

Prokuratura i Prawo

Maj 2000 r.

5
ISSN 1233-2577



Prokuratura Krajowa

Spis treści

Dr hab. Oktawia Górniok, prof. Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach Z problematyki przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego	7
Dr hab. Krystyna Daszkiewicz, prof. UAM w Poznaniu Kary za przestępstwa ciągłe i ciągi przestępstw	22
Jerzy Skorupka, prok. Prokuratury Okręgowej w Legnicy Cywilna i karna ochrona kredytodawcy i pożyczkodawcy	31
Patrycja Kozłowska, asystentka UMCS w Lublinie Prawnokarne aspekty naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa	48
Roman Troll, doktorant Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach Pojęcie oskarżyciela posiłkowego w sytuacji skargi subsydiarnej	60
Dr Ryszard A. Stefański, Prokurator Prokuratury Krajowej Postępowanie przed powszechnym sądem pierwszej instancji w sprawach karnych skarbowych	70
Paulina Wolańska-Nowak, Wojciech Branicki, Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie Baza danych profili DNA – nowe narzędzie dla wymiaru sprawiedliwości	87

Glosa

do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 21/99 (dot. wykładni art. 28 § 1 k.p.k.) – oprac. prof. dr hab. Kazimierz Zgryzek	101
--	-----

Recenzja

książki P. Kardasa, Przestępstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw – oprac. dr Jerzy Migdał	111
---	-----

Materiały szkoleniowe

Dr Józef Gurgul, Warszawa Kilka uwag o okazaniu	117
---	-----

Odpowiedzi na pytania prawne

Zamach uzasadniający prawo do obrony koniecznej – oprac. dr Wincenty Grzeszczyk	129
--	-----

Z orzecznictwa Europejskiego Trybunału

Sprawa Dalban przeciwko Rumunii – problem legitymacji czynnej w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka oraz rola prasy w kontekście swobody wypowiedzi – oprac. prof. dr hab. Bożena Gronowska	135
---	------------

Sprawozdania i informacje

II Konferencja Eurojustice (Rouen, Francja, 28–29 października 1999 r.) – oprac. Ryszard Walczak	143
Międzynarodowe Seminarium dotyczące konfiskaty i przypadku korzyści majątkowych pochodzących z przestępstw (Celle, Niemcy, 7–10 lutego 2000 r.) – oprac. Krzysztof Karsznicki	146

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



Wydawnictwo Instytutu Ekspertyz Sądowych

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

Artykuły



Z problematyki przestępstw przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego

1. Wśród zmian, jakie k.k. z 1997 r. wprowadził w zakresie ochrony działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, najdonioślejszą pozostaje nowa definicja funkcjonariusza publicznego (art. 115 § 13). Od treści bowiem nazwy funkcjonariusz publiczny, a także funkcja publiczna, oraz związanych z nimi kompetencji, stanowiących znamiona niemal wszystkich przestępstw ujętych w XXIX rozdziale k.k., zależy zakres ochrony karnej udzielanej jego przepisami działalności tych instytucji.

Uzasadnienie rządowego projektu k.k. poświęca im krótką wzmiankę: „Zmiany ustrojowe muszą prowadzić do istotnej zmiany pojęcia funkcjonariusza publicznego. Z zakresu tego pojęcia kodeks wyłącza osoby sprawujące funkcje w gospodarce społecznej, spółdzielczości lub organizacjach społecznych”¹. Obszerniej komentuje je A. Zoll wyjaśniając, że treść rozdziału XXIX w całości oparta została o inne, niż w k.k. z 1969 r. założenia aksjologiczne. „Zmiana tych założeń w stosunku do okresu poprzedzającego 1989 r. polega w dużym stopniu na zmianie spostrzegania funkcji państwa i jego agend. Na pierwszy plan wysunięta została funkcja służebna państwa w stosunku do jego obywateli. Pociąga to za sobą także zmianę roli, jaką ma pełnić funkcjonariusz publiczny w stosunku do obywateli. Takie założenia musiały znaleźć wyraz także w zakresie ochrony prawnokarnej instytucji państwowych. W 1999 r. uległ zmianie ustrój państwa, opierając się w dużym stopniu na samorządzie terytorialnym...”². Konkludując stwierdza: „Nie ma natomiast powodu, ażeby na równi z instytucjami państwowymi chronić przedsiębiorstwa państwowe, spółdzielnie lub organizacje społeczne. Kodeks wyraźnie oddziela od siebie sferę władzy publicznej i sferę gospodarczą”. Dodaje przy tym, że „Prawidłowość obrotu gospodarczego, opartego na zasadach wolnego rynku, chroniona jest przepisami zawartymi w rozdziale XXXVI”³.

1 Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami.

2 Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do k.k., t. 2, Wyd. „Zakamycze”, Kraków 1999, s. 706.

3 *Ibidem*.

Podobnie ocenia istotę poczynionych zmian Z. Kallaus, stwierdzając, iż obowiązująca definicja funkcjonariusza publicznego nawiązuje do pojęcia urzędnika w k.k. z 1932 r., bowiem kompetencje desygnatów nazwy „funkcjonariusz publiczny” muszą mieć obecnie charakter władczy⁴.

Z komentarzy tych wynika, iż podstawowym kryterium zaliczenia danej osoby do kręgu funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu k.k. pozostaje publiczny charakter zadań instytucji, w jakiej funkcja jest wykonywana bądź samej funkcji. Zadaniem o takim charakterze jest służba interesom ogółu w państwie lub na jego określonym podziale administracyjnym terytorium i wykonywane jest ono na podstawie i w sposób przewidziany prawem publicznym.

Większość nazw użytych w § 13 art. 115 dla określenia różnych kategorii osób uznanych za funkcjonariuszy publicznych wyraża jednoznacznie ów publiczny charakter pełnionych przez nie funkcji (np. poseł, sędzia, notariusz, pracownik organu kontroli państwowej, funkcjonariusz organu powołanego do ochrony bezpieczeństwa publicznego i in.).

Natomiast pewne wątpliwości mogą pojawić się przy rozpoznawaniu w konkretnych stanach faktycznych osób przynależnych do kategorii ujętej w pkt 4 i 6 § 13 art. 115. Od wykładni tych fragmentów tekstu zależy zgodne z powoływanymi założeniami aksjologicznymi k.k. ograniczenie przedmiotu ochrony rozdziału XXIX do działalności władzy publicznej i pozostawienie poza tymi granicami innych jednostek organizacyjnych państwowych i samorządu terytorialnego, które nie wykonują funkcji władczych tych instytucji. W szczególności kłopoty może sprawić rozgraniczanie różnych sfer działalności realizowanej w tych samych, szeroko rozumianych instytucjach państwowych i samorządowych. Uzasadnia to skoncentrowanie uwagi na tych właśnie fragmentach tekstu § 13, tj. na pkt 4 i 6.

Do nazw użytych w pkt 4 i 6, z którymi powyższe wątpliwości się wiążą, należą: osoba będąca pracownikiem administracji rządowej, osoba będąca pracownikiem innego organu państwowego lub samorządu terytorialnego, inna osoba w zakresie, w jakim uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnej, osoba zajmująca kierownicze stanowisko w innej instytucji państwowej.

