła uzyskać więcej niż dzięki opcji pewnej, akceptując przy tym fakt, że ostateczny wynik jej decyzji jest niepewny i równie dobrze może ona się wiązać ze stratą (lub dużo mniejszym zyskiem).

W kategoriach matematycznych funkcja użyteczności osoby z awersją do ryzyka będzie wklęsła, dla osoby indyferentnej wobec ryzyka będzie miała postać liniową, zaś przy skłonności do ryzyka będzie wypukła. Ilustruje to zamieszczony poniżej wykres.



Na powyższym wykresie zaznaczono przykładową funkcję użyteczności podejrzanego (i odpowiadającą jej wartość  $x^*$  - zaznaczoną na osi zmiennej  $x$ ), cechującego się odpowiednio:

- awersją do ryzyka (linia kropkowana);
- neutralnym stosunkiem do ryzyka (linia przerywana koloru szarego)
- skłonnością do ryzyka (linia ciągła koloru czarnego).

Czarna przerywana linia wyznacza natomiast przykładową, arbitralnie ustaloną wartość graniczną  $p * u_2(x_{max})$ .

Przeanalizujmy teraz, jakie konsekwencje wynikają z matematycznych kształtów poszczególnych funkcji. Jak już zaznaczyliśmy wcześniej, kluczową rozważaną przez nas wartością jest  $x^*$ , dla której zachodzi równość  $u_2(x^*) = p * u_2(x_{max})$ . Matematycznie jest ona wyznaczana przez punkt przecięcia funkcji  $u_2(x)$  i linii oznaczającej konkretną wartość  $p * u_2(x_{max})$ . Należy zauważyć, że dla danego  $p * u_2(x_{max})$ , ostateczna

wysokość  $x^*$  zależy od kształtu funkcji  $u_2(x)$ . Jak widać wyraźnie na powyższym wykresie,  $x^*$  przyjmuje najniższą wartość w przypadku podejrzanego skłonnego do ryzyka, zaś najwyższą dla podejrzanego odznaczającego się awersją do niepewności. Co więcej, można wysnuć także bardziej ogólny wniosek dotyczący zależności pomiędzy  $x^*$  dla poszczególnych funkcji użyteczności. Z matematycznych własności tych funkcji wynika bowiem, że:

$$x_{\text{ryzykant}}^* \leq x_{\text{indifferenty}}^* \leq x_{\text{awersja do ryzyka}}^*$$

Z powyższej analizy wypływa prosty wniosek dla prokuratora. Składając podejrzanemu ofertę dotyczącą kary, prokurator powinien wziąć pod uwagę nastawienie podejrzanego do ryzyka. Mając do czynienia z osobą podejrzanego skłoną do ryzyka, należałoby zaoferować mu niższą karę niż w przypadku, gdyby wyróżniał się on niechęcią do podejmowania ryzyka (i na odwrót).

#### 4. Wyniki, interpretacja i wnioski

Jak postaraliśmy się pokazać we wcześniejszej części tego opracowania, stosując metody wywodzące się z teorii gier, w szczególności z modeli gier typu *games of bargaining*, można podjąć próbę wyznaczenia optymalnych strategii dla prokuratora oraz podejrzanego w toku negocjacji dotyczących wysokości wymiaru kary na gruncie art. 335 § 1 i 2 kpk.

Wykorzystując pewne uproszczenia i założenia, które są nieodzowną częścią każdego modelu teoretycznego, udało się pokazać, że optymalną w sensie Nasha strategią dla obu graczy będzie wybór kary w wysokości  $x^*$ , która wynika z zależności  $u_2(x^*) = p * u_2(x_{max})$ . Jednocześnie udowodniliśmy, że ostateczna wartość  $x^*$  w dużej mierze zależy też od skłonności podejrzanego do podejmowania ryzyka.

W tym momencie warto zadać sobie pytanie natury bardziej psychologicznej lub nawet filozoficznej o to, z czego właściwie wynika skłonność danej osoby do ryzyka? Czy jest to cecha w istocie bardziej endogeniczna czy egzogeniczna? Czy człowiek może sam dowolnie zdecydować o tym, jak w danej chwili zamierza się zapatrywać na niepewność? Pytania te, jakkolwiek brzmią całkowicie abstrakcyjnie, potencjalnie mogą mieć duży wpływ na prowadzone w tym tekście rozważania. Jak wynika z powyższych rozważań, podejrzanym bardziej skłonny do ryzyka, co do zasady może liczyć na ofertę niższej kary od prokuratora. W tej sytuacji, jeśli podejrzanym mógłby dowolnie manipulować swoją skłonnością do ryzyka (matematycznie wpływałoby to na „wypukłość” funkcji użyteczności), wtedy powinien ją zwiększać aż do momentu, w którym osiągnąłby najlepszy możliwy dla siebie

wynik, czyli  $x^* = x_{min}$ . Kwestią otwartą pozostaje, na ile taki mechanizm mógłby być realny. Podobnie zresztą jak filozoficzne pytanie, czy prokurator, analizując skłonność do ryzyka podejrzanego, ocenia jego realną skłonność do ryzyka, czy też tylko swoje subiektywne mniemanie o niej.

Jak wspomnieliśmy powyżej, do konstrukcji wykorzystywanego w niniejszym tekście modelu konieczne było poczynienie pewnych założeń i uproszczeń. Większość z nich została wcześniej zasygnalizowana i wyjaśniona. Nie dotknęliśmy jednak do tej pory jeszcze jednego z nich, które zostało przyjęte trochę mimowolnie. Mianowicie chodzi tu o dostępność informacji dla obu stron omawianej gry. Przyjęliśmy milczące założenie, że zarówno prokurator, jak i podejrzany mają pełną świadomość tego, o co grają oraz jakie są możliwości i preferencje drugiego z Graczy. Dzięki temu możliwe było osiągnięcie wskazanych wcześniej wniosków dotyczących optymalnych strategii obu uczestników gry. W rzeczywistości jednak rzadko kiedy Gracze posiadają taki luksus i najczęściej zmuszeni są oni poruszać się w sferze znacznie większej niepewności wśród znacznie większej liczby niewiadomych. W takich warunkach próba wskazania optymalnych decyzji każdego z nich jest zadaniem o zupełnie innej skali trudności i z pewnością wymagałaby dalszych, intensywnych badań na ten temat.



#### A B S T R A C T

The article 335 § 1 i 2 of the code of criminal procedure constitutes a possibility of between the prosecutor and the suspect. The negotiations concerning the scope of the sentence is the very essence of this institution. These negotiations can be regarded as a two-person *game of bargaining*. Therefore it is possible to analyze the behavior of both parties of this game, and determine their optimal strategies with the use the framework stemming from the game theory.

*Kilka uwag na temat profilu kryminalnego  
jako poszlaki odciążającej na tle orzecznictwa  
sądów amerykańskich*

*A few remarks on the criminal profile as an  
exculpatory circumstantial evidence in the  
context of American courts' jurisprudence*

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

Niniejszy artykuł dotyczy rozważań na temat profilu kryminalnego jako poszlaki odciążającej. Analizie poddano orzeczenia sądów amerykańskich, w których sądy te rozważały, jakie warunki powinien spełnić profil niepasujący do oskarżonego (profil negatywny), aby mógł zostać wykorzystany w procesie jako dowód. Do warunków tych sądy zaliczyły m.in.: wykazanie, że istnieją cechy, które pozwalają odróżnić sprawców danej kategorii przestępstw od osób, które takich przestępstw nie popełniają; opisanie cech tworzących profil; opis metodyki sporządzania profilu, sposobu jej testowania, poziomu trafności rezultatów jej zastosowania oraz akceptowalność przez społeczność akademicką. Sądy podkreśliły również, że stosowanie przez eksperta standaryzowanych testów psychologicznych nie jest wystarczające do przyjęcia, że sporządzony profil negatywny jest trafny i wiarygodny. Mimo różnic między polską procedurą karną i systemem common law celowe wydaje się uwzględnianie podczas oceny negatywnych profili doświadczeń sądów kraju, z którego wywodzi się profilowanie kryminalne.

Niniejszy artykuł poświęcony jest rozważaniom na temat profilu kryminalnego jako tzw. poszlaki odciążającej<sup>1</sup>. Możliwość wykorzystania profilu kryminalnego jako dowodu w postępowaniu karnym rzadko jest przedmiotem teoretycznych rozważań, chociaż wzbudza wiele kontrowersji. Zdania dotyczące kwestii, czy profil kryminalny może być uznany za dowód świadczący na niekorzyść oskarżonego, są bardzo podzielone, zarówno w opracowaniach polskich, jak i obcojęzycznych. Generalnie można zauważyć

<sup>1</sup> J. Widacki (red.), *Kryminalistyka*, C. H. Beck, Warszawa 2018, s. 66.

tendencję, że kryminaliści negują taką możliwość<sup>2</sup>, natomiast profilerzy taką możliwość dopuszczają<sup>3</sup>. Jednocześnie w rodzimej literaturze, zarówno kryminalistycznej, jak i poświęconej profilowaniu, pojawiają się poglądy, że wyjątkiem od zasady, że profil nie powinien stanowić dowodu, jest przypadek, gdy charakterystyka oskarżonego jest niezgodna z tą zaprezentowaną przez biegłego w profilu. W opinii zwolenników tych poglądów taka charakterystyka sprawcy, zwana w Stanach Zjednoczonych Ameryki profilem negatywnym<sup>4</sup>, sporządzona w toku postępowania przygotowawczego może być później wykorzystana przed sądem jako dowód w sprawie<sup>5</sup>.

Profilowanie kryminalne w Polsce definiowane jest najczęściej jako „dochodzenie do krótkiej, dynamicznej charakterystyki związłe ujmującej najważniejsze cechy nieznanego sprawcy oraz przejawy jego zachowań”<sup>6</sup>. Wywodzi się z metody opracowanej przez Federalne Biuro Śledcze pod koniec lat 70. XX w. zwanej Criminal Investigative Analysis (CIA)<sup>7</sup>. Wszystkie najważniejsze polskie metody profilowania opierają się na CIA lub do niej wyraźnie nawiązują<sup>8</sup>. Dlatego też celowe wydaje się prześledzenie, jak na kwestię odciążającej roli profilu zapatrują się sądy amerykańskie, zwłaszcza że w naszym kraju profilowanie kryminalne jedynie wyjątkowo stanowi przedmiot rozważań sądu. Oczywiście różnice między systemem kontynentalnym i common law co prawda nie pozwalają automatycznie przenosić rozwiązań między tymi porządkami prawnymi. Wydaje się jednak, że niektóre poglądy pojawiające się w orzecznictwie sądów amerykańskich mogą znaleźć zastosowanie również w Polsce, gdyż do podobnych wniosków można dojść, kierując się zasadami prawidłowego rozumowania, wskazaniami wiedzy i doświadczenia życiowego.

<sup>2</sup> J. Konieczny, M. Szostak, *Metodologiczne problemy profilowania kryminalnego*, „Problemy Kryminalistyki”, 2011, 274, s. 33; J. Widacki (red.), *Kryminalistyka...*, op. cit., s. 66.

<sup>3</sup> B. Lach, *Profilowanie kryminalistyczne*, Wolters Kluwer SA, Warszawa 2014, s. 62; U. Cur, *Znaczenie śladu psychologicznego w procesie wykrywania sprawców zabójstw* [w:] J. Konieczny, M. Szostak (red.), *Profilowanie kryminalne*, Wolters Kluwer Polska Sp. z o. o., Warszawa 2011, s. 136.

<sup>4</sup> *Commonwealth v. Coates*, 89 Mass. App. Ct. 728 (2016).

<sup>5</sup> J. Konieczny, M. Szostak, *Metodologiczne problemy...*, op. cit., s. 33, J. Widacki (red.), *Kryminalistyka...*, op. cit., s. 66; B. Lach, *Profilowanie kryminalistyczne...*, op. cit., s. 64.

<sup>6</sup> J.K. Gierowski, *Rola i znaczenie psychologicznej ekspertyzy typologicznej w praktyce organów ścigania*, „Palestra” 2005, 50, s. 73.

<sup>7</sup> J. Warren, R. Reboussin, R.R. Hazelwood, A. Cummings, N. Gibbs, S. Trumbetta, *Crime Scene and Distance Correlates of Serial Rape*, „Journal of Quantitative Criminology” 1998, vol. 14, 1, s. 36; J.E. Douglas, R.K. Ressler, A.W. Burgess, C.R. Hartman, *Criminal Profiling from Crime Scene Analysis*, „Behavioral Sciences & Law” 1986, vol. 4, 4, s. 401–421.

<sup>8</sup> M. Szaszkiewicz, *Model opracowywania charakterystyki nieznanego sprawcy zabójstwa* [w:] J.K. Gierowski, T. Jaśkiewicz-Obydzińska, *Zabójcy i ich ofiary*, Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych, Kraków 2003, s. 185, B. Lach, *Profilowanie kryminalistyczne...*, op. cit., s. 116; D. Piotrowicz, *Wybrane problemy metodyki profilowania nieznanego sprawcy przestępstw* [w:] J. Konieczny, M. Szostak, *Profilowanie kryminalne*, Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., Warszawa 2011, s. 42; J. Gołębiowski, *Profilowanie kryminalne*, Centrum Psychologii Kryminalnej, Łomianki 2017, s. 164 i n.



W amerykańskich sądach profil zwykle traktowany jest jako dowód dotyczący charakteru osoby. Generalnie nie jest dopuszczalne użycie dowodu dotyczącego charakteru lub cechy charakteru w celu udowodnienia, że osoba działała zgodnie z nimi w konkretnym przypadku. Zasada ta przewiduje kilka wyjątków, w tym dotyczący charakteru oskarżonego. Dowód taki jest dopuszczalny, jeżeli pierwszy na niego powoła się oskarżony. Wówczas prokurator może zaproponować własny dowód, który będzie próbował obalić argument oskarżonego<sup>9</sup>. Ważny jest również powód jego wprowadzenia do procesu. Dopuszczalne jest wprowadzenie go w celu wskazania zamiaru przestępnego, niedopuszczalne w celu wykazania przestępnych skłonności. Charakter można udowadniać w drodze zeznania dotyczącego reputacji albo zeznania mającego formę opinii. Jeżeli charakter lub jego cecha są kluczowymi elementami zarzutu, roszczenia lub obrony, można również dowodzić konkretnych przypadków zachowania<sup>10</sup>. Przepisy przewidują również możliwość dowodzenia, że postępowanie osoby lub organizacji było zgodne z przyzwyczajeniem lub rutynową praktyką<sup>11</sup>.

W niniejszym artykule zostaną omówione orzeczenia sądowe dotyczące sytuacji, gdy oskarżony na swoją obronę podnosił, że nie pasuje do profilu sprawcy. Miało to najczęściej miejsce w przypadku przestępstw takich jak zgwałcenie, pedofilia, zabójstwo na tle seksualnym. W celu wyselekcjonowania przypadków, które najlepiej ilustrowałyby przedmiotowe zagadnienie, wykorzystano popularne internetowe narzędzia do przeszukiwania baz orzeczeń sądowych USA<sup>12</sup>. Pierwsze trzy omówione poniżej sprawy, stanowią przykład najbardziej typowej argumentacji podawanej przez sądy amerykańskie w odniesieniu do profili negatywnych. Pozostałe dwie ukazują rzadziej spotykane sytuacje, w których sąd miał za zadanie odniesienie się do profilu negatywnego proponowanego jako dowód.

W sprawie *State v. Cavallo* pokrzywdzona, zamężna kobieta w drugim miesiącu ciąży, twierdziła, że została uprowadzona przez Michaela Cavallo i Davida R. Murro z baru, a następnie zawieziona w odludne miejsce i zgwałcona przez oskarżonych. Podczas procesu Cavallo wystąpił o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego psychiatry, który miał wykazać, że nie ma cech psychologicznych gwałciciela. Psychiatra chciał przedstawić opinię, że Cavallo potrafi odróżnić dobro od zła, jest osobą o dobrych intencjach, postrzega przemoc, która towarzyszy zgwałceniu jako coś złego, jest pokojowo nastawioną, nieagresywną osobą. Miał również zeznać, że z jego doświadczenia jako psychiatry wynika, że gwałciciele są brutalnymi, agresywnymi ludźmi, a Cavallo nie pasuje do takiego schematu.

<sup>9</sup> Federal Rules of Evidence (FRE) 404, <<https://www.rulesofevidence.org/>> [dostęp: 21.10.2020].

<sup>10</sup> FRE 405.

<sup>11</sup> FRE 406.

<sup>12</sup> LawPipe. Online Legal Research Tool; Justia. US Law; FindLaw. For Legal Professionals.