Nazwa administracja, w jej potocznym a zgodnym z łacińskim źródłosłowem znaczeniu (*administrare*) – służenie, zarządzanie, odnosi się do wszelkich przedmiotów takich działań, w tym również majątku. Jej zasięg ogranicza w punkcie 4 przymiotnik „rządowa”. Jednocześnie podkreśla on publiczny cha-

⁴ Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze, z. 2, Ministerstwo Sprawiedliwości, Warszawa 1997, s. 71.

rakter – słuźenie w państwie ogólnym interesom, w sposób regulowany przepisami prawa publicznego.

Z. Kallaus zalicza do osób będących pracownikami administracji rządowej takie jej jednoosobowe organy, jak Prezes Rady Ministrów na szczeblu centralnym czy wojewoda na wojewódzkim, a także osoby o statusie pracowników jednostek organizacyjnych administracji rządowej, wchodzących w skład ich aparatu pomocniczego (ministerstwa, urzędy wojewódzkie)⁵.

Organem państwa, najogólniej określając, są osoby albo grupy osób powoływane na mocy prawa publicznego do wykonywania w danym państwie działań o charakterze władczym. Podstawą działań o takim charakterze jest stosunek zależności, podporządkowania państwu, w oparciu o prawo publiczne, podmiotów, do których odnosi się jego władza. Do tego rodzaju działań uprawnione są w określonym zasięgu ich władzy również organy samorządu terytorialnego. Przyjmując, iż organ państwowy jest częścią składową aparatu państwowego, a samorządowy aparatu samorządu terytorialnego, powołanych do realizacji swej władzy i uprawnionych do stosowania przymusu, w kręgu funkcjonariuszy publicznych znajdują się pracownicy innych organów państwowych, aniżeli wchodzący w zakres administracji rządowej oraz samorządu terytorialnego (np. pracownicy Komendy Głównej Straży Pożarnej, Wyższego Urzędu Górniczego czy kierownicy gminnych jednostek organizacyjnych)⁶.

Z obu tych grup, podobnie jak w k.k. z 1969 r., wyłączeni są pracownicy pełniący tylko czynności usługowe. Te ostatnie, poddawane wykładni przez ponad ćwierć wieku, rozumiano na ogół jednolicie jako „...czynności nie mające związku z merytorycznymi kompetencjami administracji państwowej, a mające jedynie umożliwić tym organom wykonywanie pracy”⁷. Żadne względy nie wymagają obecnie zmiany wykładni tego zwrotu.

O ile kryterium zaliczenia osób z powyższych grup nawiązuje do publicznych zadań instytucji, to w kolejnej („inna osoba, w zakresie którym uprawniona jest do wydawania decyzji administracyjnej”) stanowi je treść kompetencji konkretnej osoby, niezależnie od instytucji, w jakiej je sprawuje. O zaliczeniu danej osoby do kręgu funkcjonariuszy publicznych decyduje przysługujące jej uprawnienie do wydawania decyzji administracyjnych.

Definicje decyzji administracyjnej, acz różnią się między sobą w szczegółach, na ogół zgodnie określają ją jako akt administracyjny indywidualny, w którego treści następuje władcze i jednostronne rozstrzygnięcie o prawach lub

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*.

7 A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe, nadużycia służbowe i łapownictwo w nowym kodeksie karnym*, Warszawa 1972, s. 18.

obowiązkach indywidualnych osoby fizycznej lub prawnej, w konkretnej sprawie. Akt taki ma być podjęty w trybie przewidzianym właściwą mu procedurą, z zachowaniem wymaganej dlań formy⁸. Drogą wykładni NSA pojęcie decyzji administracyjnej ulega poszerzeniu. Jako przykłady tych decyzji wymieniane są: odmowa zwrotu zatrzymanego prawa jazdy, odmowa uznania reklamacji wskazań licznika rozmów telefonicznych, skreślenie z listy studentów⁹ czy uchwała samorządu adwokackiego w sprawach wpisu na listę adwokatów lub niektóre akty stanowione przez izby rzemieślnicze i organizacje kombatanckie¹⁰.

W pkt. 6 § 13 art. 115 kryterium zaliczenia danej osoby do kręgu funkcjonariuszy publicznych jest zajmowanie przez nią kierowniczego stanowiska w instytucji państwowej.

Nazwa instytucja państwowa w porównaniu z administracją rządową czy organem państwowym lub samorządowym jest pojemniejsza. Zasięgiem swym obejmuje bowiem zespół urządzeń materialnych i organizacyjnych, których zadaniem jest zaspokojenie potrzeb jednostkowych i grupowych oraz zapewnienie sprawnego funkcjonowania zbiorowości jako całości, a wchodzące w ich skład osoby uprawnione są do wykonywania czynności określonych publicznie i bezosobowo¹¹.

Z. Kallaus z instytucji państwowych, które nie wchodzą w zakres znaczeniowy nazw administracja rządowa czy organ państwowy, wymienia przykładowo ZUS i PZU¹². A. Wąsek wskazuje na szkoły wyższe¹³. A. Zoll dodaje również inne szkoły oraz szpitale jako instytucje powołane przez państwo do zaspokajania potrzeb ludności, a także NBP i PAN¹⁴.

Ponadto A. Zoll, wprawdzie wbrew wykładni językowej, lecz w zgodzie z dyrektywami wykładni celowościowej, nazwę instytucja państwowa odnosi również do instytucji samorządowej. Istotnie trudno jest wskazać rację, dla której ustawodawca, przyjmując zasadę równorzędnej ochrony instytucji państwowych i samorządu terytorialnego w tym fragmencie eliminowałby instytucje samorządowe¹⁵.

O kierowniczym charakterze stanowiska zajmowanego w instytucjach państwowych decydują przepisy określające organizację i strukturę tych instytucji. Komen-

8 Leksykon Prawniczy, pod red. U. Kaliny-Prasznic, Wrocław 1997, s. 49–50.

9 *Ibidem*.

10 A. Wąsek, (w:) Kodeks karny. Komentarz, t. II, Wyd. „Infotrade”, Gdańsk 1999, s. 405.

11 Wielka Encyklopedia Powszechna, t. 5, PWN, Warszawa 1969, s. 70.

12 *Op. cit.*, s. 72.

13 *Op. cit.*, s. 405.

14 *Op. cit.*, s. 707.

15 *Ibidem*.

tatorzy przepisów rozdziału XXIX różnią się w wykładni tego zwrotu. Różnica dotyczy tu zakresu kierowania, do którego odnosi się określone stanowisko kierownicze. Według Z. Kallausa stanowiska takie zajmują tylko osoby kierujące poszczególnymi instytucjami jako całością i określenie to nie obejmuje osób kierujących wewnątrznie wyodrębnionymi działami, jednostkami danej instytucji¹⁶. Natomiast A. Wąsek włącza tych ostatnich do kręgu znaczeniowego nazwy stanowisko kierownicze i posługując się przykładem szkół wyższych, do osób takich zalicza nie tylko rektorów uczelni, ale i prorektorów, dziekanów, prodziekanów, kierowników sekcji, dyrektorów instytutu, kierowników zakładów czy katedr¹⁷.

Wspomniane na wstępie wątpliwości przy rozpoznawaniu w konkretnych stanach faktycznych osób należących do powyżej omawianej kategorii funkcjonariuszy publicznych wiążą się z różnymi sferami działalności w ramach poszczególnych instytucji i pełnionych w nich funkcji. W stosunkowo licznych, składających się na działalność czynnościach można ze względu na różne elementy (przedmiot, cel, regulacje prawne) dopatrywać się charakteru gospodarczego.

Współcześnie zarówno państwo, jak i samorządy terytorialne, sprawując władzę publiczną jednocześnie przy pomocy różnych instrumentów prawnych i ekonomicznych, ingerują w wolnorynkową działalność gospodarczą. Podczas transformacji systemu ekonomicznego ingerencja taka ma znaczny zasięg. Jej przedmiotem są bowiem przeprowadzane w dużej skali i głębokie przemiany systemu gospodarczego w wytyczonym polityką państwa kierunku. Do takich poczynań należą chociażby prywatyzacja czy restrukturyzacja poszczególnych sektorów gospodarczych, a także – typowy już dla dojrzałej gospodarki rynkowej – dobór instrumentów interwencjonizmu dla osiągnięcia określonych celów (np. rodzaju subwencji, dotacji, kredytów preferencyjnych itp.). Decyzje podejmowane w tym zakresie i realizujące je czynności mają charakter władczy i są oparte na prawie publicznym. Nie ma zatem wątpliwości, że osoby zatrudnione w instytucjach państwowych i samorządowych posiadające takie kompetencje pełnią funkcje publiczne, mimo iż przedmiot ich kompetencji ma charakter gospodarczy. Odpowiednio też w razie nadużycia takich kompetencji, spełniającego ustawowe znamiona przestępstwa, powinny ponosić odpowiedzialność na podstawie art. 231, a gdyby dopuściły się sprzedajności – to na podstawie art. 228, a nie przepisu art. 296¹ projektowanego jako uzupełnienie art. 296¹⁸.

¹⁶ *Op. cit.*, s. 75.

¹⁷ *Op. cit.*, s. 405.

¹⁸ Ten ostatni przepis w wersji projektu noweli do k.k. z 23.11.1999 r. brzmiał: „Kto, pełniąc w jednostce prowadzącej działalność gospodarczą funkcję kierowniczą, przyjmuje korzyść majątkową lub osobistą albo jej obietnicę w zamian za zachowanie mogące wyrządzić tej jednostce szkodę majątkową, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

Niewątpliwy również jest brak charakteru władczego w działalności tych instytucji uprawianej w obrocie gospodarczym. Biorą one w niej bowiem udział jako równoprawne z innymi uczestnikami podmioty, w oparciu o zakładające równość stron przepisy prawa cywilnego. Stosunkowo łatwo można wskazać te osoby, które jako pracownicy instytucji państwowych lub samorządowych mają kompetencje w zakresie działalności państwa lub samorządu terytorialnego jako uczestników obrotu gospodarczego. Wystarczy ustalenie, że jednostki organizacyjne, w jakich te osoby zajmują stanowiska kierownicze, są przedsiębiorstwami.

Zgodnie z powoływanymi założeniami aksjologicznymi obowiązującego k.k. nie powinny one wejść w zasięg ochrony prawnokarnej udzielanej funkcjonariuszom publicznym, chociażby zajmowały stanowiska kierownicze w tak wielkich przedsiębiorstwach państwowych, jak np. PKP. Nie pełnią bowiem władczych funkcji, chociaż powołane są do działania w interesie państwa lub samorządu terytorialnego jako uczestników obrotu gospodarczego. Mogą natomiast zostać ukarane za nadużycie zaufania z art. 296, jeżeli interesom tych instytucji wyrządzą znaczną szkodę majątkową.

Jednakże charakteru władczego nie mają również czynności podejmowane przez pracowników instytucji wymienionych w pkt. 4 i 6 § 13 art. 115 w obrocie prawnym, w imieniu i na rzecz tych instytucji. Instytucje te wchodzi w obrót prawny, dysponując w określonym zakresie¹⁹ majątkiem Skarbu Państwa, który staje się przedmiotem dokonywanych przez nie transakcji, zaciąganych zobowiązań i uzyskiwanych uprawnień. Transakcje te także oparte są na prawie prywatnym, statuującym równość stron stosunków prawnych. Nie składają się one wszakże na rodzajowo wyodrębnioną działalność tych instytucji. Podobnie jak zawieranie takich transakcji przez inne osoby fizyczne lub prawne nie stanowi działalności gospodarczej prowadzonej w celach zarobkowych. Mogą jednak wypełniać cały zakres kompetencji poszczególnych pracowników lub być łączone w ramach kompetencji związanych z danym stanowiskiem z uprawnieniami lub obowiązkami realizującymi funkcje władcze danej instytucji. Nie sposób zatem eliminować z kręgu funkcjonariuszy publicznych osób zatrudnionych w tych instytucjach dlatego, że nie powierzono im kompetencji, odpowiadających pojęciu publicznych, tzn. władczych. Tym bardziej, że te mogą być powierzane doraźnie, a treść i zakres kompetencji związanych ze stanowiskiem danego pracownika może ulegać zmianom.

Zatem brak publicznego, władczego charakteru obowiązków służbowych osoby zatrudnionej w instytucjach wymienionych w pkt. 4 i 6 § 13 art. 115,

¹⁹ M.in. ustawą o finansach publicznych z 26.11.1998 r. (Dz. U. Nr 155, poz. 577).

aczkolwiek pełniącej tam inne czynności aniżeli usługowe, tylko wtedy wyłączy ją z kręgu funkcjonariuszy publicznych w rozumieniu prawa karnego, gdy instytucją tą będzie przedsiębiorstwo państwowe lub samorządu terytorialnego (właśnie w całości lub części). Rola państwa lub samorządu terytorialnego jako właściciela lub współwłaściciela przedsiębiorstwa uczestniczącego w obrocie gospodarczym na zasadzie równości z pozostałymi uczestnikami tego obrotu nie uzasadnia ani wzmożonej ochrony prawnokarnej jako działalności w tej sferze, ani odmiennej od pozostałych uczestników obrotu gospodarczego odpowiedzialności karnej jako pracowników.

Te same kryteria publicznego charakteru należałoby odnosić do osób, które nie są wprawdzie funkcjonariuszami, ale państwo lub samorząd terytorialny powierzają im do wykonania zadania z zakresu swej działalności. Koncepcję, iż pojęcie osoby pełniącej funkcję publiczną jest szersze aniżeli funkcjonariusza publicznego, uwzględnia proponowana do obowiązującego k.k. nowela²⁰. Zwolennicy tej koncepcji, wskazując na sytuacje, w których osoby nie będące funkcjonariuszami publicznymi wykonują powierzone im przez instytucje państwowe lub samorządu terytorialnego zadania i przez to uzyskują znaczny wpływ na treść decyzji o charakterze ogólnospołecznym, publicznym, jako przykłady powoływali opracowywane przez nie ekspertyzy, opinie, oceny, wyceny itp. Te zaś mogą dotyczyć, być związane i z publiczną działalnością państwa lub samorządu terytorialnego, i z ich działalnością jako właścicieli lub współwłaścicieli przedsiębiorstw uczestniczących w obrocie gospodarczym. Konsekwentnie do kryteriów decydujących o przynależności pracowników zatrudnionych w instytucjach wymienionych w pkt. 4 i 6 § 13 art. 115 wypadłoby przyjąć, że tylko wówczas dana osoba pełni funkcję publiczną, gdy powierzone jej do wykonania zadania służą władczej działalności tych instytucji (np. podejmowaniu decyzji o przedsięwzięciach w zakresie polityki ekonomicznej państwa czy samorządu). Nie pełni jej natomiast, gdy opracowywane przez nią opinie czy wyceny służą przedsięwzięciom państwa lub samorządu jako właścicieli przedsiębiorstw (np. transakcjom czy zmianom rodzaju produkcji).