Wniosek dowodowy został odrzucony przez sądy pierwszej i drugiej instancji. Sąd apelacyjny przyznał, że dowód ten jest istotny dla sprawy, gdyż opinia biegłego ma być podstawą dla wniosku, że skoro Cavallo nie posiadał cech gwałciela, nie dopuścił się zgwałcenia w tym konkretnym przypadku. Analizując wniosek, sąd wskazał, że opinia eksperta jest dopuszczalna jako dowód, jeżeli ekspert posiada wystarczającą wiedzę specjalną, żeby wydać opinię i opinia ta jest wystarczająco wiarygodna. Dowód naukowy jest dopuszczalny, jeśli proponowana technika lub sposób analizy ma wystarczające naukowe podstawy, by tworzyć jednolite i rozsądnie wiarygodne wyniki i w sposób istotny przyczynia się do ustalenia prawdy. Sąd wyraził jednak wątpliwość, czy istnieje taka wiedza specjalna, umiejętność, doświadczenie czy przeszkolenie, dzięki którym ekspert może określić z rozsądną wiarygodnością, że osoba ma właściwości psychiczne, które czynią nieprawdopodobnym popełnienie przez nią gwałtu w konkretnym przypadku. W opisywanej sprawie psychiatra miał zeznawać, że Cavallo nie posiadał cech wspólnych ze wszystkimi lub większością gwałcieli. Sąd uznał, że podstawą takiego zeznania są dwa założenia, których wiarygodność musi wykazać oskarżony: 1) istnieją pewne szczególne cechy psychiczne charakterystyczne dla gwałcieli i 2) psychiatrzy są w stanie ustalić, czy badana osoba posiada takie cechy czy nie. Jednocześnie sąd nie zgodził się ze stanowiskiem obrony, że kwestie te mają wpływ na wartość dowodową opinii eksperta, a nie na kwestie dopuszczalności dowodu. Zdaniem sądu niebezpieczeństwo powstania uprzedzeń przez wprowadzenie niewiarygodnej opinii biegłego jest oczywiste. Chociaż przysięgli nie zawsze przypisują dużą wagę do opinii niewiarygodnych ekspertów, istnieje znaczące niebezpieczeństwo, że zrobią to w omawianym przypadku, dlatego że dowód ten określony jest mianem „naukowy”. Sąd wyraził również obawę, że dojdzie do „bitwy ekspertów”. Psychiatria jest subiektywną dziedziną, więc oskarżenie łatwo znajdzie „swojego” psychiatrę, który będzie kwestionował ustalenia biegłego obrony. W rezultacie istnieje niebezpieczeństwo, że proces nie będzie dotyczył kwestii, czy oskarżony popełnił przestępstwo gwałtu, lecz tego, czy wykazuje cechy gwałciela. Odrzucając wniosek obrony, sąd skonkludował, że oskarżeni nie wykazali, że istnieją cechy charakterystyczne gwałcieli, co do których istniałaby zgodność poglądów w społeczności akademickiej. Nie wykazali również, że psychiatrzy posiadają specjalną zdolność rozeznawania, czy dana osoba jest prawdopodobnie gwałciелеm<sup>13</sup>.

W sprawie *State v. Parkinson*, Kelly Parkinson został oskarżony o molestowanie swojej trzynastoletniej siostrzenicy. Na swoją obronę chciał przedstawić opinie dwóch biegłych, którzy mieli zeznać, że jego cechy nie

<sup>13</sup> *State v. Cavallo*, 88 N.J. 508 (1982).

pasują do profilu przestępcy seksualnego. Biegły psycholog na podstawie testu MMPI<sup>14</sup>, testu oceny ryzyka samobójstwa oraz wywiadów klinicznych stwierdził, że Parkinson nie pasuje do profilu psychologicznego przestępców seksualnych. Sąd uznał, że pomimo faktu, iż MMPI jest generalnie akceptowanym i szeroko używanym testem osobowości oraz przeprowadzenia wywiadów klinicznych z oskarżonym, biegły nie wykazał, że użyta przez niego technika jest wystarczająco wiarygodna, by spełnić wymagania stawiane dowodom naukowym. Chociaż przeprowadzone testy psychologiczne są standaryzowane i akceptowane, zdaniem sądu biegły nie przedstawił żadnego uzasadnienia, które świadczyłoby, że ustalony na ich podstawie profil ma naukową trafność i wiarygodność w zakresie, w jakim był zastosowany w omawianej sprawie. Sąd podkreślił, że psycholog nie opisał osobowości lub cech psychologicznych, które składały się na ten profil, metodologii, według której profil powstał, sposobu, w jaki technika ta była testowana, trafności, z jaką na jego podstawie można odróżnić przestępców seksualnych od osób niebędących takimi przestępcami, ani też czy technika ta jest szeroko akceptowana przez społeczność psychologów. Sąd podkreślił, że chociaż nie oczekuje, że wszystkie z tych warunków zostaną spełnione, fakt, że żaden z nich nie został zrealizowany, prowadzi do wniosku, że analizowana opinia nie czyni zadość wymaganiom stawianym dowodom naukowym.

Podobne zastrzeżenia sąd wyraził w stosunku do profilu stworzonego przez drugiego z biegłych, agenta FBI. Biegły nie zidentyfikował elementów profilu, nie wyjaśnił również, w jaki sposób profil został wykonany. Wspomniał jedynie, że miał on związek z wywiadami prowadzonymi ze skazanymi przestępcami seksualnymi. Biegły nie wyjaśnił, czy była testowana trafność tej techniki, a jeśli tak, to w jaki sposób oraz czy zidentyfikowano poziom błędu. Chociaż agent FBI oświadczył, że profil jest szeroko stosowany przez organy ścigania, nie jest jasne, czy używa się go głównie do opracowania profili sprawców nierozwiązanych przestępstw, czy także do stwierdzenia, że wskazana przez rzekomą ofiarę osoba w rzeczywistości popełniła przestępstwo. Podsumowując, sąd ocenił, że opinia biegłego nie dostarczyła informacji, na podstawie których można by ustalić, że zastosowana technika jest godna zaufania, że została oparta na słusznych podstawach naukowych oraz że można ją stosować w sposób wnioskowany przez oskarżonego<sup>15</sup>.

W sprawie *Commonwealth v. Coates* oskarżonemu przedstawiono zarzut molestowania kilkuletniej córki jego partnerki. Coates na swoją obronę

<sup>14</sup> Minnesocki Wielowymiarowy Inwentarz Osobowości (Minnesota Multiphasic Personality Inventory).

<sup>15</sup> *State v. Parkinson*, 909 P.2d 647 (Idaho Ct. App. 1996).

wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, że nie pasuje do profilu pedofila. Oskarżony twierdził, że taka opinia przypomina dowód dotyczący reputacji, czyli dobrego charakteru. Miałaby ona zmierzać do ustalenia cechy charakteru oskarżonego: że nie jest pedofilem i prowadzić do wniosku, że jest mniej prawdopodobne, iż molestował seksualnie ofiarę. Zdaniem sądu dowód dotyczący charakteru dotyczy osobistych cech oskarżonego, natomiast profil składa się z cech innych osób, które zostały skazane za podobne przestępstwa. W procesie indywidualnego osądzania dowód dotyczący cech innych osób nie świadczy o winie lub niewinności oskarżonego. Sąd nie zgodził się również z twierdzeniami oskarżonego, że opinia biegłego w sprawie profilu jest analogiczna do innych opinii psychiatrycznych zazwyczaj przedstawianych w sądzie. Wskazał na ich kontekst proceduralny, który odróżnia je od omawianej sprawy. Mają one na celu ustalenie, czy oskarżony jest w stanie zrozumieć stawiane mu zarzuty i podjąć obronę. Oceniają one jego zdrowie psychiczne w celu ustalenia, czy można go pociągnąć do odpowiedzialności karnej. Szacują ryzyko popełnienia przestępstwa w przyszłości. Natomiast nie da się na ich podstawie udowodnić, że oskarżony dokonał lub nie dokonał jakiegoś złego czynu w przeszłości<sup>16</sup>.

W sprawie *State v. Spann*, Sterling Barnett Spann wniósł o ponowne rozpoznanie sprawy z powodu pojawienia się nowych dowodów, których wykorzystanie nie było możliwe w trakcie procesu, w którym został skazany na karę śmierci za napaść na tle seksualnym, rozbój i zamordowanie osiemdziesięcioletniej kobiety. Wspomnianymi dowodami były opinie biegłego patologa sądowego, psychiatry oraz profiler FBI.

W czasie, gdy zostało popełnione przypisane Spannowi przestępstwo, w tej samej okolicy w podobnych okolicznościach zamordowano dwie inne kobiety. Po zabójstwie trzeciej z nich funkcjonariusze policji udzielili wywiadu gazecie, w którym stwierdzili, że nie widzą żadnego związku między zabójstwami. Także lokalny patolog, który dokonał sekcji zwłok dwóch ofiar i był obecny podczas autopsji trzeciej ofiary, nie dopatrywał się w tym czasie żadnych podobieństw. Dopiero, gdy Spann wniósł o przeprowadzenie ponownego procesu, patolog ten stwierdził, że chociaż nadal uważa, że istniały znaczące różnice między tymi przypadkami, po zastanowieniu doszedł do wniosku, że podobieństwa były „straszne”. Sprawy zabójstwa pierwszej z ofiar nigdy nie rozwiązano, za zabójstwo drugiej skazano Spanna, a zabójstwo trzeciej przypisano innemu sprawcy.

Opisane wyżej okoliczności stały się podstawą twierdzeń zeznających na korzyść Spanna biegłych. Patolog sądowy<sup>17</sup> stwierdził, że wszystkie trzy

<sup>16</sup> *Commonwealth v. Coates*, 89 Mass. App. Ct. 728 (2016).

<sup>17</sup> Był to inny patolog niż ten, który przeprowadzał sekcje zwłok ofiar.

ofiary zostały uduszone w niepowtarzalny sposób, jakiego nie zaobserwował nigdy wcześniej w ciągu czterdziestotrzyletniej praktyki zawodowej. Wskazał również na inne podobieństwa faktyczne między przestępstwami i wyraził opinię, że za wszystkie trzy morderstwa odpowiedzialny jest jeden sprawca. Psychiatra również był zdania, że trzy zabójstwa zostały popełnione przez jedną osobę, sadystycznego seksualnego mordercę. Wskazał na psychiczne cechy tego typu zabójców i w oparciu o badanie Spanna wyraził opinię, że to „niemożliwe” by skazany dokonał tych przestępstw. Zeznał, że sadystyczni seksualni zabójcy są niemal zawsze psychicznie zaburzonymi białymi mężczyznami. Spann natomiast jest czarnym mężczyzną, u którego nie stwierdzono zaburzeń psychicznych. Długą historię takich zaburzeń posiada zaś biały mężczyzna skazany za trzecie zabójstwo. Na koniec profiler FBI wskazał na następujące cechy domniemanego sprawcy trzech zabójstw: biały mężczyzna w wieku 25–35 lat, u którego stwierdzono chorobę psychiczną, który był albo singlem albo którego małżeństwo było dysfunkcjonalne, osoba z dziwacznymi fantazjami, krzywdzony w dzieciństwie, posiadał znajomość terenu, gdzie dokonano zbrodni. Jego zdaniem Spann nie pasował do tego profilu.

Sąd pierwszej instancji uznał opinie biegłych za „zmuszające do myślenia” i „intrygujące”. W odniesieniu do opinii profiler FBI stwierdził nawet, że „pobudza do rozsądnego wnioskowania o niewinności wnioskodawcy”. Sąd uznał jednakże, że Spann mógł się powołać na te opinie podczas wcześniejszego procesu i w związku z tym wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy oddalił<sup>18</sup>. Chociaż wymienioną decyzję zmieniono w drugiej instancji, do ponownego procesu nie doszło, gdyż Spann zawarł ugodę z prokuratorem, na mocy której uznał, że oskarżenie dysponuje wystarczającymi dowodami jego sprawstwa, lecz jednocześnie utrzymywał, że jest niewinny. Został skazany na karę od dwudziestu lat do dożywotniego pozbawienia wolności. Cztery lata po ponownym skazaniu został warunkowo zwolniony z zakładu karnego<sup>19</sup>.

Sprawa *State v. Spann* jest nieco odmienna niż omawiane wcześniej przypadki. W przeciwieństwie do poprzednio opisanych spraw, w tej łatwo stwierdzić, że Spann nie pasuje do profili domniemanego sprawcy, stworzonych przez biegłego psychiatrę i profiler FBI. Nie jest białym zaburzonym mentalnie osobnikiem, tylko czarnym, zdrowym psychicznie mężczyzną. Zarówno psychiatra, jak i profiler FBI, formułując swoje opinie, działali według podobnego schematu. Najpierw wskazywali na pewne cechy, które ich zdaniem powinien posiadać sprawca tego typu morderstw, a następnie

<sup>18</sup> *State v. Spann*, 334 S.C. 618, 513 S.E.2d 98 (1999).

<sup>19</sup> M. Kinnard, Former death row inmate Spann wins parole, plans move to Conn., <<https://www.loftonandlofton.com/files/news4.pdf>> [dostęp: 26.10.2020].

stwierdzali, że Spann cech tych nie posiada. Pod innymi względami opinie te wykazują jednakże zbliżone mankamenty, jak sprawy opisane wcześniej. Nie wiadomo, w jaki sposób biegli wyodrębnili właściwości hipotetycznych sprawców, ani też jak trafne i wiarygodne były stworzone przez nich profile.

Na marginesie warto dodać, że twierdzenie, iż oskarżony nie pasuje do profilu, nie zawsze jest wykorzystywane w celu jego obrony. W sprawie *Commonwealth v. Horne* u oskarżonego znaleziono niedużą ilość kokainy, woreczki do pakowania oraz telefony komórkowe. Horne twierdził, że przedmioty te posiadał na własny użytek, prokurator oskarżał go o handel narkotykami. Jednym z dowodów, które miały przekonać przysięgłych, że Horne jest dealerem, był profil osoby uzależnionej od kokainy. Policjant specjalizujący się w przestępczości narkotykowej przedstawił opinię, że osoby uzależnione od kokainy są szczupłe, zabiedzone, zasuszone i mają zgniłe zęby. Prokurator twierdził, że silny, muskularnie zbudowany oskarżony nie pasuje do tego profilu, zatem posiadał narkotyki w celu ich sprzedaży. Sąd jednak nie podzielił tej opinii<sup>20</sup>.

Przytoczone sprawy wskazują, że w sądach amerykańskich istnieje generalna tendencja, by odrzucać wnioski o wykorzystanie profili niepasujących do oskarżonego, jako dowodu w sprawie. Widać wyraźnie, że sądy amerykańskie byłyby skłonne dopuścić negatywny profil jako dowód jedynie po spełnieniu następujących warunków:

- należy wykazać, że istnieją cechy pozwalające odróżnić osoby pełniące jakąś kategorię przestępstw od osób, które takich przestępstw nie popełniają;
- należy opisać cechy tworzące profil w konkretnej sprawie;
- należy opisać zastosowaną metodykę sporządzania profili oraz w jaki sposób była testowana, wskazać poziom trafności rezultatów uzyskiwanych w wyniku jej zastosowania oraz akceptowalność przez społeczność akademicką;
- do uznania, że ekspert posiada wiedzę specjalną w zakresie profilowania nie wystarczy fakt, że występuje jako biegły, wydając opinie dotyczące właściwości psychicznych oskarżonych w innych kontekstach proceduralnych;
- posługiwanie się standaryzowanymi testami psychologicznymi nie jest wystarczające do wykazania naukowości metody; należy wykazać, że na ich podstawie jest możliwe stworzenie trafnego i wiarygodnego profilu.

Odnosząc powyższe rozważania do polskich realiów, można rozpatrywać następujące sytuacje. Pierwsza dotyczy apriorycznej oceny dowodu,

<sup>20</sup> *Commonwealth vs. Calvin Horne*, 476 Mass. 222 (2017).

czyli poprzedzającej jego przeprowadzenie. Oceny takiej dokonuje organ procesowy, decydując, czy dopuścić wniosek dowodowy, czy go oddalić. Jednym z powodów, dla których można wniosek oddalić, jest niemożność przeprowadzenia dowodu (art. 170 § 1 pkt 4 k.p.k.). W sprawie *State v. Cavallo* sąd wyraził wątpliwość, czy istnieje wiedza specjalna, umiejętność, doświadczenie czy przeszkolenie, dzięki którym ekspert może określić z rozsądną wiarygodnością, że osoba ma właściwości psychiczne, które czynią nieprawdopodobnym popełnienie przez nią gwałtu w konkretnym przypadku. Zatem wydaje się celowe, by polskie organy procesowe również badały, czy przy pomocy profilu jest możliwe wykazanie, że oskarżony, ze względu na swoje cechy psychiczne, nie mógł dopuścić się przestępstwa, które jest przedmiotem postępowania. Innym powodem oddalenia wniosku, który można rozpatrywać w kontekście profilowania, jest nieprzydatność dowodu do stwierdzenia danej okoliczności (art. 170 § 1 pkt 3 k.p.k.). W sprawie *State v. Parkinson* sąd uznał, że biegły posiada wiedzę specjalną w zakresie psychologii, a użyte przez niego metody są standaryzowane i akceptowane. Zauważył jednak, że biegły nie przedstawił żadnego uzasadnienia wskazującego, że metody te są przydatne do celu, w jakim je zastosował, czyli wykazania, że cechy oskarżonego nie pasują do profilu przestępcy seksualnego. Wydaje się, że tę kwestię również należałoby wziąć pod uwagę, dokonując apriorycznej oceny negatywnego profilu na gruncie polskiej procedury karnej.

W praktyce wniosek o dopuszczenie dowodu w postaci profilu negatywnego będzie najczęściej dotyczył powołania biegłego w celu sporządzenia takiego profilu w formie opinii. W związku z powyższym znajdują tutaj zastosowanie przepisy art. 193 § 1 k.p.k. dotyczące badania potrzeby powołania biegłego. Konieczne będzie ustalenie, czy do stworzenia profilu potrzebne są wiadomości specjalne, zakres tych wiadomości, a także czy profil negatywny pozwala na stwierdzenie okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy<sup>21</sup>. Omówione w niniejszym artykule przykłady orzeczeń sądów amerykańskich wskazują, że wymagania w zakresie wiadomości specjalnych były wyraźnie sprecyzowane. Nie wystarczało wykazanie, że ekspert posiada wynikającą z wykształcenia (psychologowie, psychiatry) lub doświadczenia (funkcjonariusze organów ścigania) wiedzę o właściwościach psychicznych i zachowaniach przestępców. Konieczne było przekonanie sądu, że tę wiedzę i doświadczenie można w danym przypadku zastosować do stworzenia profilu negatywnego poddającego się weryfikacji. Sądy różnie zapatrywały się natomiast na kwestię istotności

<sup>21</sup> Szczegółowo kwestie te zostały omówione w K. Olszak-Häußler, *Profilery jako biegły – wybrane zagadnienia*, „Problemy Kryminalistyki” 2017, 298, s. 28–34.



profilu negatywnego dla rozstrzygnięcia sprawy. Często stwierdzały, że jeżeli celem profilu jest wykazanie, że ze względu na brak u oskarżonego cech charakterystycznych dla jakiejś kategorii sprawców nie mógł się on dopuścić zarzucanego mu przestępstwa, to dowód ten można uznać za istotny dla sprawy. Jednocześnie jednak nie znajdowały podstaw w opiniach biegłych do uznania, że dokonanie takich ustaleń na podstawie profilu negatywnego jest możliwe.