W jednej i drugiej sytuacji powierzane przez te instytucje zadania mają charakter „korupcyjny”. W wyniku konsekwentnie stosowanego kryterium publicznego charakteru funkcji osoby, które wykonują powierzone im przez państwo lub samorząd terytorialny zadania z zakresu ich działalności jako uczestników obrotu gospodarczego przedsiębiorstw, nie będą mogły być karane za sprzedajność (art. 228). Nie będzie również karane ich przekupywanie

20 *Op. cit.* § 19 dodany do art. 115: „Osobą pełniącą funkcję publiczną jest funkcjonariusz publiczny, a także inna osoba, której obowiązki w zakresie działalności publicznej określa ustawa”.

(art. 229)²¹. W rozwiązaniu tego problemu pomóc może definicja osoby pełniącej funkcję publiczną zawarta w proponowanym uzupełnieniu art. 115 (§ 19). Zależać to wszakże będzie od sposobu, w jakim ustawa określi obowiązki takiej osoby w zakresie działalności publicznej²².

2. Inny problem, który nie wyłonił się wprawdzie z nowego k.k., lecz powracał od lat na tle przepisów chroniących w kolejnych polskich k.k. działalność instytucji państwowych – to więź zachowań sprawczych z wykonywanymi przez ofiarę lub samego sprawcę funkcjami publicznymi ze względu na czas ich wykonywania i motywację sprawcy. Zmiany wszakże, jakie nastąpiły w obowiązującym k.k., a w szczególności owo ograniczenie ochrony działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego do funkcji władczych, uzasadniają rozważenie celowości utrzymywania dotychczasowej tendencji w wykładni zwrotów określających więź czynu sprawcy z pełnionymi funkcjami publicznymi czy obowiązkami służbowymi. Od wykładni tych zwrotów zależy w znacznym stopniu zasięg ochrony prawnokarnej omawianej działalności. W dotychczasowej wykładni w szczególności więź występująca w motywacji sprawcy była szerzej ujmowana w typach przestępstw atakujących „od wewnątrz” działalność chronionych karnie instytucji, aniżeli w godzących „z zewnątrz” w ich działalność.

Racji takiego różnicowania można dopatrzeć się w różnobrzmiących zwrotach, jakimi k.k. z 1969 r. i obowiązujący określają tę więź w typach przestępstw dokonywanych na działalność instytucji państwowych „z zewnątrz” – „w związku z pełnieniem obowiązków służbowych” oraz „od wewnątrz” – „w związku z pełnieniem funkcji publicznych”. O ile bowiem w mowie potocznej pełnienie obowiązków służbowych jesteśmy skłonni odnosić raczej do konkretnych czynności wchodzących w skład obowiązków służbowych danego funkcjonariusza, to „pełnienie funkcji” kojarzymy z całością kompetencji należących do danej funkcji.

Za szerokim rozumieniem tego ostatniego zwrotu, stanowiącego ustawowe znamię przestępstw sprzedajności i przekupstwa przemawia również ujawniana w poszczególnych stanach faktycznych konkretna treść motywacji sprawcy. Zdarza się bowiem, że korzyść majątkowa lub osobista udzielana jest lub przyjmowana bez konkretyzowania czynności pożądanej dla dawcy bądź uzależnianej od udzielenia korzyści przez przyjmującego ją. Bywa, że sprawca sprzedajności przyjmuje ją lub jej żąda za „życzliwy stosunek” dla jednostki (fizycznej lub prawnej) w jakimś zakresie od niego uzależnionej, np. podlegają-

21 Proponowany art. 296¹ odnosi się tylko do pełniących funkcję kierowniczą w jednostce prowadzącej działalność gospodarczą.

22 Por. tekst § 19 proponowanego w noweli do k.k.

cej jego kontroli)²³, albo korzyść zostaje udzielona w nadziei, że gdy czynności, na których zależy udzielającemu, będą podejmowane „...życliwie doń ustosunkowany” funkcjonariusz da temu wyraz w korzystnym sposobie ich wykonywania²⁴.

Na wykształcenie ścieśniającej wykładni „związku z pełnieniem obowiązków służbowych” mogło pierwotnie wywrzeć wpływ ujęcie tej więzi w k.k. z 1932 r., który posługiwał się zwrotem „z powodu pełnienia obowiązków służbowych”. J. Makarewicz tak ówczesnie wyjaśniał jego treść: „Jeżeli napaść następuje z powodu czynności, to wymagany jest związek między czynnością a napaścią w tym znaczeniu, że fakt pełnienia czynności jest motywem do napaści”²⁵.

Zastąpienie w k.k. z 1969 r. owego „powodu” „związkiem z pełnieniem obowiązków służbowych” zdawało się tę więź w motywacji sprawcy ujmować szerzej. Nadal jednak możliwe były i pozostały dwie koncepcje jej rozumienia. Można odnosić ją do konkretnej czynności służbowej danego funkcjonariusza, motywującej zachowanie sprawcy, która zachowanie poprzedzała, była z nim równoczesna lub której sprawca spodziewał się, iż wkrótce nastąpi. Jednocześnie brzmienie tego zwrotu umożliwia nawiązywanie do samego faktu, że dana osoba należy do pewnej kategorii funkcjonariuszy publicznych i posiada bardziej czy mniej znany atakującemu ją sprawcy zakres kompetencji. Motywacja taka może powstać pod wpływem pobudek wypływających z przykrych doświadczeń, jakich sprawca doznał od funkcjonariuszy danej kategorii (np. bywał zatrzymywany przez policję, czy niejednokrotnie dochodziło między nim a pracownikami urzędów celnych do konfliktów przy przekraczaniu granicy). Sprawcy agresji wobec np. policjantów mogą być także trwalej zainteresowani w zapobieganiu w ten sposób „gorliwemu” wykonywaniu przez policjantów całokształtu ich obowiązków (np. sprawcy ze środowiska przestępczego danej okolicy chcą atakowaniem w różny sposób zastraszyć nowego dzielnicowego). W tych sytuacjach brak jest związku z konkretną czynnością służbową, ale związek z całokształtem pełnionych obowiązków służbowych jest niewątpliwy i wzmożona prawnokarna ochrona funkcjonariuszy publicznych wydaje się pożądana. Przemawia to za jednakowym rozumieniem więzi, o której mowa, niezależnie czy stanowi ona znamię przestępstw godzących „z zewnątrz”, czy „od wewnątrz” w działalność instytucji chronionych przepisami rozdziału XXIX.

Nie można jednak odmówić racji E. Pływaczewskiemu, zwracającemu uwagę, iż kryterium konkretnej czynności służbowej jest prostsze i bezpieczniejsze

23 Wyrok SN z 20.05.1975 r., III KR 309/74, OSNKW 1972, nr 3, poz. 53.

24 Wyrok SN z 12.06.1980 r., I KR 99/80, OSNKW 1980, nr 12, poz. 93.

25 Kodeks karny z komentarzem, Lwów 1932, s. 233.

przy rozpoznawaniu związku z obowiązkami służbowymi jako znamienia ustawowego czynów atakujących funkcjonariuszy publicznych²⁶. Autor ma również rację, iż owa szerzej rozumiana więź z całokształtem kompetencji jako motyw atakowania funkcjonariusza nie jest łatwa do udowodnienia²⁷. Jest wszakże oczywiste, że tak czy inaczej rozumiana więź z pełnieniem obowiązków służbowych musi być sprawcy udowodniona i tylko zawierające ją stany faktyczne mieszczą się w zasięgu penalizacji przepisów więzi takiej wymagających. W żadnym razie nie może wystarczyć dla jej rozpoznania w stanie faktycznym samo ustalenie, iż sprawca nie dopuścił się danego czynu na tle prywatnych stosunków łączącego go z funkcjonariuszem publicznym. Takie odbiegające od głównego nurtu wykładni stanowisko, zajęte przez Sąd Najwyższy w jednym z wyroków²⁸, poddane zostało krytyce²⁹.

Za odniesieniem zwrotu „w związku z pełnieniem obowiązków służbowych” do całokształtu obowiązków danego funkcjonariusza publicznego, a tym samym szerszego ujęcia prawnokarnej ochrony funkcjonariuszy publicznych przed atakami z zewnątrz przemawia także fakt ograniczenia pojęcia funkcjonariuszy publicznych do sprawujących rzeczywiście publiczne i władcze funkcje, na których zamachy godzą w autorytet instytucji, w jakich te funkcje wykonują, niezbędny dla prawidłowej, niezakłóconej ich działalności.

3. Zamieszczenie w rozdziale XXIX nowego k.k. dwóch typów zamachów na integralność cielesną funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy mu przybranej podczas lub w związku z pełnionymi przez niego obowiązkami służbowymi musi prowokować pytanie o ich wzajemne relacje (art. 222 i 223). Podstawowe różnice między nimi, tj. działanie wspólnie i w porozumieniu z innymi osobami lub z użyciem broni palnej, noża lub innego niebezpiecznego przedmiotu albo środka obezwładniającego, występujące tylko w art. 223, są w zasadzie oczywiste. Łącznie kształtują one o wiele wyższy przeciętny stopień społecznej szkodliwości czynu ujętego w tym przepisie aniżeli w art. 222, co znalazło wyraz w odpowiednio surowszym ustawowym wymiarze kary za ten czyn.

Pewne wątpliwości może natomiast nastroić różnorodność w każdym z tych przepisów znamię czynnościowe „narusza nietykalność cielesną” w art. 222 i „dopuszcza się czynnej napaści” w art. 223. Dadzą się one zawrzeć w następujących pytaniach: czy zachowanie nazwane czynną napaścią różni się od naruszenia nietykalności cielesnej i czy dla spełnienia znamion przestę-

²⁶ Przystępstwo czynnej napaści na funkcjonariusza publicznego, Toruń 1985, s. 74 i n.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Wyrok z 1.12.1972 r., RW 1192/72, OSNKW 1973, nr 4, poz. 55.

²⁹ E. Pływaczewski, *op. cit.*, s. 75; O. Górniok, Glosa do ww. wyroku, PiP 1973, nr 10, s. 173.

pstwa z art. 223 wystarczy tylko zrealizowanie którejs z wymaganych okoliczności towarzyszących naruszeniu nietykalności cielesnej, a nazwa „czynna napaść” została użyta dla podkreślenia większej intensywności zamachu wynikającej z okoliczności, jakie jej towarzyszą, czy też samo zachowanie nazwane naruszeniem nietykalności cielesnej musi wykazywać jakieś cechy przekształcające je w czynną napaść?

Porównując te dwie nazwy w ich potocznym, bezpośrednim rozumieniu, skłonni jesteśmy istotnie przypisywać czynnej napaści większą intensywność aniżeli naruszeniu nietykalności cielesnej, chociażby ta pierwsza realizowała się tylko przez usiłowanie naruszenia nietykalności cielesnej.

Jako znamię czynnościowe nazwa „czynna napaść” określała w kolejnych polskich k.k. fizyczne targnięcie się na pełniących swe obowiązki funkcjonariuszy publicznych (urzędników w k.k. z 1932 r.). Motywy do k.k. z 1932 r. charakteryzowały czynną napaść jako „krzywdę fizyczną, naruszenie nietykalności cielesnej określonej osoby, której zadaje się ból fizyczny w związku z jej czynnościami urzędowymi, podczas nich albo w innym czasie z ich powodu”³⁰.

Według W. Woltera czynna napaść to „...gwałtowne działanie przeciwko ciału atakowanego, przy czym musi ono przybrać co najmniej kształt ataku na nietykalność cielesną”³¹.

Sąd Najwyższy na tle k.k. z 1969 r. przyjmował, iż czynną napaścią w rozumieniu art. 233 „...jest każde działanie podjęte w celu wyrządzenia krzywdy fizycznej funkcjonariuszowi publicznemu w związku z pełnieniem przez niego obowiązków służbowych. Dla dopuszczenia się czynnej napaści nie jest konieczne wyrządzenie krzywdy fizycznej. Wystarczy już samo bezpośrednie przystąpienie do realizacji zamiaru wyrządzenia takiej krzywdy, to zaś wyłącza możliwość usiłowania przestępstwa, o którym tu mowa”³².

Charakterystyki te objaśniają znaczenie nazwy czynna napaść, odsyłając do pojęcia naruszania nietykalności cielesnej, która wszakże nie musi być dokonana. Wystarczy, ażeby była usiłowana. Naruszenie nietykalności cielesnej jest stosunkowo pojemnym określeniem zachowania sprawcy. Art. 217 wskazuje przykładowo jako jeden ze sposobów zachowania sprawcy – uderzenie. Pozwała to przyjąć, że jest ono typowym dla tego działania, a inne sposoby naruszenia nietykalności cielesnej powinny być doń zbliżone stopniem swej intensywności. Do tych innych sposobów komentatorzy na ogół zaliczają np.

30 L. Peiper, Komentarz do kodeksu karnego, Kraków 1936, s. 281.

31 Kodeks karny z komentarzem, Warszawa 1973, s. 741.

32 Wyrok z 14.03.1995 r., III KRN 222/94, Prok. i Pr. 1995, nr 9, poz. 7.

oplucie, popchnięcie, oblanie płynem, szarpanie za włosy³³, a także kąsanie, szczypanie, klucie czy poklepywanie.

Zdania co do tego, czy zachowanie zwane czynną napaścią różni się od naruszenia nietykalności cielesnej, są podzielone. Większość nie dostrzega takich różnic, poza bezskutkowym, nie wymagającym naruszenia integralności cielesnej ofiary, charakterem czynnej napaści³⁴. Przyjął wypadnie za E. Pływaczewskim, iż pojęcia te tylko częściowo się pokrywają³⁵. Czynna napaść jako znamię przestępstwa z art. 223 takich najłżejszych przejawów naruszenia nietykalności cielesnej, jak np. szarpnięcie, oplucie czy oblanie szklanką płynu, nie obejmuje. Nie sposób przecież wyobrazić sobie takie czynności sprawcze dokonywane we współsprawstwie lub przy użyciu niebezpiecznych przedmiotów.

4. Po raz pierwszy znalazła się wśród przepisów chroniących działalność instytucji państwowych i samorządowych w kolejnych polskich k.k. prowokacja ze strony funkcjonariusza publicznego jako przestępstwo fakultatywnego nadzwyczajnego złagodzenia, a nawet odstąpienia od wymierzenia kary sprawcy przestępstwa z art. 222 lub z art. 226 (§ 2 art. 222 i § 2 art. 226). Nieco inaczej ujętą przewidywał tylko projekt k.k. z 1963 r. (art. 377 § 2 i 3). Odnosiła się ona wówczas do sprawców czynnej napaści, zniewagi, a także stosowania przemocy wobec instytucji oraz jej znieważania (art. 374–376 proj. k.k. z 1963 r.). Stanowił ją wpływ na działanie sprawcy rozdrażnienia wywołanego rażąco niewłaściwym postępowaniem pracownika instytucji państwowej lub społecznej (§ 2), w szczególności nadużycie uprawnień lub niedopełnienie obowiązków ze strony pracownika, a zwłaszcza złośliwa odmowa lub utrudnianie załatwienia sprawy (§ 3).