Drugi rodzaj sytuacji ma miejsce, gdy negatywny profil został wprowadzony do postępowania karnego w formie opinii biegłego. Wówczas należy dokonać kontroli tego dowodu zgodnie z przepisami k.p.k. dotyczącymi opinii biegłych<sup>22</sup> oraz jego oceny, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów<sup>23</sup>. Pomimo tego, że wymienione przepisy nie nakładają takich szczegółowych warunków oceny, jak reguła Dauberta<sup>24</sup>, do której odwoływały się sądy amerykańskie w omawianych wyżej przypadkach, niektóre elementy orzeczeń tych sądów można uznać za przydatne również w Polsce. Największe kontrowersje w stosunku do reguł Dauberta wzbudza w naszym kraju zasada powszechnej akceptacji metody. W literaturze przedmiotu podnosi się, że stosowanie tej reguły zahamowałoby postęp w naukach sądowych<sup>25</sup>. Jednocześnie dość jednolicie wskazuje się na minimalne warunki, które nowe metody powinny spełniać. Wśród nich wymienia się przede wszystkim sprawdzanie, czy prowadzą one do powtarzalnych, podających się weryfikacji i trafnych wyników<sup>26</sup>.

Jak wynika z przeanalizowanych wyżej orzeczeń sądów amerykańskich, dotyczących tzw. profili negatywnych, przeważa pogląd, że nie ma

<sup>22</sup> Przede wszystkim art. 201 k.p.k., który stanowi, że opinia powinna być pełna, jasna i wewnętrznie niesprzeczna (Dz.U. z 2021 r. poz. 534).

<sup>23</sup> Art. 7 k.p.k.: Organy postępowania kształtują swe przekonanie na podstawie wszystkich przeprowadzonych dowodów, ocenianych swobodnie z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego (Dz.U. z 2021 r. poz. 534).

<sup>24</sup> Sąd prowadzący postępowanie sprawdza, czy zastosowana przez eksperta metoda jest oparta na naukowo uzasadnionym rozumowaniu, które może być właściwie zastosowane do faktów będących przedmiotem sprawy. W tym celu bada: czy dana teoria lub technika może być testowana i czy była testowana; czy była oceniana przez innych ekspertów i czy była przedmiotem publikacji; jaki jest jej znany lub potencjalny poziom błędów; czy istnieją i są utrzymywane standardy dotyczące kontroli jej stosowania; czy uzyskała szeroką akceptację w odpowiednim środowisku naukowym. *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 (1993), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/579/>> [dostęp: 21.10.2020].

<sup>25</sup> S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 36; J. Kasprzak, *Dowód naukowy – dzieje i współczesność* [w:] B. Hołyst, J. Duży, P. Grzegorzczak, Z. Wardak, D. Wąsik (red.), *Doprawdy litość to zbrodnia. Księga jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Bogusława Sygita*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2018, s. 145.

<sup>26</sup> M. Kościelniak-Marszał, *Analiza śledcza jako dowód w procesie karnym*, Opolskie Studia Administracyjno-Prawne, 2017, XV/3, s. 72; J. Moszczyński, *Subiektywizm w badaniach kryminalistycznych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie, Olsztyn 2011, s. 11; S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu...*, op. cit., s. 361–362.

podstaw, by opinie w postaci profili negatywnych, bez względu na to, czy tworzone są przez psychiatrów, psychologów czy przedstawicieli organów ścigania, uznać za trafne i wiarygodne.

Opinia sądów amerykańskich na temat profili negatywnych wydaje się być uzasadniona. Kocsis, jeden z nielicznych autorów, którzy prowadzili badania empiryczne dotyczące profilowania, uważa, że mimo tego, iż profilowanie istnieje od kilku dekad, nadal znajduje się w początkowym stadium rozwoju<sup>27</sup>. Duży medialny rozgłos spowodował, że u odbiorców wytworzyło się przekonanie, iż profilowanie jest sprawdzoną i godną zaufania techniką. Tymczasem, jak stwierdza Kocsis, pomimo wysiłków, temat ten wciąż cierpi na skutek braku bezpośredniego, empirycznego i naukowo kontrolowanego testowania jego trafności<sup>28</sup>.

Reasumując, należy jeszcze raz podkreślić, że w Polsce w przypadku zgłoszenia wniosku o dopuszczenie dowodu z profilu negatywnego lub oceny takiego dowodu w postaci opinii biegłego, organ podejmujący decyzję będzie każdorazowo badał, czy istnieją przesłanki do uznania go za poszlakę odciążającą, zgodnie z obowiązującymi przepisami procedury karnej.

Niemniej jednak zasady prawidłowego rozumowania, wskazania wiedzy i doświadczenie życiowe przemawiają za tym, by podczas oceny negatywnych profili wziąć pod uwagę poglądy sądów kraju, z którego wywodzi się profilowanie kryminalne.



#### A B S T R A C T

This paper addresses criminal profiles as potential exculpatory circumstantial evidence. It analyses American courts' jurisprudence in order to establish what criteria are to be met by such profile (negative profile) to become admissible in court as expert witness evidence. These requirements include, but are not limited to: proving an existence of personal traits which enable differentiation between criminals and noncriminals; defining traits constituting the profile in a given case; description of a methodology and

<sup>27</sup> R.N. Kocsis, *Examining the shortfalls and future potential of criminal profiling* [w:] J. Proulx, E. Beauregard, A.J. Carter, A. Mokros, R. Darjee, J. James, *Routledge International Handbook of Sexual Homicide Studies, Routledge International Handbooks*, Londyn i Nowy Jork 2020, s. 487.

<sup>28</sup> R.N. Kocsis, *Examining the shortfalls and future potential of criminal profiling...*, *op. cit.*, s. 487.

a way it has been tested; whether the methodology has attracted widespread acceptance within the relevant scientific community; and an assessment of the profile's level of accuracy. Moreover the courts emphasized that the accuracy and credibility of a negative profile cannot be assumed from the fact that expert relied on standardized psychological tests to examine the defendant for the purposes of the profile. Despite differences between the Polish criminal procedure and the common law system, it seems advisable to take into account the experience of the courts of the country from which criminal profiling originates when assessing the evidentiary value of negative profiles.

## *Odpowiedzialność karna za błędy medyczne w fizjoterapii*

### *Criminal liability for medical errors in physiotherapy*

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

Fizjoterapeuta aktualnie postrzegany jest jako wykwalifikowany praktyk w ochronie zdrowia. Z tego względu oczekiwania środowiska zawodowego, pracodawców, a także społeczeństwa co do wiedzy i umiejętności fizjoterapeutów są znaczne. Fizjoterapeuta w wykonywaniu swojej profesji powinien kierować się wskazaniami aktualnej wiedzy medycznej, etyki zawodowej, a także dobrem pacjenta. I w tym obszarze niestety możliwe są pomyłki, uchybienia i nieprawidłowości, które mogą nieść ze sobą niebezpieczne dla pacjenta skutki. W piśmiennictwie prawa karnego nie ma wielu opracowań traktujących o błędach medycznych w fizjoterapii. Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest fakt, że zasady wykonywania zawodu fizjoterapeuty zostały kompleksowo unormowane w formie ustawy stosunkowo niedawno. Niniejsza publikacja ma na celu przybliżenie specyfiki procedur fizjoterapeutycznych, ze szczególnym uwzględnieniem historycznej genezy profesji fizjoterapeuty, najważniejszych przepisów regulujących model wykonywania tego zawodu, a także omówienie charakteru błędów medycznych, jakie mogą zostać popełnione w wyniku nieprawidłowego sprawowania opieki nad pacjentami w ww. obszarze. Rozważania te czynione są w odniesieniu do regulacji art. 160 k.k., na podstawie którego najczęściej penalizowane są rażące uchybienia przedstawicieli innych zawodów medycznych.

#### *I. Wprowadzenie*

W literaturze medycznej często zwraca się uwagę na dynamiczny rozwój rehabilitacji i fizjoterapii oraz systematyczne pojawianie się wciąż nowych sposobów oddziaływania na organizm człowieka. Jednocześnie podkreśla się, że fizjoterapia nie jest jedynie częścią rehabilitacji, ale swoim zakresem obejmuje promocję zdrowia, prewencji lub leczenia. Fizjoterapia polega na świadczeniu poszczególnym osobom i populacjom usług powodujących rozwinięcie, utrzymanie lub przywrócenie w jak najpełniejszym zakresie czynności ruchowych i funkcjonalności w całym okresie

życia pacjenta. Fizjoterapia obejmuje świadczenie usług w okolicznościach, w których czynności ruchowe i funkcje zagrożone są procesami starzenia lub uległy upośledzeniu w wyniku obrażeń lub schorzeń. Pełne i funkcjonalne czynności ruchowe są wyznacznikiem zdrowia. Fizjoterapia zajmuje się wykrywaniem i przywracaniem w jak najpełniejszym zakresie potencjału czynności ruchowych w sferach promocji zdrowia, prewencji, leczenia i rehabilitacji. Fizjoterapia obejmuje interakcję pomiędzy fizjoterapeutą, pacjentami (świadczeniobiorcami), rodzinami i opiekunami w ramach procesu oceny potencjału czynności ruchowych i uzgadniania celów przy wykorzystaniu unikatowej wiedzy i umiejętności fizjoterapeutów. Odrębne postrzeganie przez fizjoterapeutów ciała i jego potrzeb i potencjału związanych z czynnościami ruchowymi jest punktem wyjścia do sformułowania diagnozy i strategii interwencji w danych uwarunkowaniach praktyki. Uwarunkowania te mogą różnić się w zależności od tego, czy fizjoterapia dotyczy promocji zdrowia, prewencji, leczenia czy rehabilitacji<sup>1</sup>.

O znaczeniu fizjoterapii we współczesnym modelu ochrony zdrowia świadczy m.in. fakt, że fizjoterapeuci coraz częściej są zaangażowani w opiekę nad pacjentami wymagającymi skomplikowanych zabiegów chirurgicznych. Leczenie chorych w oddziałach chirurgicznych posiada swoją specyfikę, która powoduje, że ryzyko wystąpienia powikłań zdrowotnych w oddziałach zabiegowych jest stosunkowo większe niż w oddziałach zachowawczych. Jest to głównie związane z dłuższym względnym unieruchomieniem pacjentów chirurgicznych, z działaniem narkozy i leków analgetycznych oraz z występowaniem bólu pooperacyjnego. Powyższe czynniki nasilają reakcje stresowe, prowadzą do hiperdynamii krążenia, sprzyjają infekcjom, ułatwiają rozwój pooperacyjnych powikłań oddechowych i zakrzepowych oraz zaburzają w znacznym stopniu inne czynności fizjologiczne organizmu. Jednoczesne prowadzenie zasadniczego leczenia chirurgicznego i postępowania usprawniającego u hospitalizowanych pacjentów ma na celu zmniejszenie powikłań pooperacyjnych, szybsze uzyskanie poprawy stanu zdrowia chorego i skrócenie czasu jego pobytu w szpitalu. Zadania stojące przed fizjoterapeutą polegają na zapobieganiu i eliminowaniu powikłań czynnościowych organizmu, głównie tych ze strony układu sercowo-naczyniowego i układu oddechowego. Ważną rolę w przywracaniu wydolności fizycznej pacjentów chirurgicznych odgrywa wczesne wdrożenie u nich żywienia dojelitowego, co szybciej niweluje zwiększony katabolizm w okresie pooperacyjnym, zmniejsza zaburzenia regulacyjne ustroju i przyspiesza gojenie uszkodzonych tkanek oraz zapewnia utrzymanie prawidłowej

---

<sup>1</sup> Zob. E. Mikołajewska, *Fizjoterapia a rehabilitacja medyczna – problemy semantyczne z nazewnictwem w fizjoterapii*, „Fizjoterapia” 2011, nr 19 (4), s. 54–57.

struktury i czynności błony śluzowej jelit, a także zapobiega powstawaniu ostrych wrzodów oraz nadżerek żołądka i dwunastnicy. W literaturze podkreśla się, że zapobieganie powikłaniom i zaburzeniom czynnościowym ustroju wymaga jak najwcześniejszego wdrożenia fizjoterapii i traktowania każdego chorego jako potencjalnie zagrożonego wystąpieniem powikłań pooperacyjnych. Dlatego też fizjoterapia powinna być rozpoczęta w okresie przedoperacyjnym, kiedy to występują pierwsze czynniki zwiększające ryzyko powikłań płucnych i krążeniowych. Prowadzenie fizjoterapii w okresie pooperacyjnym powinno być natomiast kontynuacją podjętego przed zabiegiem procesu leczenia<sup>2</sup>.

Fizjoterapeuta powszechnie postrzegany jest jako wykwalifikowany praktyk w ochronie zdrowia. Z tego względu oczekiwania środowiska zawodowego, pracodawców, a także społeczeństwa co do wiedzy i umiejętności fizjoterapeutów są znaczne. Fizjoterapeuta w wykonywaniu swojej profesji powinien kierować się wskazaniem aktualnej wiedzy medycznej, etyki zawodowej, a także dobrem pacjenta. W tym obszarze możliwe są także pomyłki, uchybienia i nieprawidłowości, które mogą nieść ze sobą niebezpieczne dla pacjenta skutki. Zasady wykonywania zawodu fizjoterapeuty zostały kompleksowo unormowane w formie ustawy stosunkowo niedawno. W piśmiennictwie prawa karnego nie ma z kolei wielu opracowań traktujących o błędach medycznych w fizjoterapii. Niniejsza publikacja ma tym samym na celu przybliżenie specyfiki procedur fizjoterapeutycznych, ze szczególnym uwzględnieniem historycznej genezy profesji fizjoterapeuty, najważniejszych przepisów regulujących model wykonywania tego zawodu, a także omówienie charakteru błędów medycznych, jakie mogą zostać popełnione w wyniku nieprawidłowego sprawowania opieki nad pacjentami w ww. obszarze. Rozważania te podjęte zostaną w odniesieniu do regulacji art. 160 k.k., na podstawie którego najczęściej penalizowane są rażące uchybienia przedstawicieli innych zawodów medycznych.

## *II. Fizjoterapia jako integralna część obszaru nauk medycznych – geneza historyczna i znacznie współczesne*

**H**istoria fizjoterapii jest ściśle powiązana z rozwojem medycyny, zwłaszcza w dziedzinie rehabilitacji. Samo pojęcie „rehabilitacja” pojawiło się co prawda dopiero w XX w., jednak już w czasach starożytnych ludzkość wykorzystywała bodźce fizyczne, takie jak światło, ciepłą wodę, masaż,

<sup>2</sup> G. Trojan, P. Jaźwa, J. Kultys, *Rola i miejsce współczesnej fizjoterapii w leczeniu pacjentów chirurgicznych*, „Przeгляд Medyczny Uniwersytetu Rzeszowskiego” 2005, nr 1, s. 72.

czy ćwiczenia fizyczne w celach usprawniających funkcjonowanie organizmu. Dość wspomnieć, że np. zasady ćwiczeń joginów hinduskich są znane od ponad trzech tysięcy lat. W świętych księgach Wedy znajdują się zalecenia dotyczące gimnastyki leczniczej i higieny, wykorzystywane do utrzymania i poprawy zdrowia. Najwybitniejsi lekarze staroindyjscy zalecali ćwiczenia w leczeniu wielu chorób. Pierwszy z nich, Charaka, opisywał objawy silnego zmęczenia po dużym wysiłku fizycznym, natomiast drugi, Susruta, zdefiniował ćwiczenia fizyczne jako świadome zmęczenie, wynikające z pracy ciała. Jednocześnie wskazywali oni na systematyczne uprawianie ćwiczeń fizycznych, których intensywność uzależniali od wieku, stanu zdrowia i przygotowania fizycznego pacjenta. Dbając o higienę starożytni Hindusi w wyjątkowy sposób dbali o higienę, dając przy tym początek klimatologii. W kulturze starożytnych Indian - Inków i Azteków - praktykowano z kolei turnieje gry w piłkę jako środek rozrywki, terapię masową oraz akt religijny. W starożytnym Egipcie w strukturze społecznej obok czarowników, którzy stosowali różnego rodzaju czary i zaklęcia, w strukturze społecznej funkcjonowali protoplaści późniejszych lekarzy, tj. kapłani, na których spoczywał obowiązek leczenia, jak również wysokiej klasy specjaliści od chorób oczu, chorób ciała, „znawcy płynów wewnętrznych”, znachorzy ogólni, wojskowi i nadworni, a także specjaliści leczenia hemoroidów, biegunek, zaparc etc. Medycyna w starożytnym Egipcie dysponowała dużym zestawem form terapii, wśród których stosowano np. kąpiele ciepłe i zimne, namaszczanie ciała z masażem i elementy gimnastyki, choć w ograniczonej formie. Na wysokim poziomie stała higiena i profilaktyka leczenia. W starożytnej Mezopotamii było natomiast niewielu lekarzy, terapeutów czy uzdrowicieli. Służyli oni najczęściej władcom i ich otoczeniu. Historyczne przekazy wymieniają wyłącznie najbardziej zasłużonych, w tym Rabashamarduka – lekarza króla Nazimarutusza (1313–1288 r. p.n.e.), Mukallima – lekarza króla Salmanassadra I (1265–1235 r. p.n.e.), czy Arad-Nana – lekarza króla Asarhaddona (VII w. p.n.e.). Co ważne, w pałacu asyryjskiego króla Assurbanipala (668–625 r. p.n.e.) w Niniwie archeolodzy odkryli bibliotekę złożoną z 20 tysięcy glinianych tablic pokrytych pismem klinowym, wśród nich część o treści medycznej. Odczytano z nich opisy anatomiczne, opisy różnych chorób, terapii i zajęć gimnastycznych oraz recepty wielu złożonych leków, sposoby ich przyrządzania i stosowania<sup>3</sup>.