Wprowadzenie podobnego przepisu rozważane było również w toku prac nad k.k. z 1969 r. W uzasadnieniu projektu opracowanego w 1966 r. znajduje się zapis, iż zrezygnowano zeń, bo „ostatecznie projekt poszedł po linii rozszerzenia możliwości w zakresie sankcji, przewidując obok kary pozbawienia wolności także karę pracy poprawczej lub grzywnę”.

Wprawdzie sama instytucja prowokacji ze strony pokrzywdzonego zniewagą lub naruszeniem nietykalności cielesnej znana jest od dawna polskiemu prawu karnemu i na tle kolejnych k.k. poddawana była wykładni, to ze względu na różne określenie zachowania prowokującego w art. 216 § 3 i art. 217 § 2 jako „wyzywające”, a w art. 222 § 2 „niewłaściwe” oraz szczególną pozycję prowoku-

³³ J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 384.

³⁴ Odmienny pogląd reprezentowali M. Siewierski, (w:) Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1971, s. 548, oraz J. Śliwowski, Prawo karne, Warszawa 1975, s. 580.

³⁵ *Op. cit.*, s. 69.

jącego jako funkcjonariusza publicznego, rozpoznawanie tej przesłanki w konkretnych stanach faktycznych może nastroczać wątpliwości interpretacyjnych.

Już samo potoczne rozumienie zachowania wyzywającego zakłada różnice w stosunku do nazwanego zachowaniem niewłaściwym. To pierwsze sugeruje nie tylko silniejsze pobudzenie agresji u adresata, ale i szczególne podmiotowe nastawienie tego, kto „wyzywa”. Jeśli nie dąży on bezpośrednio do wywołania jakiejś reakcji u wyzwanego, to co najmniej godzi się z jej nastąpieniem, ryzykuje ją.

W wykładni tego zwrotu na tle przepisów chroniących cześć i nietykalność cielesną za wyzywające uznawano „wszelkie działania pokrzywdzonego wyprzedzające przestępne działanie sprawcy, skierowane do niego chociażby pośrednio i mogące wzbudzić w nim uczucie pokrzywdzenia (np. rozpowszechnianie przez niego wiadomości uwłaczających czci oskarżonego lub jego najbliższych)”³⁶.

Według judykatury okresu międzywojennego za wyzywające uznano również naśladowanie cudzych ułomności czy przykrych właściwości, jak np. kaszlenie, kulenie itp.³⁷.

Współcześnie A. Zoll do takich zachowań zalicza nie tylko czyny zabronione skierowane przeciwko przyszłemu sprawcy bezpośrednio lub pośrednio, ale wszelkie niestosowne zachowania. Według niego możliwość odstępowania od ustawowego wymiaru kary w wypadku prowokacji jest uzasadniona anormalną sytuacją motywacyjną sprawcy, wpływającą na zmniejszenie jego winy³⁸.

Prowokujące zachowanie funkcjonariusza publicznego jako przesłanka odstępowania od ustawowego wymiaru kary za naruszenie nietykalności cielesnej lub znieważanie, określone jako niewłaściwe, może być nie tylko mniej intensywne aniżeli przewidziane w art. 216 i § 2 art. 217. Wymagana dlań intensywność różni się też od przyjętej w projekcie k.k. z 1963 r., który ograniczał niewłaściwość zachowania funkcjonariusza do „rażącej” oraz przykładowo wskazywał na złośliwość postępowania funkcjonariusza w utrudnianiu załatwienia sprawy.

Nazwę „niewłaściwe zachowanie” w potocznym znaczeniu odnieść można do wszelkich zachowań, które w danej sytuacji lub w ogóle są nie takie, jakie być powinny, niestosowne, nieodpowiednie, tzw. „nie na miejscu”, przy jednoczesnym braniu pod uwagę, iż są to zachowania funkcjonariusza publicznego lub osoby do pomocy przybranej, od których oczekuje się odpowiedniego do

³⁶ M. Siewierski, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 1997, s. 459.

³⁷ L. Peiper, *op. cit.*, s. 539.

³⁸ *Op. cit.*, s. 669.

powagi funkcji postępowania. Wszelkie definicje niewłaściwego zachowania mają charakter wybitnie ocenny. Uzależniają rozpoznanie takiej cechy postępowania funkcjonariusza od norm obyczajowych danego środowiska. Taka jest bowiem natura materii, do jakiej się odnoszą.

W zakresie tej nazwy skłonni jesteśmy zgodnie umieszczać bezprawne postępowanie funkcjonariusza. Jednakże i z takim zachowaniem mogą wiązać się pewne wątpliwości. J. Wojciechowski zaleca odróżniać niewłaściwe zachowanie się funkcjonariusza od sprzeniewierzenia się przez niego swym obowiązkom. To ostatnie bowiem, zdaniem Autora, nie pozwala rozpoznać w danym stanie faktycznym znamienia więzi zachowania sprawcy naruszenia nietykalności cielesnej czy zniewagi funkcjonariusza z pełnionymi przez niego obowiązkami służbowymi. Sytuację taką ilustruje przykładem bicia aresztanta przez funkcjonariusza publicznego³⁹.

Istotnie, chociaż działanie funkcjonariusza stanowi tu zamach bezprawny, to sięganie do kontratypu obrony koniecznej byłoby zbędne, gdyby czyn sprawcy nie wypełniał znamion przestępstwa. Tymczasem, mimo że nie wiąże się on z pełnieniem przez funkcjonariusza obowiązków służbowych, pozostaje nadal przestępstwem z art. 216 czy art. 217 k.k., a wywołujące je wyzywające zachowanie pokrzywdzonego umożliwia tylko odstąpienie od wymierzenia kary, podczas gdy konsekwencją uznania działania funkcjonariusza za zamach bezprawny będzie, przy zachowaniu pozostałych warunków obrony koniecznej (art. 25), wyłączenie bezprawności czynu polegającego na znieważaniu czy naruszaniu nietykalności cielesnej funkcjonariusza.

Inną wątpliwość dotyczącą pojęcia niewłaściwego zachowania funkcjonariusza lub osoby do pomocy mu przybranej zawrzeć można w pytaniu – czy musi ono być obiektywnie, przeciętnie oceniane jako niewłaściwe, czy wystarczy, ażeby tak go ocenił sprawca naruszenia nietykalności cielesnej lub zniewagi tych osób w swojej indywidualnej sytuacji czy według przyjętych w jego środowisku norm obyczajowych? Uzasadnienie omawianej instytucji anormalną sytuacją motywacyjną sprawcy, wpływającą na zmniejszenie jego winy⁴⁰ sugeruje raczej uwzględnienie jego indywidualnej sytuacji i wynikających z niej ocen. Skoro jednak omawiane przepisy nie wskazują bezpośrednio na efekty niewłaściwego zachowania w odczuciach jego adresata, sprawcy, należałoby je wartościować według kryteriów obiektywnych, uwzględniając przeciętne oceny. Natomiast owej szczególnej indywidualnej sytuacji danego sprawcy i wynikającym z niej nieprzeciętnym odczuciom zachowania funkcjonariusza lub osoby

³⁹ *Op. cit.*, s. 394.

⁴⁰ A. Zoll, *op. cit.*, s. 669.

przybranej mu do pomocy można dać wyraz w wymiarze kary tylko na warunkach przewidzianych w art. 60 § 2 pkt 1.

Oba omawiane przepisy (§ 2 art. 222 i § 2 art. 226) jednoznacznie wskazują na funkcjonariusza publicznego i osobę przybraną mu do pomocy jako podmioty niewłaściwego zachowania. Z ich tekstu nie wynika jednak bezpośrednio, iż adresatem tego zachowania musi być reagujący na nie sprawca naruszenia nietykalności cielesnej czy zniewagi tych osób. Stosując wykładnię językową można przyjąć, iż znajdzie on zastosowanie również do osoby, która reagując na niewłaściwe zachowanie funkcjonariusza lub osoby przybranej mu do pomocy wobec innych osób, albo ogólnie niewłaściwe zachowanie (np. naruszenie podczas służby przepisów drogowych czy picie alkoholu) dopuszcza się czynu przewidzianego w art. 222 lub art. 226. Wątpliwe jest wszakże, ażeby intencją ustawodawcy było dążenie do takiego „społecznego” korygowania służby publicznej. W szczególności, zwrot „jeżeli czyn określony w § 1 wywołało...” i jego związek ze sprawcą wymienionego w tym paragrafie czynu wskazuje, iż w ten sposób ustawodawca uwzględnia szczególną sytuację właśnie sprawcy zamachu jako wcześniej pokrzywdzonego, podlegającego emocjom wynikającym z poczucia doznanej krzywdy. Wnosić zatem należy, że z omawianej sytuacji może korzystać tylko ten sprawca, który był przedmiotem niewłaściwego zachowania, a nie inne obserwujące to zachowanie osoby.

Z omawianych przepisów nie wynika również wprost, czy dla skorzystania z nich konieczne jest, ażeby zniewaga czy naruszenie nietykalności cielesnej następowyły podczas tego samego zdarzenia, jakim było niewłaściwe zachowanie się pokrzywdzonego, lub by istniała między tymi czynami bliskość czasowa, czy też niewłaściwe zachowanie się pokrzywdzonych pozostaje przesłanką nadzwyczajnego odstępowania od ustawowego wymiaru kary niezależnie od długości czasu, jaki między nimi upłynął.

Jeśli będziemy uwzględniać samą motywację sprawcy zainicjowaną niewłaściwym zachowaniem się pokrzywdzonego (np. sprawca dopiero po upływie pewnego czasu dowiedział się, że pokrzywdzony, przeprowadzając o nim służbowo wywiad wśród sąsiadów, pomawiał go o działanie przestępcze) upływ czasu nie powinien mieć znaczenia. Jeśli jednak rozumieć ją będziemy jako bezpośrednią reakcję emocjonalną na takie zachowanie, powinniśmy wymagać bliskości czasowej między obu zaszłościami.

Użyty w § 2 art. 222 zwrot „czyn określony w § 1 wywołało niewłaściwe zachowanie...” sugeruje raczej to drugie rozwiązanie.

Krystyna Daszkiewicz

Kary za przestępstwa ciągłe i ciągi przestępstw

Co najmniej dwie przyczyny decydują o szczególnej aktualności tego tematu. Pierwszą jest zbliżająca się nowelizacja kodeksu karnego z 6 czerwca 1997 r. i związane z nią wielkie nadzieje na skorygowanie błędów i usunięcie albo radykalne poprawienie wadliwie ujętych przepisów tego kodeksu. U podstaw drugiej leży uchwała Sądu Najwyższego z 19 sierpnia 1999 r.¹ dotycząca kar groźących i wymierzanych za ciągi przestępstw. Zawarte w niej rozwiązania rodzą obawy, że staną się one początkiem błędnego nurtu orzecznictwa w tak ważnych kwestiach.

Nowość wprowadzona do obowiązującego kodeksu karnego, polegająca na rozbiciu przestępstwa ciągłego na dwie odrębne instytucje: „czyn ciągły” i „ciąg przestępstw” rodziła niemało wątpliwości i zastrzeżeń już w tym okresie, w którym kodeks karny jeszcze nie wszedł w życie. Wówczas w ogóle nie wzięto ich pod uwagę. Pomijane są niestety także w kolejnych projektach nowelizacji. Jedyną zmianą ma być poszerzenie zakresu „ciągów przestępstw” za pomocą skreślenia warunku, aby sprawca przestępstw objętych „ciągami” popełniał je „w podobny sposób” (w art. 91 § 1 skreśla się wyrazy „w podobny sposób”).

Przypomnijmy zatem, jakie wątpliwości i zastrzeżenia skłaniają do uznania koncepcji „rozbicia przestępstwa ciągłego” za nieudaną, wymagającą zasadniczych zmian, które powinny objąć zarówno art. 12, jak i 91 k.k.

- Za jedną z podstaw rozróżnienia „przestępstwa ciągłego” od „ciągu przestępstw” uznano wprowadzoną tylko do art. 12 k.k. tezę, że dopiero dwa lub więcej zachowań uważa się za jeden czyn zabroniony. W jakim stosunku miałyby ona pozostawać do tezy zupełnie odmiennej, zawartej w tym samym kodeksie karnym w art. 115 § 1? Stanowi on, że czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej.
- Prawidłowym działaniem organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości nigdy nie służą dobrze fikcje wprowadzane do przepisów kodeksu karnego. Do art. 12 k.k. wprowadzono warunek, aby zachowania podjęte w krótkich odstępach czasu realizowano „w wykonaniu z góry powziętego zamiaru”.

¹ I KZP 24/99, OSP 2000, nr 2, poz. 25.

Przed taką regulacją ostrzegał już przed wielu laty S. Śliwiński podkreślając: „(...) niesłuszne jest położenie nacisku na zamiar. Jest zupełną fikcją przypuszczenie, że sprawca przestępstwa ciągłego musi mieć z góry powzięty zamiar, przeciwnie, w przeważającej ilości przypadków właśnie takiego zamiaru nie posiada (...)”. Co więcej, w uzależnieniu przestępstwa ciągłego od tego, aby wszystkie włączone doń czyny realizowano w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, dopatrywał się też szczególnego niebezpieczeństwa. Podkreślał, że jest „rzeczą zupełnie niesłuszną, aby sam sprawca decydować miał o tym, kiedy czyn jego ma być jednym czynem (w znaczeniu prawnym), aby on decydować miał (swoim zamiarem) o tym, że popełnia jedno przestępstwo, a nie kilka przestępstw”² (podkr. – K.D.).

Nie jest to wcale stanowisko odosobnione. Wiele lat później, już w związku z projektowanymi zmianami, stanowczo przeciwstawiał się omawianej „tożsamości zamiaru” J. Waszczyński³. Krytykował tę fikcję, którą jednak wprowadzono do obowiązującego kodeksu karnego.