W kulturze japońskiej i chińskiej wszelkiego rodzaju ruch uważany był za element wpływający na prawidłowy rozwój człowieka. Tak chociażby

<sup>3</sup> Zob. A. Grabowska, *Narodziny i rozwój rehabilitacji*, „Archiwum historii i filozofii medycyny” 2015, z. 78, s. 41–42, a także cytowana tam pozycja piśmiennicza: M. Garbat, *Historia niepełnosprawności. Geneza i rozwój rehabilitacji, pomocy technicznych i wsparcia osób z niepełnosprawnością*, Gdynia 2015.



wielki uczyony i filozof Tokuhon Nagata prowadził badania nad wpływem ruchu i ćwiczeń na zdrowie i siłę człowieka, natomiast chiński cesarz Hoang Dang-Ti (Huangdi lub Qin Shi Huang, Huangdi, Huang-ti, Hwang-ti) już około 2698 r. p.n.e. urządzał zawody zdrowotne, w skład których wchodziły ćwiczenia kształtujące tężyznę fizyczną i ćwiczenia oddechowe. Turnieje te miały na celu podniesienia morale oraz zręczności wśród żołnierzy cesarskich. W starożytnym Rzymie również stosowano leczenie ruchem, a wiedzę na ten temat czerpano z doświadczeń Greków. Tym samym leczenie usprawniające już w czasach starożytnych zajmowało czołowe miejsce w medycynie jako najbardziej fizjologiczny środek profilaktyczny i terapeutyczny. W dobie starożytności pojawiły się nie tylko pierwsze przykłady kinezyterapii, ale również zabiegi z zakresu fizykoterapii i masażu będących wówczas najczęściej wynikiem przypadkowych spostrzeżeń. Nazwę „fizykoterapia” wywodzącą się od greckiego słowa *physis* („natura”, „przyroda”) oznaczającą zastosowanie metod przyrodniczych w leczeniu i rehabilitacji oraz profilaktyce wprowadzono do praktyki medycznej dużo później<sup>4</sup>. Jednym z najbardziej znanych medyków omawiane-

<sup>4</sup> Zob. M. Gałczyk, K. Van Damme-Ostapowicz, E. Kimszal, *Zarys powstania rehabilitacji na świecie oraz jej twórcy w Polsce*, „Polski Przegląd Nauk o Zdrowiu” 2016, z. 3 (48), s. 345–346 oraz cytowana tam literatura: K. Milanowska, *Rehabilitacja medyczna*, Warszawa 2001, s. 9–14; A. Zembaty, *Rodowód historyczny fizjoterapii*, Post. Rehabil. 1991, z. 5 (1), s. 17–23; P. Biegański, E. Polewska, *Rehabilitacja – od starożytności do współczesności*, J. Educ. Sport. 2015, z. 5 (9), s. 363–374; Z. Śliwiński, A. Sieroń, *Wielka fizjoterapia*, t. 1, Wrocław 2014, s. 1–11; S. Wilk, *Historia rehabilitacji*, Warszawa 1985, s. 15–55. Dodać należy, że Konfucjusz (551–479 p.n.e.) w swoim systemie filozoficznym eksponował znaczenie określonych pozycji ciała w uzyskaniu efektów profilaktyczno-leczniczych, jednocześnie opisując, jako jeden z pierwszych uczonych, metody kinezyterapeutyczne. W starożytnych Chinach rozwijano ćwiczenia oddechowe, relaksacyjne, kontemplacyjne, system gimnastyki „taj-tsy” i „szenga”. System „szenga” był opracowany z myślą o osobach starszych, gdyż przeważały w nim ćwiczenia w pozycjach niskich, w leżeniu i siadzie. System gimnastyki „taj-tsy” charakteryzował się natomiast ściśle określoną kolejnością ruchów, rytmicznością, przechodzeniem z jednej pozycji do drugiej, bardzo dobrym dobieraniem ćwiczeń uwzględniającym zarówno możliwości pacjenta, jak i potrzeby terapeutyczne. W starożytnych Chinach we wszystkich prowincjach znajdowały się elitarne szkoły gimnastyki leczniczej kształcące lekarzy. Chińczycy łączyli ćwiczenia lecznicze z zabiegami terapeutycznymi, takimi jak autohipnoza, akupunktura i masaże. Do dorobku starożytnej cywilizacji Chin dopisuje się też najstarszy system gimnastyki leczniczej „kung-fu”, oznaczający dosłownie „człowieka pracującego z artyzmem”. Pierwszym lekarzem w starożytnej Grecji był Herodikos, który swoim pacjentom zalecał m.in. marsze, biegi, zapasy, kąpiele oraz nacierania ciepłą i zimną wodą, bez umiarkowania w tego typu ćwiczeniach fizycznych. Uczeń Heridokosa – Hipokrates (460–377 p.n.e.) za główne filary medycyny uważał dietetykę i gimnastykę. Stworzył on również pierwsze opisy dotyczące zimna, ciepła słonecznego, światła i ćwiczeń fizycznych jako zabiegów leczniczych. Zajmował się zniekształceniami kręgosłupa i stworzył pierwsze urządzenie do „korekcji” skoliozy oraz opisał sposoby amputacji kończyn, budowę protez oraz obuwia korygującego wady stóp. Hipokrates w praktyce leczenia chorych stosował też balneoterapię. W następnych stuleciach system Hipokratesa został wzbogacony przez lekarzy szkoły aleksandryjskiej. Jednym z nich był Erasistratos, który odegrał szczególną rolę w rozwoju medycyny dzięki badaniom nad przebiegiem ruchów mimowolnych i dowolnych. Około 130 r. – 200 r. n.e. Galen w dziele „Ars Parva” opisał dodatni wpływ ruchu na rozwój ciała, wskazał rodzaje ćwiczeń i sposób ich wykonania, usystematyzował wady postawy,

go okresu był Asklepiades, który stworzył prosty i logiczny system medycyny, oparty na diecie odpowiadającej gustom chorego. Asklepiades chorym zalecał leżakowanie na świeżym powietrzu, dbanie o higienę, spacer, przejażdżki konno, gimnastykę, masaż czy picie wód mineralnych. Asklepiades kierował się zasadą, zgodnie z którą w pierwszej fazie leczenia chorzy powinni być ograniczani w jedzeniu, piciu i spaniu, a później wszystkie ich zachcianki muszą być dostosowane do gustów pacjentów<sup>5</sup>.

Co ważne, w czasach średniowiecznych, w których potępiano kult ciała i hołdowano umartwianiu się, nie rozwijano w sposób szczególny działalności na rzecz osób niepełnosprawnych. W tych czasach religia z medycyną pozostawały w tak ścisłym związku, że wszelkie zniekształcenia ciała uważano za zesłaną za grzechy karę niebios. Mimo to organizowano pewne formy pomocy dla chorych, kalek i starców<sup>6</sup>. Przyjmuje się, że spadkobiercą kultury antycznej był świat islamu, przy czym najczęściej przywołuje się w tej materii osobę Abu Ali Ibn Sina (980 r. – 1037 r.), zwany też Awicenną. Ten perski lekarz, filozof i wielki uczoney-pragmatyk przywiązywał duże znaczenie do wodolecznictwa, gimnastyki, masażu i aktywności fizycznej w postaci różnych gier zespołowych. Wskazywał on na znaczenie ruchu jako metody poprawy przemiany materii<sup>7</sup>.

W XVI w. Ambroży Pare, cyrulik wojsk francuskich, jako pierwszy zastosował podwiązanie krwiawych naczyń krwionośnych przy amputacjach zamiast zalewania ran gorącym olejem. Po dokonaniu u chorego amputacji stosował rehabilitację, zaopatrywał go w drewnianą protezę, a do domu zwalniał go dopiero wtedy, gdy pacjent chodził w protezie. A. Pare, wykorzystując umiejętności przedstawicieli innych zawodów, np. kowali, zamawiał u nich wytwarzanie metalowych protez i aparatów ortopedycznych. Wprowadził do użytku też wiele innych urządzeń, takich jak metalowe gorsety dla osób z wadami kręgosłupa, sztuczne zęby, szyny unieruchamiające kończyny i ułatwiające chodzenie, a także różnego rodzaju obuwie

---

takie jak „scoliosis, kyphosis i lordosis”, oraz zalecił metody ich leczenia. Kontynuatorem prac Galea był m.in. Filiostratos. Podał on uwarunkowania i cechy fizyczne pomocne w osiąganiu dobrych wyników podczas zmagania w sporcie. Został on także pierwszym historykiem sportu. Kolejni wielcy medycy, tacy jak Calius Aurelius (210 r. n.e.) czy Paweł z Eginu przytaczali wskazówki do prowadzenia ćwiczeń fizycznych u chorych z porażeniami. Wreszcie Awicenna (980 r. – 1037 r.), perski lekarz, filozof i wielki uczoney-pragmatyk, przywiązywał duże znaczenie do wodolecznictwa, gimnastyki, masażu i aktywności fizycznej w postaci różnych gier zespołowych. Zob. A. Zagłoba-Kaszuba, J. Hubner, *Zarys rozwoju metod rehabilitacyjnych ze szczególnym uwzględnieniem techniki proprioceptywnego ułatwienia nerwowo-mięśniowego opartego na badaniach neurofizjologicznych*, „Nowiny Lekarskie” 2008, z. 5 (77), s. 386, oraz A. Grabowska, *Narodziny i rozwój rehabilitacji*, s. 42–43.

<sup>5</sup> Zob. A. Grabowska, *Narodziny i rozwój rehabilitacji*, s. 43.

<sup>6</sup> Por. M. Gałczyk, K. Van Damme-Ostapowicz, E. Kimszal, *Zarys powstania rehabilitacji...*, s. 346.

<sup>7</sup> A. Grabowska, *Narodziny i rozwój rehabilitacji*, s. 45.

dla zniekształconych stóp. Głównym celem działalności ww. było przywrócenie choremu zdrowia i czynnego funkcjonowania w życiu codziennym. Przyjmuje się, że wielokierunkowa działalność francuskiego chirurga była początkiem kompleksowej rehabilitacji<sup>8</sup>. W tym miejscu warto wspomnieć o działalności Francisa Gilsona (1599 r. – 1677 r.), który wprowadził nowe metody ćwiczeń do leczenia w zniekształceniach klatki piersiowej i kręgosłupa, do dziś stosowane w niektórych złamaniach kręgosłupa szyjnego i uszkodzeniach krążka międzykręgowego. F. Gilson był m.in. konstruktorem pętli wyciągowej za głowę. Clement Joseph Tissot (1747 r. – 1826 r.), francuski lekarz wojskowy i jeden z pionierów fizjoterapii, jako pierwszy wprowadził systematyczną gimnastykę według zasad anatomii w leczeniu chorób ortopedycznych i chirurgicznych. Źródłem rozwoju rehabilitacji i ortopedii były również koncepcje Henryka Linga (1776 r. – 1839 r.), szwedzkiego lekarza, który wprowadził system gimnastyki leczniczej opierający się na ćwiczeniach czynnych dla dzieci i młodzieży z wadami postawy, zniekształceniach kręgosłupa i innymi schorzeniami narządu ruchu, opisując przy tym sposoby prowadzenia tych ćwiczeń przez terapeutę. Z kolei Gustaw Zander (1835 r. – 1920 r.) wprowadził ćwiczenia z zastosowaniem aparatów i urządzeń, które nieco zmodyfikowane mają swoje zastosowanie również dzisiaj<sup>9</sup>. Szczyt rozwoju leczenia usprawniającego przypada na okres międzywojenny oraz pierwsze lata po zakończeniu II wojny światowej. W tym czasie dynamicznie i systematycznie przybywała olbrzymia rzesza inwalidów wojennych, a światem wstrząsały epidemie różnych chorób. Przykładowo w stosunku do pacjentów leczonych w związku z chorobą Heinego-Medina pielęgniarka i fizjoterapeutka Elizabeth Kenny stosowała techniki leczenia i usprawniania polegające na kocowaniu, parafinowaniu oraz odpowiednich ćwiczeniach biernych połączonych z techniką wibracji i drgań<sup>10</sup>.

Słowo rehabilitacja (łac. *habilitas* – „zręczność, sprawność”) użyte zostało oficjalnie i określone po raz pierwszy w 1918 r. przez Douglasa C. McMurtiego – Dyrektora Instytutu Czerwonego Krzyża dla inwalidów w Nowym Jorku w kontekście opisu eksperymentalnej szkoły reedukacji i rehabilitacji inwalidów wojennych. Współcześnie fizjoterapia uznawana

<sup>8</sup> Zob. M. Gałczyk, K. Van Damme-Ostapowicz, E. Kimszal, *Zarys powstania rehabilitacji...*, s. 346.

<sup>9</sup> Por. A. Zagłoba-Kaszuba, J. Hubner, *Zarys rozwoju metod rehabilitacyjnych...*, s. 386 oraz cytowana tam literatura, m.in. M. B. Michalik, *Kronika Medycyny*, Warszawa 1994; T. Mika, W. Kasprzak, *Fizykoterapia*, Warszawa 2004; T. Żuk, A. Dziak, *Propedeutyka ortopedii*, Warszawa 1977; J. E. Kiwerski, A. Kwolek, Z. Śliwiński, M. Woźniewski (red.), *Rehabilitacja Polska 1945–2009*, Wrocław 2009; J. Kiwerski, *Rehabilitacja Medyczna*, Warszawa 2005; A. Zembaty (red.), *Kinezyterapia*. Tom I, Kraków 2002; A. Lempicki (red.), *90-lecie Ortopedii Poznańskiej*, Poznań 2003.

<sup>10</sup> Zob. M. Gałczyk, K. Van Damme-Ostapowicz, E. Kimszal, *Zarys powstania rehabilitacji...*, s. 345–346.

jest za integralną część obszaru nauk medycznych. Jest to nauka o metodach leczenia środkami naturalnymi, opartymi na różnych formach energii fizycznej, występującej w środowisku człowieka, takich jak ruch, bodźce termiczne, kinetyczne, mechaniczne, elektryczne, świetlne oraz chemiczne. Według definicji Światowej Konfederacji Fizjoterapii (*World Confederation for Physical Therapy – WCPT*) termin „fizjoterapia” oznacza świadczenie usług wobec jednostek i populacji osób, mających na celu rozwijanie, utrzymywanie oraz przywracanie im maksymalnych zdolności ruchowych i funkcjonalnych. Usługi te mogą być świadczone tylko przez fizjoterapeutę lub pod jego kierunkiem i nadzorem. WCPT jasno określa, że w ramach swoich usług fizjoterapeuta powinien posiadać kompetencje do badania, oceniania, ewaluacji, diagnozy funkcjonalnej, prognozy, programowania postępowania, a także przeprowadzenia powtórnej oceny pacjenta na potrzeby prowadzonego procesu terapeutycznego. Niewątpliwie fizjoterapia jako dyscyplina zajmująca się likwidacją skutków lub łagodzeniem procesów chorobowych i ich następstw, zapobieganiem im oraz przywracaniem sprawności człowieka w ciągu całego jego życia, umiejscowiona jest w obszarze nauk medycznych. Ze względu na swój charakter, związany z metodycznie prowadzonym procesem rozwijania, utrzymywania i przywracania maksymalnych zdolności ruchowych i funkcjonalnych człowieka, czerpie wiedzę z zakresu nauk medycznych, o zdrowiu oraz nauk o kulturze fizycznej. Aktualnie zawód fizjoterapeuty związany jest z samodzielną praktyką i wykorzystywaniem wiedzy z zakresu nauk podstawowych i klinicznych, na potrzeby tworzenia, wykonywania oraz weryfikacji i modyfikacji programu rehabilitacji – fizjoterapii osób z różnymi dysfunkcjami – stosownie do ich stanu klinicznego i funkcjonalnego. Wymaga to przede wszystkim wiedzy z zakresu nauk z teorii, metodyki i praktyki fizjoterapii oraz diagnostyki funkcjonalnej, a także umiejętności wykonywania zabiegów z fizykoterapii, kinezyterapii, procedur terapii manualnej i masażu oraz stosowania środków, zabiegów i metod specjalnych<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zawodzie fizjoterapeuty, Sejm VII kadencji, druk nr 3001. Źródło: <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3001>> [dostęp: 21.03.2021 r.], a także powołane tam źródła i literatura, w szczególności: 1) E. Chmielecka (red.), *Autonomia programowa Uczelni. Ramy kwalifikacji do szkolnictwa wyższego. Projekt Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego „Krajowe Ramy Kwalifikacji w szkolnictwie wyższym jako narzędzie poprawy jakości kształcenia” Priorytet IV PO KL, Działanie 4.1. Poddziałanie 4.1.3*, Warszawa 2010; 2) Z. Śliwiński, G. Wasilewska, M. Kiliański, M. Woszczak, J. Szczegielniak, *Materiały do programu kształcenia podyplomowego z zakresu fizjoterapii*, Warszawa 2010; *Revised Education Policy Statement zaakceptowany na Walnym Zgromadzeniu Europejskiego Regionu Światowej Konfederacji Fizjoterapii w 2004*, poprawiony na kolejnych Walnych Zgromadzeniach w roku 2006, następnie 2008 i 2010; 3) A. Ven, A. Vyt, *The Competence. Chart of the European Network of Physiotherapy In Higher Education*. Antwerp 2007; 4) *Standardy kształcenia obowiązujących w Polsce od 2007 roku i programy kształcenia fizjoterapii w szkołach o w wieloletniej tradycji*; 5) W. Kiezbak, M. Dwornik, *Krajowy standard*

W literaturze polskiej o wpływie gimnastyki na stan zdrowia pisano od dawna. Maciej z Miechowa (1457 r. – 1523 r.) napisał dzieło „*Jak zachować zdrowie*”, w którym podkreślał pozytywną rolę ćwiczeń. Dużą rolę w rehabilitacji odgrywały też uzdrowiska<sup>12</sup>. Wśród polskich prekursorów metod rehabilitacyjnych często przywoływaną osobą jest Wojciech Oczko (1537 r. – 1600 r.), lekarz Stefana Batorego, uznawany za ojca balneologii polskiej, zalecający wodolecznictwo i leczenie ruchem. W tym miejscu warto też zwrócić uwagę na „*Cieplice*” (1578 r.) – pionierskie dzieło zapoczątkowujące polską balneologię, klasyfikujące wody mineralne i lecznicze występujące w Polsce, opisujące ich działanie oraz podające metody leczenia nimi. Równolegle Sebastian Petrycy z Pilzna (1554 r. – 1626 r.), wybitny lekarz i filozof, a jednocześnie profesor Akademii Krakowskiej, kładł ogromny nacisk na stosowanie ćwiczeń ruchowych, pływanie, grę w piłkę oraz spacer<sup>13</sup>. S. Petrycy jest autorem rozprawy „*O wodach w Drużbaku i Łęckowej, zażywaniu ich i pożytkach, przeciw którym chorobom są pomocne*”. Praca dotyczyła wód mineralnych i wskazań do ich stosowania w chorobach skóry, zapaleniach, dychawicy, drżeniu serca, kamicy nerkowej i żółciowej, kile, kołtunie i gnilcu. W chorobach tych autor zalecał stosowanie kuracji pitnej, kąpeli, polewań, inhalacji, a także płukaną jamy ustnej<sup>14</sup>.

Król Jan III Sobieski zlecił Wawrzyńcowi Braunowi (zm. ok. 1690 r.) zbadanie i opisanie wód znajdujących się pod Iwoniczem, chcąc zachęcić Marię Kazimierę do leczenia uzdrowiskowego w Polsce. W 1677 r. Jerzy Wolter z Kłodzka zbadał i opublikował skład chemiczny źródła „Jerzy” w okolicach Łądka-Zdroju oraz wykaz chorób, których leczenie wspierała kąpiel w wodzie z powyższego źródła. Do tych zaliczono podagrę, kamienie nerkowe i żółciowe, bezpłodność, a także schorzenia jelitowe. W 1782 r. ukazało się w Poczajowie dzieło protomedyka Andrzeja Krupińskiego „*Wiadomość o rozciekach w powszechności, w szczególności zaś o wodzie mineralnej Kozińskiej*”, dedykowane królowi Stanisławowi Augustowi Poniatowskiemu. Zalecana woda kozińska miała pomagać na rozliczne dolegliwości trapiące dokuczliwie ówczesnych chorych, takie jak: rwa kulszowa, bóle nóg, paraliż, bóle oczu, puchlina, obstrukcja i biegunka, kamień w nerkach, żółtaczka, paradontoza i szkorbut, a nawet impotencja. Duże

kwalfikacji zawodowych dla zawodu fizjoterapeuta, Warszawa 2006; 7) „*European Physiotherapy Benchmark Statement*” zaakceptowany na Walnym Zgromadzeniu Europejskiego Regionu Światowej Konfederacji Fizjoterapii w 2003 r.; 8) „*European Core standard of Physiotherapy practice*” zatwierdzony na Walnym Zgromadzeniu Europejskiego Regionu Światowej Konfederacji Fizjoterapii w 2002 r.

<sup>12</sup> A. Grabowska, *Narodziny i rozwój rehabilitacji*, s. 47.

<sup>13</sup> Zob. A. Zagłoba-Kaszuba, J. Hubner, *Zarys rozwoju metod rehabilitacyjnych...*, s. 386.

<sup>14</sup> A. Grabowska, *Narodziny i rozwój rehabilitacji*, s. 47.

zasługi w stworzeniu podstaw lecznictwa uzdrowiskowego w XVII w. położył z kolei profesor i rektor Uniwersytetu Jagiellońskiego, doktor Józef Dietl (1804 r. – 1878r.), który już w 1793 r. utworzył zakład kąpielowy w Krynicy. Przeprowadził on analizę chemiczną wód leczniczych. Następnie w Szczawnicy jego pracę kontynuowali Edward Sas-Korczyński, Ludmił Koryczński, Michał Zieleniewski, jak również lekarze z Uniwersytetu Jana Kazimierza we Lwowie. Od 1905 r. działało w Krakowie legalnie założone w 1900 r. Polskie Towarzystwo Balneologiczne, które skupiało i rozwijało ruch naukowy w zakresie przyrodolecznictwa. Szczególne duże zasługi dla rozwoju kreno- i balneoterapii miał prof. Tadeusz Tempka (1885 r. – 1974 r.), którego badania nad wodą Zuber z Krynicy pozwoliły na wykorzystanie jej w leczeniu chorób żołądka, a także kamicy żółciowej i nerkowej. Nadzór merytoryczny nad lecznictwem uzdrowiskowym przez wiele lat sprawował Instytut Balneoklimatyczny, a następnie Zakład Medycyny Uzdrowiskowej w Poznaniu. W 1830 r. Józef Antonii Jagielski (1792 r. – 1865 r.) założył pierwszy na ziemiach polskich Instytut Ortopedyczny<sup>15</sup>.

Ważną datą w historii polskiej fizjoterapii jest 1837 r., kiedy to Ludwik Bierkowski (1801 r. – 1860 r.) utworzył w Krakowie pierwszy zakład gimnastyczno-ortopedyczny. Kolejną tego typu placówkę zorganizował w 1841 r. w Poznaniu Teofil Matecki (1810 r. – 1886 r.). Obaj ww. lekarze przyczynili się do rozwoju nowych metod rehabilitacyjnych w różnych schorzeniach narządu ruchu. Następnie podobne zakłady otworzyli Robert Eichler z Gustawem Mannem i Stanisław Majewski. Publikowali oni również swoje spostrzeżenia dotyczące gimnastyki leczniczej. W 1882 r. w Warszawie Helena Kuczalska, po ukończeniu studiów w Sztokholmie, otworzyła zakład gimnastyki szwedzkiej wg Linga, a dokładniej Zakład Gimnastyki Szwedzkiej i Masażu Heleny Kuczalskiej. Duże znaczenie dla rehabilitacji miały również osiągnięcia Tomasza Drobniaka (1858 r. – 1901 r.), który opisał skutki wiotkiego porażenia dziecięcego i wprowadził techniki operacyjnego przeszczepiania mięśni zdrowych w miejsce porażonych oraz śródkostnowego przyszywania ścięgien<sup>16</sup>.

Pierwszym profesorem w dziedzinie ortopedii w okresie międzywojennym w Polsce został w 1922 r. Ireneusz Wierzejewski, uznawany za ojca polskiej ortopedii, propagatora gimnastyki leczniczej i zabiegów fizykoterapeutycznych w leczeniu chorób ortopedycznych, neurologicznych i stanów pourazowych, a jednocześnie senator II Rzeczypospolitej Polskiej, aktywnie wspierający opiekę nad osobami niepełnosprawnymi. W 1928 r. założył on Polskie Towarzystwo Ortopedyczne oraz zorganizował jego pierwszy

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 48.

<sup>16</sup> A. Zagłoba-Kaszuba, J. Hubner, *Zarys rozwoju metod rehabilitacyjnych...*, s. 386.



zjazd w Poznaniu, powołał do życia czasopismo „Chirurgia Narządów Ruchu i Ortopedia Polska”. I. Wierzejewski był również członkiem-założycielem Towarzystwa Chirurgów i Ortopedów Polskich<sup>17</sup>.

Na skalę masową rehabilitacja lecznicza rozwinęła się w Polsce po II wojnie światowej w związku z ogromnymi potrzebami społecznymi, które były skutkami przede wszystkim działań wojennych. Na kształt nowej dyscypliny terapeutycznej największy wpływ miała działalność jej prekursorów, którzy inicjowali proces tworzenia korzystnych warunków prawnych i organizacyjnych oraz stwarzali warunki do kształcenia odpowiedniej kadry. Jedną z takich osób był wybitny lekarz i uczonec, prekursor chirurgii i pionier rehabilitacji polskiej Rafał Józef Czerwiakowski, który jako pierwszy w Polsce szczegółowo opisał instrumenty i przyrządy chirurgiczne, takie jak aparaty ortopedyczne, protezy oraz przyrządy do leczenia złamań i zwichnięć. R.J. Czerwiakowski zajmował się leczeniem urazów, zniekształceń i dysfunkcji narządu ruchu, w tym różnego typu kontuzji, naderwania mięśni, zwichnięć i złamań. Inną postacią zasłużoną dla rozwoju polskiej rehabilitacji był znany poznański ortopeda prof. Wiktor Dega, który forsował tezę zakładającą, że rehabilitacja narządu ruchu w połączeniu z innymi specjalnościami medycznymi, takimi jak reumatologia, neurologia, neurochirurgia i ortopedia, stanowi zespół dyscyplin klinicznych wzajemnie się uzupełniających. Według tej koncepcji rehabilitację powinno się wdrażać możliwie jak najszybciej, aby w połączeniu z rehabilitacją społeczną, zawodową i psychologiczną móc przywracać pacjentowi utracone funkcje ruchowe. Wreszcie ogromne zasługi w dziedzinie rehabilitacji położył prof. Marian Weiss, uważany za współtwórcę polskiego modelu rehabilitacji. Tworząc i rozbudowując Stołeczne Centrum Rehabilitacji, oferujące pełny zakres kinezyterapii, fizykoterapii i terapii zajęciowej wraz z zapleczem diagnostycznym (w tym pracownie analizy chodu, badania wydatku energetycznego), był on wierny czterem podstawowym zasadom polskiej szkoły rehabilitacji: kompleksowości, wczesności wdrożenia, powszechności i ciągłości procesu leczenia<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> A. Grabowska, *Narodziny i rozwój rehabilitacji*, s. 48–49.

<sup>18</sup> Zob. M. Gałczyk, K. Van Damme-Ostapowicz, E. Kimszal, *Zarys powstania rehabilitacji...*, s. 346–347 i powołana tam literatura, w szczególności G. Chojnacka-Szawłowska, K. Szawłowski, *Rehabilitacja*, Warszawa 1994; S. Jandziś, *Rehabilitacja lecznicza w okresie Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej*, Prz. Med. Uniwersytetu Rzeszowskiego i Narodowego Instytutu Leków w Warszawie 2010, nr 4, s. 505–511; E. Kałamacka, *Rafał Józef Czerwiakowski pionier polskiej rehabilitacji*, Rehabil. Med. 2013, z. 17 (3), s. 49–56; W. Cytowicz-Karpilowska, *25 lat Wydziału Rehabilitacji AWF w Warszawie. Historia Katedry Rehabilitacji*, Post. Rehabil. 2009, nr 3, s. 23–27; S. Jandziś, *Powstanie i rozwój pierwszych ośrodków rehabilitacji leczniczej w Polsce po II wojnie światowej* [w:] K. Obodyński, P. Król, W. Bajorek (red.) *Spoleczno-kulturowe studia z kultury fizycznej*, Rzeszów 2012, s. 633–645; P. Stawny, E. Kaniewska, *Rehabilitacja medyczna jako element rynku usług medycznych*, Piel. Pol. 2014, z. 2 (52), s. 150–154; S. Jandziś, M. Kiljański, M. Migala, *Historia polskiej rehabilitacji*, Opole 2013;



Olbrzymią rolę w rozwoju rehabilitacji w Polsce oraz związywaniu problemów osób niepełnosprawnych odegrało powstałe w 1960 r. Towarzystwo Walki z Kalectwem. Celem Towarzystwa (TWK) było krzewienie wiedzy w społeczeństwie o problemach niepełnosprawnych, integrowanie społeczne osób niepełnosprawnych oraz wpływ na rozwój nauki i praktyki w zakresie rehabilitacji. Wpływ na kształtowanie się rehabilitacji w Polsce miało powołanie w 1989 r. Polskiego Towarzystwa Rehabilitacji (PTReh) na wniosek prof. J. Haftka przez Krajowy Zespół Specjalistyczny ds. Rehabilitacji z dnia 31 marca 1989 r. Głównym celem Polskiego Towarzystwa Rehabilitacji skupiającego lekarzy i fizjoterapeutów (ale także psychologów, pielęgniarki, pedagogów specjalnych) było pogłębianie wiedzy w zakresie nauk związanych z rehabilitacją oraz popieranie badań i prac naukowych w tym zakresie. Dzięki organizacji sympozjów i kongresów naukowych Towarzystwo wpływało na stałe podnoszenie i wymianę wiedzy fachowej osób zajmujących się procesem rehabilitacji. Obecnie specjalizacja rehabilitacji medycznej jest specjalnością podstawową. Kształcenie w zakresie rehabilitacji możliwe jest do zrealizowania w wytypowanych oddziałach mających akredytację Ministerstwa Zdrowia. Kształcenie fizjoterapeutów aktualnie odbywa się na wydziałach fizjoterapii publicznych i niepublicznych wyższych uczelni, z kolei powiązanie rehabilitacji z procesem leczenia chorego nadało jej charakter kompleksowy, tzn. uwzględnia wszystkie aspekty potrzeb chorego, a więc nie tylko leczenie, lecz także te psychologiczne, społeczne i zawodowe. Przyczynia się do ukształtowania swoistego modelu rehabilitacji stosowanej w Polsce. Model ten cechują cztery właściwości: powszechność, wczesność, kompleksowość i ciągłość<sup>19</sup>.

W dniu 31 maja 2016 r. weszła w życie ustawa z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 952, z późn. zm.), dalej jako „u.z.fiz.”. W uzasadnieniu projektu ww. aktu prawnego wskazywano, że prawo wspólnotowe kwestię regulacji poszczególnych zawodów oddaje w gestię ustawodawstwa poszczególnych krajów członkowskich. Regulacje krajowe warunkują natomiast specjalne traktowanie niektórych zawodów specyfiką wykonywania tych zawodów. W przypadku zawodów medycznych akcentuje ich wyjątkowy charakter społeczny. Osoby wykonujące zawody medyczne muszą charakteryzować się szczególnymi

---

M. Lubecki, *Rola ośrodków rehabilitacyjno-ortopedycznych w polskim modelu rehabilitacji medycznej w drugiej połowie XX wieku*, Hygeia Public Health. 2011, z. 46 (2), s. 249–255; A. Ronikier, *Krótki zarys powojennej historii stołecznej rehabilitacji w kontekście powstania Wydziału Rehabilitacji Akademii Wychowania Fizycznego Józefa Piłsudskiego w Warszawie*, Post. Rehabil. 2009, z. 23 (3), s. 5–7. Zob. również B. Przeździecki, *Historia rehabilitacji na świecie i w Polsce* [w:] A. Kwolek (red.), *Rehabilitacja medyczna*, Wrocław 2013, s. 1–14.

<sup>19</sup> Por. A. Grabowska, *Narodziny i rozwój rehabilitacji*, s. 49.

cechami psychofizycznymi i moralnymi. Ponadto osoby wykonujące zawody medyczne powinny przestrzegać w sposób zorganizowany podnosić ustawnie swoje umiejętności profesjonalne. Dotyczy je w sposób szczególny konieczność przestrzegania praw osoby cierpiącej (pacjenta) do intymności, współczucia czy zachowanie tajemnicy zawodowej. Ustawodawca podniósł, że osoby wykonujące zawód medyczny, w tym fizjoterapeuci, muszą podlegać szczególnej odpowiedzialności zawodowej. Zawód fizjoterapeuty jest zawodem regulowanym w większości krajów Unii Europejskiej. Przed wejściem w życie omawianej ustawy w Polsce nie było ustawowych jednoznacznych zasad określających dostęp do wykonywania zawodu fizjoterapeuty. Czynności fizjoterapeutyczne wykonywały osoby bez kwalifikacji zawodowych, po stosunkowo krótkich kursach przyuczających. Zauważano, że brak właściwych kwalifikacji i kompetencji stanowił wprost zagrożenie dla zdrowia i życia pacjenta wynikające zarówno z błędnej diagnostyki, jak i nieprofesjonalnie wykonywanych czynności zawodowych. Wspomniane zagrożenie dotyczyło w największym stopniu pacjentów korzystających ze świadczeń udzielanych przez podmioty gospodarcze prowadzące gabinety w oparciu o obowiązującą wówczas ustawę z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178, z późn. zm.), która nie przyznawała organowi ewidencyjnemu prawa weryfikacji uprawnień i kwalifikacji zawodowych wnioskodawcy. Tym samym ustawa o zawodzie fizjoterapeuty regulowała wymagania kompetencyjne i kwalifikacyjne do wykonywania czynności fizjoterapeutycznych, a także uprawniała i zobowiązywała organy ewidencyjne do weryfikacji zgodności posiadanych kwalifikacji z wymaganiami kwalifikacyjnymi dla danego zawodu. Ustawa wprowadzała instytucję jawnego rejestru pozwalającego na identyfikację fizjoterapeuty i określenie jego kwalifikacji. Jednocześnie ważnym elementem aktu prawnego, wywierającym wpływ na bezpieczeństwo pacjenta, było stworzenie możliwości skutecznego pociągnięcia do odpowiedzialności zawodowej osoby wykonującej zawód fizjoterapeuty w przypadku nienależytego lub nierzetelnego przestrzegania określonych w ustawie obowiązków<sup>20</sup>.

Ustawa z dnia 25 września 2015 r. wprowadzała mechanizmy mające zapewnić dostęp do wykonywania zawodu tylko profesjonalistom w zawodzie fizjoterapeuty. Do istotnych instytucji kontrolnych zaliczono rejestr osób uprawnionych do wykonywania zawodu fizjoterapeuty, albowiem możliwość korzystania z danych rejestrowych spowodować miała, w krótkim czasie, wyeliminowanie z rynku usług medycznych osób udzielających

<sup>20</sup> Zob. Uzasadnienie projektu ustawy o zawodzie fizjoterapeuty, Sejm VII kadencji, druk nr 3001. Źródło: <<http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3001>> [dostęp: 21.03.2021 r.].

świadczeń fizjoterapeutycznych bez wymaganych kwalifikacji. Wpis do rejestru zawodowego uznano za gwarancję spełniania przez osobę wnioskującą ustawowych wymogów kompetencyjnych<sup>21</sup>.

### *III. Zawód fizjoterapeuty jako profesja medyczna*

Zgodnie z art. 2 u.z.fiz. zawód fizjoterapeuty jest samodzielnym zawodem medycznym. Tym samym profesja ta została włączona do grupy zawodów zaufania publicznego, czego konsekwencją jest regulacja art. 3 u.z.fiz., w której na fizjoterapeutów nałożono obowiązek przynależności do samorządu zawodowego. Samorząd zawodowy fizjoterapeutów reprezentuje osoby wykonujące ten zawód oraz sprawuje pieczę nad należyтым wykonywaniem tego zawodu w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. Samorząd jest przy tym niezależny w wykonywaniu swoich zadań i podlega wyłącznie przepisom ustawy, zaś jednostką organizacyjną samorządu, posiadającą osobowość prawną, jest Krajowa Izba Fizjoterapeutów z siedzibą w Warszawie. KIF jest uprawniona m.in. do kontroli fizjoterapeutów w celu oceny wykonywania zawodu przez fizjoterapeutę.

W myśl art. 4 ust. 1 i 2 u.z.fiz. fizjoterapeuta wykonuje zawód z należytą starannością, zgodnie z zasadami etyki zawodowej, poszanowaniem praw pacjenta, dbałością o jego bezpieczeństwo i wykorzystując wskazania aktualnej wiedzy medycznej. Wykonywanie zawodu fizjoterapeuty polega natomiast na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, w szczególności na: 1) diagnostyce funkcjonalnej pacjenta; 2) kwalifikowaniu, planowaniu i prowadzeniu fizykoterapii; 3) kwalifikowaniu, planowaniu i prowadzeniu kinezyterapii; 4) kwalifikowaniu, planowaniu i prowadzeniu masażu; 5) zlecaniu wyrobów medycznych, zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 523); 6) dobieraniu do potrzeb pacjenta wyrobów medycznych; 7) nauczaniu pacjentów posługiwania się wyrobami medycznymi; 8) prowadzeniu działalności fizjoprofilaktycznej, polegającej na popularyzowaniu zachowań prozdrowotnych oraz kształtowaniu i podtrzymywaniu sprawności i wydolności osób w różnym wieku w celu zapobiegania niepełnosprawności; 9) wydawaniu opinii i orzeczeń odnośnie do stanu funkcjonalnego osób poddawanych fizjoterapii oraz przebiegu procesu fizjoterapii; 10) nauczaniu pacjentów mechanizmów kompensacyjnych i adaptacji do zmienionego potencjału funkcji ciała i aktywności. Podnieść należy również, że członkowie samorządu

---

<sup>21</sup> *Ibidem.*

podlegają odpowiedzialności zawodowej za naruszenie zasad etyki zawodowej lub przepisów dotyczących wykonywania zawodu, zwane też przewinieniem zawodowym (por. art. 85 u.z.fiz. i nast.).

Ważnym przepisem normującym zasady wykonywania zawodu fizjoterapeuty jest art. 6 u.z.fiz., zgodnie z którym przy wykonywaniu zawodu fizjoterapeuta współpracuje z osobami wykonującymi inne zawody medyczne w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (tekst jedn. Dz.U. z 2021 r. poz. 711, ze zm.). W przypadku uzasadnionych wątpliwości odnoszących się do zleceń lekarza w zakresie fizjoterapii, fizjoterapeuta ma prawo domagać się od lekarza, który wydał zlecenie, by uzasadnił potrzebę jego wykonania, a także prawo odmowy wykonania określonego świadczenia. Odmowę wykonania świadczenia fizjoterapeuta uzasadnia w dokumentacji medycznej i informuje o niej lekarza zlecającego.

Fizjoterapeuta ma prawo wglądu do dokumentacji medycznej pacjenta oraz do uzyskania od podmiotu udzielającego świadczeń zdrowotnych pełnej informacji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 849, ze zm.) o stanie zdrowia pacjenta, rozpoznaniu, proponowanych metodach diagnostycznych, leczniczych, rehabilitacyjnych, zapobiegawczych i dających się przewidzieć następstwach podejmowanych działań, w zakresie niezbędnym do udzielanych przez siebie świadczeń zdrowotnych (art. 7 u.z.fiz.). Fizjoterapeuta jest przy tym zobowiązany informować pacjenta o jego prawach, udzielać informacji pacjentowi lub jego przedstawicielowi ustawowemu albo osobie bliskiej lub opiekunowi faktycznemu (w zakresie niezbędnym) o udzielanych przez siebie świadczeniach zdrowotnych, zachowywać w tajemnicy informacje związane z pacjentem, uzyskane w związku z wykonywaniem zawodu, jak również prowadzić i udostępniać dokumentację medyczną na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (art. 9 u.z.fiz.).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 i 2 u.z.fiz. jeżeli osoba wykonująca zawód medyczny stwierdziła naruszenie zasad wykonywania zawodu fizjoterapeuty, jest obowiązana niezwłocznie przekazać swoje uwagi osobie naruszającej zasady wykonywania zawodu. W przypadku natomiast, gdy ww. działanie okaże się nieskuteczne, a dalsze naruszanie zasad wykonywania zawodu fizjoterapeuty może prowadzić do zagrożenia życia lub zdrowia pacjenta, osoba wykonująca zawód medyczny niezwłocznie zawiadamia o tym bezpośredniego przełożonego oraz Rzecznika Dyscyplinarnego<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> W przedmiocie specyfiki wykonywania zawodu fizjoterapeuty zob. również J. Anna, Standard wykonywania zawodu fizjoterapeuty – ocena przyjętego stanu prawnego, St.Prawn.KUL 2019, nr 2, s. 133-156; A. Sieńko, Wizyta fizjoterapeutyczna: przebieg, możliwość przeprowadzenia, odpo-

#### ***IV. Błąd medyczny w fizjoterapii a narażenie pacjenta na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia i zdrowia***

Ustawa z dnia 25 września 2015 r. o zawodzie fizjoterapeuty jako wykroczenia penalizuje takie czyny, jak nieuprawnione posługiwanie się tytułem fizjoterapeuty (art. 138 u.z.fiz.) i dopuszczenie osoby nieuprawnionej do udzielania świadczeń zdrowotnych (art. 139 u.z.fiz.). Przepisami są natomiast udzielanie świadczeń zdrowotnych bez uprawnień (art. 136 u.z.fiz.) oraz popełnienie tego rodzaju czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (art. 137 u.z.fiz.). Ustawodawca nie zdecydował się jednak, podobnie jak w przypadku innych zawodów medycznych, na odrębną penalizację nieprawidłowości i uchybień w wykonywaniu zawodu fizjoterapeuty, które z racji charakteru można by określać mianem błędów medycznych. Uzasadnia to poszukiwanie możliwości penalizacji tego typu działań czy zaniechań na gruncie art. 160 k.k.<sup>23</sup>

Zgodnie z art. 160 § 1 k.k. kto naraża człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. W § 2 ww. przepisu przewidziano, że jeżeli na sprawcy ciąży obowiązek opieki nad osobą narażoną na niebezpieczeństwo, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Stosownie jednak do § 3 ww. normy prawnej jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 lub 2 działa nieumyślnie, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku.

W myśl utrwalonej linii orzeczniczej przestępstwo określone w art. 160 § 1 i 2 k.k. jest przestępstwem materialnym z narażenia<sup>24</sup>. Aby podmiot mógł zostać uznany za sprawcę narażenia, o którym mowa w art. 160 k.k., jego zachowanie musi naruszać wynikające z wiedzy i doświadczenia reguły postępowania z takimi dobrami, jak życie i zdrowie, stwarzając niedające się zaakceptować prawdopodobieństwo ich naruszenia<sup>25</sup>. Przepis art. 160 k.k. nie stanowi generalnego typu penalizującego sprowadzenie jakiegokolwiek niebezpieczeństwa dla innych osób. Do przyjęcia odpowiedzialności ko-

---

wiedzialność, dokumentacja, ABC – komentarz praktyczny, LEX/el. 2019; M. Paszkowska, Standardy ustawowe wykonywania zawodu fizjoterapeuty, ABC – komentarz praktyczny, LEX/el. 2019; idem, Odpowiedzialność zawodowa fizjoterapeutów w świetle nowej ustawy o zawodzie fizjoterapeuty, ABC – komentarz praktyczny, LEX/el. 2019.

<sup>23</sup> W tej materii zob. m.in. A. Müller, *Karnoprawna ocena odpowiedzialności fizjoterapeuty za błąd medyczny*, Roczniki Nauk Penalnych 2018, nr 4 (28), s. 111–124.

<sup>24</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2018 r., sygn. akt I KK 4/18, LEX nr 2578151.

<sup>25</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2017 r., sygn. akt II KK 74/17.

nieczne jest zatem zaistnienie skutku w postaci obiektywnie istniejącego potencjału niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Narażenie na to niebezpieczeństwo ma mieć charakter konkretny, ustawodawca wymaga, aby było to niebezpieczeństwo bezpośrednie<sup>26</sup>.

Istotą strony przedmiotowej czynu określonego w art. 160 § 1 k.k. jest stworzenie przez sprawcę takiej sytuacji faktycznej, w której istnieje bezpośrednio niebezpieczeństwo, grożące realnie nastąpieniem skutku w postaci śmierci, ciężkiego uszkodzenia ciała, względnie ciężkiego rozstroju zdrowia człowieka. Bezpośredniość realnie grożącego niebezpieczeństwa oznacza, iż w sytuacji przez sprawcę już stworzonej, a więc bez dalszej akcji z jego strony, istnieje duże prawdopodobieństwo nastąpienia w najbliższej chwili wymienionych skutków. Czyn z art. 160 jest przestępstwem skutkowym, do przyjęcia odpowiedzialności konieczne jest zatem zaistnienie skutku w postaci obiektywnie istniejącego potencjału niebezpieczeństwa utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Narażenie na to niebezpieczeństwo ma mieć charakter konkretny, ustawodawca wymaga, aby było to niebezpieczeństwo bezpośrednie. Bezpośredniość tę rozumieć należy bądź jako nieuchronne następstwo dalszego niebezpiecznego dla życia lub zdrowia rozwoju sytuacji, bądź jako wysokie prawdopodobieństwo jego wystąpienia<sup>27</sup>.

Dla odpowiedzialności pracownika medycznego za występki z art. 160 § 3 k.k. nie ma znaczenia okoliczność, czy podjęcie zaniechanego działania było w stanie odwrócić niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia pacjenta. Wystarczającym znamieniem tego występku jest wszak skutek nie w postaci naruszenia tego chronionego dobra, ale w postaci konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo<sup>28</sup>. Fakt ciężkiej i śmiertelnej choroby pacjenta nie wyklucza odpowiedzialności za błąd medyczny z art. 160 § 2 i 3 k.k. Z pewnością także standardy medyczne nie mogą być – w zależności od współczesnych uprawnień i obowiązków pracowników medycznych – zaniżane. Przystępstwo narażenia na niebezpieczeństwo utraty życia lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu przez pracownika medycznego z art. 160

<sup>26</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 listopada 2017 r., sygn. akt IV KK 293/17, LEX nr 2395394. Stan niebezpieczeństwa, o jakim mowa w art. 160 § 1 k.k., musi wiązać się z bezpośrednim zagrożeniem dla życia lub zdrowia. Niebezpieczeństwo staje się zaś bezpośrednie wówczas, gdy zachodzi sytuacja niewymagająca dla swojego dalszego rozwoju włączenia się w dany układ zdarzeń elementu dodatkowego, w szczególności zaś podjęcia ze strony sprawcy jakiegokolwiek działania dynamizującego ten układ w wyższym stopniu. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 20 września 2017 r., sygn. akt II AKa 154/167, LEX nr 2369646.

<sup>27</sup> Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 16 stycznia 2019 r., sygn. akt I ACa 893/17, LEX nr 2668210.

<sup>28</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2020 r., sygn. akt IV KK 221/19, LEX nr 3088528.

§ 2 i 3 k.p.k. jest zasadniczo przestępstwem nieumyślnym. Dla przyjęcia odpowiedzialności karnej za błąd diagnostyczny prowadzący do narażenia, o którym mowa w art. 160 § 2 i 3 k.k., niezbędne jest nie tylko powstanie zmiany w świecie zewnętrznym, tj. w realiach danej sprawy stwierdzenie wystąpienia błędu diagnostycznego, ale istnienie związku przyczynowo-skutkowego między owym błędem a stanem narażenia, a wreszcie przypisywalność odnieszona do konkretnej osoby, w tym ustalenia, na kim spoczywał w określonej sprawie obowiązek opieki nad pacjentem. Przy typie nieumyślnym z art. 160 k.k. obiektywne przypisanie sprawcy skutku jest możliwe wyłącznie wówczas, gdy zostanie dowiedzione, że pożądanego działania alternatywne, polegające na wykonaniu ciężącego na medyku obowiązku, zapobiegłyby realnemu i znaczącemu stopniowi tego narażenia<sup>29</sup>.

W dobie postępującej komercjalizacji usług fizjoterapeutycznych istotną wydaje się teza, zgodnie z którą sprawca może w wyniku różnych faktycznych i prawnych zdarzeń samodzielnie przyjąć na siebie obowiązek gwaranta, czyli obowiązek pieczy nad określonym dobrem prawnym przed zagrożeniem pochodzącym z określonego źródła. W szczególności usytuowanie w tej pozycji może nastąpić w wyniku umowy, jak również poprzez złożenie dobrowolnych oświadczeń woli. Dobrowolne przyjęcie stanowiska gwaranta nie musi przybierać formy cywilnego kontraktu. Konieczne jest jednak rzeczywiste objęcie funkcji gwaranta<sup>30</sup>.

Biorąc pod uwagę charakter i skutki błędów medycznych w fizjoterapii należy zdecydowanie podkreślić, że szczególnie rażące uchybienia w tym zakresie, przy wyczerpaniu znamion czynu zabronionego, mogą być kwalifikowane z art. 160 k.k. Niezgodne z zasadami sztuki medycznej wykonywanie czynności fizjoterapeutycznych może bowiem spowodować nieodwracalne zmiany w organizmie pacjenta, a w skrajnych przypadkach może nawet doprowadzić do inwalidztwa pacjenta.

Przykładowym nad wyraz szkodliwym uchybieniem w tym obszarze jest niewłaściwe dokonywanie oceny stanu osoby, która ma być poddawana zabiegom fizjoterapeutycznym oraz niewłaściwe wykonywanie badań

---

<sup>29</sup> Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2019 r., sygn. akt III KK 212/18, LEX nr 2687644.

<sup>30</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lipca 2018 r., sygn. akt IV KK 371/17, OSNKW 2018, nr 10, poz. 6. W orzecznictwie zauważano też, że źródłem obowiązku opieki, o którym mowa w art. 160 § 2 k.k., może być nie tylko przepis prawa, ale także dobrowolne zobowiązanie, w wyniku którego sprawca przyjmuje na siebie obowiązek pieczy nad inną osobą, a tym samym funkcję gwaranta zapobiegnięcia skutkowi w postaci narażenia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia albo ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Przyjęcie na siebie takiego obowiązku może mieć doraźny charakter i nie wymaga formy cywilnego kontraktu. Konieczne jest jednak rzeczywiste objęcie funkcji gwaranta. Por. wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 25 października 2017 r., sygn. akt II AKa 282/17, LEX nr 2402346.



czynnościowych niezbędnych do programowania i kontrolowania procesu fizjoterapii, co może prowadzić do błędnej diagnozy fizjoterapeutycznej, a tym samym do niewłaściwego programowania fizjoterapii. Do tej grupy zaniedbań zaliczyć można nieprawidłową ocenę lokomocji, samoobsługi, czy sprawności manualnej, niewłaściwą ocenę funkcjonalną kręgosłupa i miednicy oraz równowagi i stabilności ciała, chybioną ocenę czynnościową w zakresie wspomaganie funkcjonalnego i lokomocji przy pomocy wyrobów medycznych, nieprawidłową ocenę siły mięśniowej, napięcia mięśniowego z użyciem technik manualnych i obserwacji, napięcia mięśniowego z użyciem aparatury diagnostycznej czy elastyczności mięśni, względnie niewłaściwie przeprowadzone badanie zakresów ruchów czynnych i biernych kręgosłupa oraz stawów obwodowych z użyciem technik manualnych oraz goniometrów. Do błędów medycznych należy też zaliczyć nieprawidłowo wykonane pomiary obwodów części ciała oraz pomiary długości kończyn, nieprawidłowo przeprowadzanie klinicznych testów czynnościowych narządu ruchu oraz sprawności motorycznej niezbędnych do monitorowania procesu fizjoterapii, chybione oceny rozwoju motorycznego i pomiary poszczególnych cech motorycznych, oceny natężenia bólu, względnie inne pomiary antropometryczne lub oceny napięcia mięśniowego z użyciem aparatury diagnostycznej, nieprawidłowe oceny stanu neuromotorycznego w zakresie fazowości działania mięśni i wykonania badania EMG, a także niewłaściwie (niedokładnie) wykonywanie badania zakresów ruchów czynnych i biernych kręgosłupa oraz stawów obwodowych z użyciem aparatury diagnostycznej. Błędem medycznym z zakresu fizjoterapii będzie też niedokładne prowadzenie tzw. elektrodiagnostyki, czyli diagnostyka przewodnictwa i pobudliwości mięśni z zastosowaniem elektrod powierzchniowych. Nieprawidłowa kwalifikacja pacjentów do wykonywania zabiegów fizjoterapeutycznych czy ich niewłaściwe planowanie mogą ujawnić się w obszarach fizykoterapii, kinezyterapii czy masażu<sup>31</sup>.

Jako rażące uchybienie kwalifikować należy niewłaściwe kształtowanie, nieskuteczne podtrzymywanie czy przywracanie sprawności i wydolności osób w różnym wieku utraconej lub obniżonej wskutek różnych chorób bądź urazów.

Nieprawidłowością o szczególnym wymiarze jest niewłaściwe wykonywanie zabiegów fizjoterapeutycznych czy nieumiejętne dostosowywanie swych działań do nadrzędnych celów rehabilitacji w ramach funkcjonowania zespołów rehabilitacyjnych, co może zakłócić efektywność procesu leczenia oraz może prowadzić do dodatkowych powikłań wynikających

<sup>31</sup> Por. przepisy rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 27 czerwca 2018 r. w sprawie szczegółowego wykazu czynności zawodowych fizjoterapeuty (Dz.U. z 2018 r. poz. 1319).

z nieprawidłowego wykonywania zabiegów fizykoterapeutycznych. Do takich zaniedbań zaliczyć należy niezgodne z aktualnymi zasadami sztuki medycznej przeprowadzanie zabiegów z zakresu elektroterapii, światłolecznictwa, hydroterapii, zabiegów wykorzystujących drgania mechaniczne, zabiegów z zakresu ciepłolecznictwa, zimnolecznictwa, balneologii, zabiegów wykorzystujących pole elektromagnetyczne, czy zabiegów inhalacji. Omawiana kategoria błędów obejmuje też niewłaściwy nadzór nad wykonywaniem procedur z zakresu fizykoterapii ujętych w programie specjalizacji w dziedzinie fizjoterapii, czy prowadzenie zabiegów z zakresu kinezyterapii (indywidualnej i grupowej), prowadzenie kinezyterapii w oparciu o metody specjalne. Dotyczy to też sposobu sprawowania nadzoru nad wykonywaniem procedur z zakresu kinezyterapii ujętych w programie specjalizacji w dziedzinie fizjoterapii. Nieprawidłowe prowadzenie zabiegów z zakresu masażu koncentruje się z kolei na masażu z zastosowaniem technik ręcznych, masażu z zastosowaniem urządzeń mechanicznych czy wykonywaniu procedur z zakresu opracowania tkanek miękkich i powięzi ujętych w programie specjalizacji w dziedzinie fizjoterapii.

Wreszcie jako „fizjoterapeutyczny” błąd medyczny postrzegać trzeba niewłaściwe dobranie do potrzeb pacjenta wyrobów medycznych będących przedmiotami ortopedycznymi i środkami pomocniczymi, co może utrudniać funkcje ruchowe i znacząco obniżyć jakość życia pacjenta. Dotyczy to w szczególności zlecenia zaopatrzenia w wyroby medyczne produkowane seryjnie niezbędne w procesie usprawniania pacjenta, ale również doboru wyrobów medycznych niezbędnych w procesie usprawniania czy nauczania pacjentów posługiwania się tymi wyrobami medycznymi (np. ćwiczeń używania protez i ortez niezbędnych w procesie usprawniania czy nauki korzystania z innych wyrobów medycznych niezbędnych w procesie usprawniania).

Odrębną od błędów medycznych kategorią uchybień wydają się być takie działania, jak nieprawidłowe prowadzenie działalności fizjoprofilaktycznej, czy prowadzenie profilaktyki poprzez kontrolowanie czynników ryzyka powstawania chorób, w tym wydawanie opinii i orzeczeń odnośnie do stanu funkcjonalnego osób poddawanych fizjoterapii oraz przebiegu procesu fizjoterapii, wydawanie opinii i orzeczeń odnośnie do stanu funkcjonalnego osób poddawanych fizjoterapii, tudzież wydawanie opinii i orzeczeń odnośnie do przebiegu procesu fizjoterapii, jak również niewłaściwe nauczanie pacjentów mechanizmów kompensacyjnych i adaptacji do zmienionego potencjału funkcji ciała i aktywności (w tym nauczanie mechanizmów kompensacyjno-adaptacyjnych oraz zasad ergonomii funkcjonowania ciała człowieka).

## V. Podsumowanie

Współczesna fizjoterapia obejmuje w szczególności procedury skoncentrowane na świadczeniu poszczególnym osobom i populacjom usług powodujących rozwinięcie, utrzymanie lub przywrócenie w jak najpełniejszym zakresie czynności ruchowych i funkcjonalności w całym okresie życia pacjenta, a także świadczeniu usług w okolicznościach, w których czynności ruchowe i funkcje zagrożone są procesami starzenia lub uległy upośledzeniu w wyniku obrażeń lub schorzeń. Fizjoterapia zajmuje się też wykrywaniem i przywracaniem w jak najpełniejszym zakresie potencjału czynności ruchowych w sferach promocji zdrowia, prewencji, leczenia i rehabilitacji.

Niestety specyfika powyższych procedur, ich zakres i znaczenie dla szeroko pojętego leczenia pacjentów sprawia, że na skutek niedbalstwa, braku dostatecznych umiejętności czy aktualnej wiedzy medycznej świadczeniodawców może powstać sytuacja niebezpieczna dla pacjenta. Wśród najczęstszych błędów popełnianych przez fizjoterapeutów w obszarze opieki nad chorymi wymienia się brak wyznaczonego celu i założeń dotyczących pacjenta, który jest prowadzony długoterminowo, brak założonej strategii w celu poprawy kondycji motorycznej czy sensorycznej pacjenta, jak również brak ustalenia realnego celu, który pacjent może osiągnąć podczas ciągu terapeutycznego. Okoliczności te mogą bezpośrednio powodować bardzo poważne skutki w postaci błędów medycznych pogłębiających stan chorobowy lub generujących nowe dolegliwości zdrowotne. W skrajnych przypadkach może to prowadzić do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu w postaci niepełnosprawności, co może wyczerpywać znamiona przestępstwa określonego w art. 160 k.k.

Prowadząc postępowanie karne w przedmiocie błędu medycznego w fizjoterapii, a w szczególności ustalając przyczyny tego typu pomyłek i oceniając ich skutki, każdorazowo należy mieć na względzie ustawowy zakres obowiązków fizjoterapeutów, istotę i cel wykonywanych przez nich procedur medycznych, jak również ich rolę we współczesnym, często interdyscyplinarnym, modelu sprawowania opieki nad pacjentem.

### A B S T R A C T

The physical therapist is currently viewed as a qualified healthcare practitioner. For this reason, the expectations of the professional community, employers and society as regards the knowledge and skills of physi-



otherapists are significant. In carrying out his profession, a physiotherapist should be guided by the indications of current medical knowledge, professional ethics, as well as the good of the patient. And in this area, unfortunately, mistakes, omissions and irregularities are possible, which may have consequences that are dangerous for the patient. There are not many studies on medical errors in physiotherapy in the criminal law literature. One of the reasons for this is the fact that the rules of practicing the profession of a physiotherapist have been comprehensively regulated in the form of an act relatively recently. The aim of this publication is to present the specificity of physiotherapeutic procedures, with particular emphasis on the historical origins of the physiotherapist profession, the most important regulations regulating the model of this profession, as well as to discuss the nature of medical errors that may be committed as a result of improper care of patients in the above-mentioned area. These considerations are made in relation to the provisions of Art. 160 of the Polish Criminal Code, on the basis of which gross misconduct of representatives of other medical professions is most often penalized.

*Problematyka wykorzystania seksualnego  
dziecka w kontekście odpowiedzialności karnej  
lekarza za niezawiadomienie o przestępstwie*

*Problems of sexual abuse of a child in the  
context of a doctor's criminal liability for not  
reporting a crime*

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

Celem artykułu jest przedstawienie najważniejszych zagadnień dotyczących obowiązku zawiadomienia przez lekarza o karalnym przestępstwie wykorzystania seksualnego małoletniego poniżej lat 15 w świetle zasad odpowiedzialności z tytułu niezawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, wynikających z przepisu art. 240 § 1 k.k.<sup>1</sup> Odniesiono się w nim również do charakterystyki wykorzystania seksualnego małoletniego poniżej lat 15 i wyjaśnienia, jak można rozumieć treść dziecięcego przekazu oraz wątpliwości związanych zachowaniem tajemnicy lekarskiej w sytuacji udzielania świadczeń medycznych osobie pokrzywdzonej tego typu rodzajowego przestępstwem.

Zamierzeniem niniejszych rozważań jest przedstawienie kwestii istotnych z punktu widzenia ochrony dobra dziecka oraz wyposażenie lekarzy w wiedzę i umiejętności pozwalające na zwiększenie tej ochrony. Wskazane cele wzmacnia art. 240 k.k., który chroni także interes wymiaru sprawiedliwości poprzez dążenie do wykrywania i ujęcia sprawcy najpoważniejszych przestępstw, jak również zapobieżenia ich popełnieniu<sup>2</sup>. Artykuł stanowi spojrzenie od strony nauki oraz praktyki na złożone zagadnienie, jakim jest przestępczość seksualna wobec dzieci. Kompleksowe ujęcie tak z zakresu definiowania pojęcia wykorzystania seksualnego, jak i wiedzy o zasadach odpowiedzialności lekarza za karalne niezawiadomienie o przestępstwie z art. 200 k.k. jest niezbędne nie tylko dla poprawy

<sup>1</sup> Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.), dalej k.k.

<sup>2</sup> M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, *Komentarz do art. 240 [w:]* W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Lex, teza 4.

wykrywalności, ale również podejmowania działań zapobiegawczych. Każdy lekarz mający kontakt zawodowy z dziećmi może spotkać się z sytuacją ujawnienia zachowań mogących świadczyć o wykorzystaniu seksualnym dziecka. Wystąpienie pojedynczego symptomu nie jest przeważnie dowodem krzywdzenia dziecka. Oczywiście wszystko zależy od dostrzeżonego objawu. Lekarz może ujawnić fizyczne objawy krzywdzenia, siniaki, zdrapania, rany w różnych okresach gojenia się, w kształtach i usytuowaniach trudnych do wyjaśnienia naturalnymi sytuacjami związanymi z upadkiem lub przypadkowym uderzeniem się. Psychosomatyczne objawy mogą przybrać postać moczenia się dziecka, zaburzenia snu, zahamowanie rozwoju fizycznego, spadek masy ciała. Mogą pojawić się również nieadekwatne do wieku zachowania seksualne, seksualizacja zachowań w relacjach rówieśniczych, włączanie innych dzieci w zabawy seksualne polegające na odtwarzaniu zachowań seksualnych. U dziecka pojawia się też wstyd, poczucie winy, lęk przed sprawcą, okaleczanie siebie, agresja kierowana do ludzi, zwierząt<sup>3</sup>. Dzieci inaczej niż osoby dorosłe obierają oraz odtwarzają rzeczywistość i nie potrafią czasami nazwać dokładnie czynności seksualnych, jakich doświadczyły lub jakie zauważyły podczas prezentowania im treści pornograficznych. Dlatego konieczne jest zachowanie czujności i podjęcie niezbędnych czynności umożliwiających rozpoznanie wykorzystania seksualnego u dziecka, uzyskanie stosownych informacji, jednocześnie nie narażając przy tym dziecka na traumę.

Kwestia udzielenia przez lekarza organom ścigania informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem świadczeń medycznych jest dosyć istotna z procesowego punktu widzenia. Uzyskane przez lekarza od dziecka informacje na temat okoliczności powstania u niego obrażeń lub zdarzenia, którego dziecko było uczestnikiem, pozwolą na ustalenie faktów istotnych z punktu widzenia realizacji znamion przestępstwa wykorzystania seksualnego. Brak rozpoznania u dziecka objawów wykorzystania seksualnego wywiera dotkliwe konsekwencje. W praktyce lekarze, mimo posiadanej wiedzy, umiejętności i doświadczeniu zawodowemu dopuszczają się błędów diagnostycznych w zakresie stanu zdrowia pacjenta, to tym bardziej mogą nie zauważyć faktu, iż dziecko było obiektem wykorzystania seksualnego<sup>4</sup>. Ten błąd może być konsekwencją niedołożenia należytej staranności w ustaleniu okoliczności istotnych z punktu widzenia realizacji znamion

<sup>3</sup> G. Jarząbek, M. Pawlaczyk, E. Sowińska-Przepiera, K. Kapczuk, K. Wachowiak-Ochmańska, Z. Friebe, *Problem ofiar przemocy seksualnej w praktyce ginekologii wieku rozwojowego*, „Seksuologia Polska” 2005, nr 2, s. 91–92.

<sup>4</sup> M. Sadowska, *Zaniedbania podczas badania podmiotowego jako przesłanka odpowiedzialności za błąd diagnostyczny*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2019, t. 23, <<http://dx.doi.org/10.12775/SIT.2018.039>>.

przestępstwa na szkodę dziecka. Badanie podmiotowe (wywiad) i przedmiotowe (fizykalne) lekarza pediatry stanowi w swej istocie najważniejsze źródło informacji o stanie pacjenta. Przeprowadzenie właściwego wywiadu z dzieckiem w celu ustalenia okoliczności zaistnienia zdarzenia przestępczego na jego szkodę również stanowić będzie źródło cennych informacji. To zaś wymaga posiadania wiedzy z zakresu charakterystyki przestępstw wykorzystania seksualnego dziecka oraz umiejętności prowadzenia przez lekarza właściwej narracji z dzieckiem.

Dla powodzenia przedsięwzięć ukierunkowanych na zapewnienie ochrony dziecka i jego bezpieczeństwa konieczne jest nabycie przez lekarzy umiejętności w rozpoznawaniu objawów wykorzystania seksualnego oraz szybkiego reagowania i zawiadomienia organów ścigania.

Pod pojęciem wykorzystania seksualnego dziecka należy rozumieć włączanie dziecka w aktywność seksualną, której nie jest ono w stanie w pełni zrozumieć i udzielić na nią świadomej zgody i/lub na którą nie jest dojrzałe rozwojowo i nie może zgodzić się w ważny prawnie sposób i/lub którą jest niezgodna z normami prawnymi lub obyczajowymi danego społeczeństwa. Z wykorzystaniem seksualnym mamy do czynienia, gdy taka aktywność wystąpi między dzieckiem a dorosłym lub dzieckiem a innym dzieckiem, jeśli te osoby ze względu na wiek bądź stopień rozwoju pozostają w relacji opieki, zależności, władzy. Celem takiej aktywności jest zaspokojenie potrzeb innej osoby<sup>5</sup>.

Wykorzystywanie seksualne to również sytuacja, w której może nie dochodzić do kontaktu fizycznego, ale do innych pozawerbalnych form molestowania, np. poprzez prezentowanie dziecku treści pornograficznych. Oglądanie takich treści przez dziecko może przyczyniać się do wczesnej seksualizacji.

Obowiązek zachowania tajemnicy lekarskiej w sytuacji udzielania świadczeń medycznych osobie pokrzywdzonej przestępstwem wykorzystania seksualnego staje w kolizji z interesem wymiaru sprawiedliwości, dobrem dziecka oraz realizacją zasady prawdy materialnej w procesie karnym<sup>6</sup>. W doktrynie prawa karnego pojawił się pogląd, że za nieujawnienie organom ścigania informacji uzyskanych w związku z udzielaniem świadczeń medycznych grozi odpowiedzialność karna na podstawie art. 240 § 1 k.k.,

<sup>5</sup> M. Sajkowska, *Wykorzystanie seksualne dzieci, Dziecko Krzywdzone: teoria, badania praktyka*, 16/1, s. 234.

<sup>6</sup> Por. M. Marciniak, *Tajemnica lekarska w prawie karnym* [w:] Z. Cwiąkalski (red.), G. Artymiak, *Współzależność prawa karnego materialnego i procesowego*, Warszawa 2009, s. 422; P. Kardas, *Relacje między prawem karnym materialnym i procesowym* [w:] P. Hofmański (red.), *System prawa karnego procesowego*, t. 1, *Zagadnienia ogólne*, Warszawa 2013, cz. 1, s. 571.



który przewiduje karę pozbawienia wolności do lat 3<sup>7</sup>. Z kolei jeżeli lekarz umyślnie ujawni informacje uzyskane w związku z udzielaniem świadczeń medycznych, będzie odpowiadał za przestępstwo z art. 266 § 1 k.k.

Wobec powyższego pojawia się wątpliwość, jak ma zachować się lekarz, który w związku z udzielaniem świadczeń medycznych po przeprowadzeniu rozpytania małoletniego uzyskuje wiarygodne informacje o wykorzystaniu seksualnym dziecka. Czy ma niezwłocznie zawiadomić organy ścigania o uzyskaniu wiarygodnych informacji o popełnieniu przestępstwa z art. 200 k.k. i przekazać wszystko, co ujawniło dziecko. Czy jednak nie może tego uczynić i musi zachować w tajemnicy informacje związane z pacjentem do czasu zwolnienia go przez sąd z obowiązku zachowania tajemnicy lekarskiej w trybie art. 180 § 2 k.p.k. Skorzystanie z tego trybu niewątpliwie wydłuża czas na zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów w zakresie niezbędnym do przedstawienia zarzutów podejrzanemu. Obwarowane jest również spełnieniem ustawowych kryteriów. Przepis zawiera dwa kryteria, od których kumulatywnego spełnienia uzależniona jest możliwość zwolnienia z obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej: musi tego wymagać dobro wymiaru sprawiedliwości oraz dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu. Ponadto przepis wymaga, by przesłuchanie osoby zobowiązanej do zachowania tajemnicy zawodowej było niezbędne dla wskazanych celów. O ile pojęcie „dobra wymiaru sprawiedliwości” jest bardzo ogólne, o tyle – w ocenie Trybunału Konstytucyjnego – drugie z kryteriów wskazanych w art. 180 § 2 k.p.k., tj. brak innych środków dowodowych jest konkretne, wymierne i sprawdzalne. W związku z tym, że o zwolnieniu z tajemnicy decyduje sąd dysponujący już całym materiałem dowodowym zebrany w postępowaniu przygotowawczym, należy przyjąć, że jest on władny ocenić niezbędność dowodu, tj. stwierdzić, że za pomocą innych, realnie dostępnych środków dowodowych (takim środkiem na pewno nie jest zeznanie oskarżonego, który ma prawo zachować milczenie) nie można danej okoliczności udowodnić. Trybunał Konstytucyjny uważa, iż w prawie polskim istnieje pewna tradycja zwolnień z obowiązku zachowania tajemnicy, a stworzony przez ustawodawcę system zwolnień jest dość jasny i racjonalnie uzasadniony<sup>8</sup>.

Źródłem tajemnicy lekarskiej jest ustawa oraz kodeks etyki. Art. 40 ust. 1 u.z.l.<sup>9</sup> stanowi, że lekarz ma obowiązek zachowania w tajemnicy

<sup>7</sup> Por. A. Augustynowicz, *Tajemnica zawodowa lekarza a współdziałanie z organami ścigania, Prawo i Medycyna*. 1506-8757. Vol. 10, nr 4 (2008), s. 83–98; S. Rutkowski, *Wybrane zagadnienia z zakresu odpowiedzialności karnej lekarza*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 9, s. 87.

<sup>8</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22.11.2004 r., SK 64/03, OTK-A 2004/10/107.

<sup>9</sup> Ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza i lekarza dentystry (Dz.U. 1997 Nr 28, poz.152), dalej u.z.l.

informacji związanych z pacjentem, a uzyskanych w związku z wykonywaniem zawodu. Tajemnicą lekarską są objęte zarówno wyniki przeprowadzonych badań, diagnoza postawiona na ich podstawie, czy dokumentacja medyczna. Jak również informacje przekazane lekarzowi przez pacjenta bądź jego rodzinę, jak i te, które lekarz sam ustalił, dokonując badania. Tajemnicą objęte są też informacje o popełnieniu przestępstwa na szkodę pacjenta.

Tajemnica lekarska nie ma charakteru bezwzględnego. Nie jest tak, że w żadnych okolicznościach nie jest możliwe ujawnianie informacji nią objętych. Sama ustawa o zawodzie lekarza i lekarza dentysty stanowi, że obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej nie stosuje się, jeżeli zachowanie tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia pacjenta lub innych osób bądź pacjent lub jego przedstawiciel ustawowy wyraża zgodę na ujawnienie tajemnicy, po uprzednim poinformowaniu o niekorzystnych dla pacjenta skutkach jej ujawnienia (art. 40 ust. 2 pkt 1, 3 i 4 u.z.l.).

Zgodnie z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 6 listopada 2008 roku o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta (Dz.U. z 2009 Nr 52, poz. 417, ze zm) osoby wykonujące zawody medyczne są obowiązane do zachowania w tajemnicy informacji związanych z pacjentem, w szczególności z jego stanem zdrowia.

Uchwała Nadzwyczajnego II Krajowego Zjazdu Lekarzy z dnia 14 grudnia 1991 r. w sprawie Kodeksu Etyki Lekarskiej w art. 24 wskazuje, iż wiadomości o pacjencie i jego otoczeniu uzyskane przez lekarza w związku z wykonywanymi czynnościami zawodowymi są objęte tajemnicą lekarską. Zwolnienie z tajemnicy lekarskiej może nastąpić tylko wtedy, gdy pacjent wyrazi na to zgodę lub jeśli zachowanie tajemnicy w sposób istotny zagraża zdrowiu i życiu pacjenta lub innych osób (art. 26).

Jeszcze mocniej stanowisko tajemnicy lekarskiej podkreślił Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 22 listopada 2004 r., sygn. SK 64/03, wskazując, że funkcją zakazów związanych z tajemnicą lekarza nie jest ochrona interesów osoby, które ten zawód wykonuje, lecz nade wszystko ochrona tych osób, która w zaufaniu do publicznej funkcji lekarza powierzają mu wiedzę o faktach, którymi nie chcą na ogół dzielić się z innymi osobami<sup>10</sup>.

Powyższe rozważania wskazują, że nie będzie naruszeniem zasad etyki medycznej oraz tajemnicy lekarskiej, jeżeli przedstawiciel ustawowy dziecka wyrazi dobrowolną zgodę na ujawnienie okoliczności popełnienia przestępstwa wykorzystania seksualnego małoletniego.

W przypadku niewyrażenia takiej zgody lekarz może uznać, że utrzymanie tych informacji w tajemnicy może stanowić niebezpieczeństwo dla

<sup>10</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 listopada 2004 r., SK 64/03, OTK-A 2004/10/107.

życia lub zdrowia dziecka. Chodzi o niebezpieczeństwo realne, a nie potencjalne. Ocena tej przesłanki wymaga każdorazowo indywidualnej oceny. Analizując konkretne narażenia w kontekście niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia dziecka, lekarz musi ocenić, czy z okoliczności ujawnionych przez dziecko można wysunąć wniosek, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo powstania ponownie skutków, które realizować mogą znamiona przestępstwa z art. 200 k.k., jak również przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Nie budzi wątpliwości, że przestępstwo wykorzystania seksualnego dziecka zagraża jego zdrowiu, zatem jeżeli posiadane informacje przez lekarza dają podstawy do wysunięcia takiego przekonania, powołanie się na przesłankę niebezpieczeństwa dla zdrowia dziecka uchylającą tajemnicę lekarską jest uzasadnione.

Dla podsumowania powyższych rozważań wskazać należy, że na lekarzu spoczywa zgodnie z art. 240 § 1 k.k. prawny obowiązek powiadomienia organów ścigania o przestępstwie z art. 197 § 3 pkt 2 k.k., czy art. 200 k.k., ponieważ pozwala na to literalne brzmienie art. 40 ust. 2 pkt 1 u.z.l. Wprowadzenie prawnego obowiązku zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa realizuje założenia polityki karnej, mającej na celu zwalczanie przestępczości o podłożu seksualnym, skierowanej przeciwko małoletnim poniżej 15 roku życia. Racjonalnemu ustawodawcy przyświecała ściśle określona koncepcja, a mianowicie bezwzględna ochrona dziecka.

Zatem na lekarzu spoczywa obowiązek ustalenia, czy doszło do popełnienia przestępstwa o znamionach określonych w art. 197 § 3 pkt 2 k.k., czy art. 200 k.k. Pewność, że doszło do popełnienia przestępstwa, nie musi być stuprocentowa, jednak jego zaistnienie musi być znaczne<sup>11</sup>. Dlatego lekarz, posiadając odpowiednią wiedzę z zakresu objawów wykorzystania seksualnego dziecka, prowadzenia z nim stosownej narracji w celu pozyskania informacji o zdarzeniu, jest w stanie obiektywnie ustalić prawdziwość relacjonowanych przez dziecko okoliczności.

Obowiązek prawny lekarza zawiadomienia o wskazanych powyżej typach rodzajowych przestępstw powstaje z chwilą posiadania wiarygodnych wiadomości, w świetle których popełnienie przestępstwa nie budzi wątpliwości, jak również pozyskane informacje o przestępstwie i przekazanie następnie organowi ścigania nie wymagają ich obiektywizowania, wstępnego weryfikowania i oceniania przez zawiadamiającego<sup>12</sup>. Chodzi zatem nie o jakąkolwiek wiadomość o przestępstwie, lecz wyłącznie o wiadomość

<sup>11</sup> M. Mozgawa, *Komentarz do art. 240 k.k.* [w:] M. Mozgawa (red.) B. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz*, Lex.

<sup>12</sup> J. Łupiński, *Spoleczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 1, s. 140.

spełniająca określony warunek jakościowy<sup>13</sup>. O przydatności podanych przez lekarza informacji będzie decydować organ ścigania.

Brak posiadania danych osobowych sprawcy przestępstwa nie wyklucza możliwości złożenia zawiadomienia. Przepis nie określa, jakie okoliczności (oprócz złożenia samego zawiadomienia o zaistnieniu takich zdarzeń) donoszący ma podać i przez to nie przewiduje dla treści tego zawiadomienia żadnych wymagań. Wystarczy ogólna informacja o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu wskazanych w przepisie czynów zabronionych. W sytuacji, gdy zobowiązany do denuncjacji, mimo posiadania szerszych informacji o objętym nią przestępstwie, zatai je, powiadamiając jedynie uprawnione organy o samym fakcie jego nastąpienia, to i tak całą posiadaną o nim wiedzę będzie musiał przekazać w toku przesłuchania w charakterze świadka. Gdy tego nie uczyni, wówczas narazi się stosownie do wskazań art. 233 § 1 k.k. na odpowiedzialność karną za złożenie fałszywych zeznań<sup>14</sup>. Lekarz nie ma jednak obowiązku sprawdzania wiarygodności i nie będzie ponosił odpowiedzialności z art. 238 k.k. (fałszywe zawiadomienie), jeśli w wyniku działań organów powołanych do ścigania przestępstw zostanie ustalone, że w rzeczywistości dane przestępstwo nie zostało popełnione. Za bezprawne może być uznane jedynie takie zawiadomienie ze wskazaniem osoby podejrzanej, które zostało dokonane w sposób oczywisty ze złym zamiarem i pełną świadomością przedstawiania nieprawdy<sup>15</sup>.

Lekarz powinien jednak zweryfikować informacje o przestępstwie wykorzystania seksualnego dziecka, wymaga to jednak w pewnym stopniu znajomości charakterystyki objawów wykorzystania seksualnego oraz prowadzenia z dzieckiem właściwej narracji. Rozmowa z dzieckiem nie może oczywiście przybrać formy przesłuchania procesowego, którego dokonuje sąd w trybie art. 185a k.p.k. i lekarz nie może wchodzić w kompetencje sądu. Dziecko posiada wrażliwą osobowość, którą podczas prowadzenia wywiadu należy chronić przed wtórną wiktyimizacją. Na ogół dziecko nie mówi o tym, co mu się zdarzyło – wstydi się, boi kary, czuje się winne lub nie potrafi znaleźć słów, aby opisać swoje doświadczenia<sup>16</sup>. Niemniej jednak uchwycenie przez lekarza informacji o zdarzeniu z udziałem małoletniego jest istotne z punktu widzenia późniejszego, procesowego wykorzystania zeznań złożonych przez lekarza w związku z zawiadomieniem o przestępstwie. Zeznania lekarza stają się istotnym i cennym środkiem dowodowym w procesie.

<sup>13</sup> T. Razowski, *Komentarz do art. 240, teza nr 6* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Lex.

<sup>14</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 12.10.2006 r., sygn. IV KK 247/06, Legalis 84515.

<sup>15</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z 30.11.2007 r., IV CSK 310/07, Lex nr 623817.

<sup>16</sup> G. Jarząbek, M. Pawlaczyk, E. Sowińska-Przepiera, K. Kapczuk, K. Wachowiak-Ochmańska, Z. Friebe, *Problem ofiar...*, s. 65.

Uzyskanie od dziecka informacji o przestępczym zdarzeniu z jego udziałem powinno odbywać się w ramach prowadzenia przez niego swobodnej narracji. Właściwie zebrany wywiad może mieć niekwestionowaną wartość dowodową w późniejszym postępowaniu karnym. Oczywiście prowadzenie właściwej narracji z dzieckiem ograniczone jest przez jego wiek, stopień rozwoju i dojrzałość oraz właściwości i warunki osobiste dziecka. Poniżej ósmego roku życia dzieci nie rozumieją pytań, ale też nie mają świadomości, że ich nie rozumieją<sup>17</sup>. Możliwość uzyskania od dziecka informacji odnośnie do zdarzenia uwarunkowane jest stopniem rozwoju poznawczego i emocjonalnego dziecka. Pytania lekarza powinny ograniczyć się do uzyskania najważniejszych informacji dotyczących czynu poprzez zadanie pytań: „kto?, co?, kiedy?, gdzie?” oraz pytań otwartych „opowiedz mi o tym więcej”. Jedne dzieci będą potrafiły spontanicznie opisać zdarzenia, a inne będą zamknięte i nie wyjawiają, w jakich okolicznościach doszło do powstania urazów, kiedy osoba zgłaszająca się z dzieckiem chce zataić prawdę (np. matka zna sprawcę i chce go chronić). Wówczas podawane przez matkę okoliczności mogą być niespójne lub mało prawdopodobne<sup>18</sup>. Nie każde dziecko potrafi wprost relacjonować wydarzenia ze swoim udziałem. Z powodu ulotności pamięci przeszłość w pewnym sensie traci swoją trwałość, również staje się chwilowa. Zasady wiedzy, logiki i doświadczenia życiowego wskazują, iż pamięć ludzka jest ulotna, osoby zdające relacje bezpośrednio po zdarzeniu pamiętają je znacznie lepiej, szczegóły zdarzeń zacierają się wraz z upływem czasu<sup>19</sup>. Jednak najbardziej istotne jest to, że traumatyczne przeżycia mogą dziecko blokować. Po takich przeżyciach obserwuje się zaburzenia pamięci narracyjnej, która umożliwiałyby świadome przypomnienie i odtworzenie faktów. Zdarzenie traumatyczne zapamiętywane jest głównie pod kątem sensoryczno-emocjonalnym. W procesie odtwarzania urazowych przeżyć wyłaniają się zniekształcenia, jakie to doświadczenie spowodowało w procesach poznawczych. Wydarzenie traumatyczne pamiętane jest w sposób fragmentaryczny, zniekształceniu ulega percepcja czasu i szczegółów kontekstu sytuacyjnego. Dzieci będące ofiarą przemocy mają tendencję do obsesyjnego powtarzania w zabawie scen będących dokładną kopią wydarzenia traumatycznego<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> M. Horny, *Sztuka przesłuchania dziecka*, „Na wokandzie” 2014, nr 20.

<sup>18</sup> G. Jarząbek, M. Pawlaczek, E. Sowińska-Przepiera, K. Kapczuk, K. Wachowiak-Ochmańska, Z. Friebe, *Problem ofiar...*, s. 66.

<sup>19</sup> Por. wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z 05.02.2016 r., sygn. III K 26/12, <[http://orzeczenia.mokotow.warszawa.so.gov.pl/content/\\$N/154505200001506\\_III\\_K\\_000026\\_2013\\_Uz\\_2016-04-01\\_001](http://orzeczenia.mokotow.warszawa.so.gov.pl/content/$N/154505200001506_III_K_000026_2013_Uz_2016-04-01_001)>; wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22.04.2016 r., sygn. V Ka 386/15, <[http://orzeczenia.gliwice.so.gov.pl/content/\\$N/151515001012706\\_V\\_Ka\\_000386\\_2015\\_Uz\\_2016-04-22\\_001](http://orzeczenia.gliwice.so.gov.pl/content/$N/151515001012706_V_Ka_000386_2015_Uz_2016-04-22_001)>.

<sup>20</sup> M. Gawinecka, I. Łucka, A. Cebella, *Pamięć zdarzeń traumatycznych*, „Psychiatria” 2008, t. 5, nr 2, s. 65–68.

Zawiadomienie o wiarygodnym dokonaniu przestępstwa zgodnie z art. 240 § 1 k.k. ma nastąpić bez zbędnej zwłoki w obiektywnie najbliższym możliwym terminie, więc w możliwie najkrótszym terminie od momentu pozyskania przez lekarza informacji. Odpowiedzialność karna lekarza za przestępstwo z art. 240 § 1 k.k. jest wyłączona wówczas, gdy posiada on dostateczną podstawę do przypuszczenia, że organ ścigania wie o przygotowywanym, usiłowanym lub dokonanym czynie zabronionym.

Lekarze pierwszego kontaktu stanowią pierwszą linię ochrony dla dziecka. Prawidłowa diagnoza w zakresie ujawnienia objawów wykorzystania seksualnego dziecka zwiększa jego ochronę. Dlatego wszelkie działania zmierzające do zwiększenia wiedzy i umiejętności lekarzy w zakresie ujawniania faktu wykorzystania dziecka są pożądane.



#### A B S T R A C T

The aim of the article is to present the most important issues regarding the obligation to notify a physician about the criminal offense of sexual abuse of a child. Reference was also made to the characteristics of sexual abuse of a minor under the age of 15 and the explanation of how the content of a child's message can be understood. Doubts related to keeping medical confidentiality in the case of providing medical services were discussed.

## *Komunikaty dla Autorów i Czytelników*

.....

### **I. Informacje dla autorów i recenzentów**

#### **Warunki publikacji i wskazówki edytorskie**

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

2. Materiały należy przysyłać na adres e-mail: redakcja.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 (głos, recenzji, sprawozdań).

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

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

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

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



### **Zasady recenzowania**

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

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

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

W recenzji należy przedstawić główne tezy recenzowanego materiału.

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

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

Ostateczną decyzję o przyjęciu materiału do publikacji bądź jego odrzuceniu podejmuje Redakcja.

Lista recenzentów współpracujących z czasopiśmie zamieszczana jest na stronie internetowej Prokuratury Krajowej, w zakładce „Wojskowy Przegląd Prawniczy” i podlega corocznej aktualizacji.

### **Zapobieganie przypadkom ghostwriting i guest authorship**

Redakcja podejmuje działania zapobiegające przypadkom ghostwriting (osoba wniosła istotny wkład w powstanie publikacji, bez ujawnienia swojego udziału jako jeden z autorów) oraz guest authorship (osoba jest wymieniana jako autor lub współautor publikacji, choć jej udział w powstaniu tekstu jest znikomy lub w ogóle nie miał miejsca),

poprzez zobowiązanie autora lub współautorów składających materiał do redakcji do procentowego określenia swojego wkładu w powstanie publikacji, a także poinformowania redakcji o źródłach finansowania badań, których wyniki zostały przedstawione w utworze.

### **Informacje dla czytelników**

Zgodnie z § 32 ust. 1 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz.U. 2016 r. poz. 2154), opracowano wykaz czasopism naukowych wraz z liczbą punktów przyznawanych za publikacje w tych czasopismach.

Przy kompleksowej ocenie za lata 2013–2016 stosuje się wykaz czasopism naukowych wraz z liczbą punktów przyznanych za publikacje naukowe w tych czasopismach, ustalony na podstawie wykazów ogłoszonych w tych latach przez ministra 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). W wykazie zamieszcza się wszystkie czasopisma naukowe, które zostały zamieszczone w co najmniej jednym wykazie obowiązującym w poszczególnych latach z okresu 2013–2016. Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznaje się najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z tego okresu.

Wykaz czasopism naukowych składa się z 3 części: A, B i C.

Kwartalnik „Wojskowy Przegląd Prawniczy” zamieszczono w części B, pozycja 2825, przyznając 5 punktów za publikację w czasopiśmie naukowym.

W latach 2019-2020 za publikację artykułów w „Wojskowym Przeglądzie Prawniczym” przysługuje 5 punktów.

Czasopismo „Wojskowy Przegląd Prawniczy” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2018, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (Index Copernicus Value) w wysokości 46.54 pkt.

**NAKLAD 200 EGZ.**