- U podstaw „rozbicia” tradycyjnego przestępstwa ciągłego legło założenie, że jego nowa konstrukcja obejmuje przypadki, „które można określić jako przestępstwa popełnione na raty”. Miały być odróżnione „od innych przypadków (...), które są odmianą realnego zbiegu przestępstw”⁴. Założono jednak (przecież niekonsekwentnie), że to wcale nie muszą być przestępstwa popełnione „na raty”, które uzupełniono następującym wyjaśnieniem: „Poszczególne działania sprawcy nie muszą także wyczerpywać w ogóle znamion czynu zabronionego (dopiero suma tych działań wyczerpuje znamiona)”. Równocześnie przyjęto bowiem, że działania sprawcy mogą wyczerpywać znamiona przestępstwa „typu podstawowego”⁵.
- Rozgraniczenie „przestępstwa ciągłego” od „ciągu przestępstw” oparto też na dalszej fikcji. Przyjęto, że w wypadku tego pierwszego, poszczególne działania sprawcy „mogą wyczerpywać znamiona typu podstawowego, podczas gdy ich suma wyczerpuje znamiona typu kwalifikowanego”⁶. Występując z taką koncepcją miano zapewne na uwadze także określoną eskalację zachowań sprawcy. Nie uwzględniono jednak faktu, że spośród wielu przestępstw przewidzianych w części szczególnej kodeksu karnego (w jej 247 artykułach są także takie, które w podporządkowanych im paragrafach wpro-

2 S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 406–407.

3 J. Waszczyński, *W sprawie ciągłości przestępstw w projekcie kodeksu karnego*, PIP 1991, nr 9, s. 76.

4 *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 124.

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*.

wadzają kilka przestępstw), tylko niektóre mają obok zasadniczej także tzw. kwalifikowaną postać przestępstwa.

Przybliżając tę koncepcję sięgnąć można do przykładu łączącego się z naruszeniami nietykalności cielesnej i uszkodzeniami ciała. Jeżeli np. sprawca działający w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru w różny sposób nęka tę samą ofiarę za pomocą całej „serii” naruszeń nietykalności cielesnej, to ich „suma” mogłaby rzeczywiście wskazywać już na lekkie uszkodzenie ciała. Z kolei taka seria lekkich uszkodzeń ciała mogłaby w ich „sumie” wskazywać już na średnie uszkodzenie ciała. Jednak ani w odniesieniu do tych przestępstw, ani innych, których jest w kodeksie karnym znaczna większość, nie przewidziano obok ich zasadniczych postaci także postaci kwalifikowanych.

W krytyce tej koncepcji pojawiły się też poważniejsze zarzuty, które zostały w ogóle zignorowane. Wystąpił z nimi J. Waszczyński wskazując na to, że omawianą koncepcję „trzeba zakwestionować”. Jeśli bowiem „sprawca, który uprzednio popełnił czyny typu podstawowego, decyduje się na popełnienie czynu kwalifikowanego, to wówczas zamiarem swym objąć musi element kwalifikujący, którego poprzednio zamiarem nie obejmował. Zamiar jego wówczas nie jest więc tożsamy z poprzednim. Z tego samego powodu brak jest tożsamości zamiaru, gdy sprawca dokonuje czynów, z których jedne są przestępne, inne zaś nie”⁷.

– W minionych okresach wyłaniały się pytania, a nawet kontrowersje na temat obejmowania przestępstwem ciągłym także czynów godzących w dobra osobiste. W tej kwestii regulacja przewidziana art. 12 k.k. jest tylko połowiczna. Udzielono w nim jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, czy zamachy godzące w dobra mogą wchodzić w skład przestępstwa ciągłego. Przyjęto, że „jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste, warunkiem uznania wielości zachowań za jeden czyn zabroniony jest tożsamość pokrzywdzonego”.

Kontrowersje dotyczyły jednak nie tylko tego, czy przestępstwa godzące w dobra osobiste w ogóle mogą być objęte przestępstwem ciągłym, ale także tego, czy mogą to być poważne przestępstwa godzące w dobra osobiste, np. poważne występki przeciwko życiu albo zdrowiu, a nawet zbrodnie. Przypomnijmy w tym miejscu kontrowersje, jakie wyłoniły się w polskim prawie karnym w związku z wyrokiem, w którym wiele zabójstw popełnionych przez jednego sprawcę uznano za jedno przestępstwo ciągłe⁸.

⁷ J. Waszczyński, *op. cit.*, s. 75.

⁸ Por. wyrok SN z 12 lipca 1973 r., I KR 141/73, wraz z głosem K. Daszkiewicz i W. Daszkiewicz a, *Nowe Prawo* 1974, nr 1, s. 110 i n.

Obecnie nie byłoby to już możliwe ze względu na wprowadzenie w art. 12 k.k. warunku tożsamości pokrzywdzonego. Warunek ten nie rozwiązuje jednak całkowicie omawianego problemu. Tę samą ofiarę można pozbawić życia tylko raz. Działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, można jednak ponawiać usiłowania pozbawienia życia dotyczące tej samej ofiary. Jakże argumenty miałyby uzasadniać twierdzenie, że takie usiłowania podjęte w krótkich odstępach czasu w wykonaniu z góry powziętego zamiaru to nie są „zachowania” wprowadzone w art. 12 k.k.? A przecież obejmowanie jednym przestępstwem ciągłym tak poważnych zbrodni byłoby głęboko niesłuszne.

- Jeżeli przedmiotem zamachu jest dobro osobiste, to warunek tożsamości pokrzywdzonego wprowadzono tylko do art. 12 k.k., a zupełnie pominięto w art. 91 k.k. – tej drugiej połowie „rozbitego” tradycyjnego przestępstwa ciągłego. Trudno to przecież uznać za rozwiązanie konsekwentne.
- Instytucja przestępstwa ciągłego należała do tzw. „praktycznych” ułatwiających albo nawet umożliwiających orzekanie w konkretnych sprawach karnych. W komentarzach i podręcznikach podkreślano niejednokrotnie, jak istotną rolę odgrywa w osądzaniu przestępstw „często zupełnie drobnych”. W tego rodzaju sprawach, bez konstrukcji przestępstwa ciągłego, sądy mogłyby stawać przed trudnościami nie do przewyciężenia. Wystarczy podać przykład sprawcy, który wykorzystując ku temu trwałą sposobność, dokonuje w krótkim okresie nawet kilkadziesiąt kradzieży, albo takiego, który pozostając w waśni z sąsiadem godzi w niego całymi seriami przestępstw, które wprawdzie nie należą do poważnych, ale jednak nękają ich ofiarę. Wskazując na sytuacje, w których stosowanie konstrukcji przestępstwa ciągłego jest po prostu konieczne, przestrzegano jednak przed jego rozszerzającą interpretacją.

Z punktu widzenia tej „praktycznej” roli przestępstwa ciągłego, wyodrębniony z niego „ciąg przestępstw” zaliczyć trzeba do swoistych paradoksów. Z jednej strony jego konstrukcja uniemożliwia stosowanie tego „ciągu” w sytuacjach, w których byłoby to celowe, ale wymagałoby oparcia owych „drobnych” (innymi słowy mniej groźnych) występków na różnych kwalifikacjach przestępstw. W świetle art. 91 § 1 k.k. orzekanie jednej kary za „ciąg przestępstw” możliwe jest przecież tylko wówczas, kiedy każde z przestępstw zaliczanych do tego „ciągu” kwalifikowane jest w oparciu o ten sam przepis. Z drugiej jednak strony przepis ten wcale nie tworzy bariery uniemożliwiającej stosowanie tej jednej kary nawet za wiele poważnych przestępstw.

- Omawiając konstrukcję przestępstwa ciągłego z reguły akcentowano troskę, aby nie prowadziła ona do nadmiernej liberalizacji odpowiedzialności karnej

sprawcy popełniającego nawet wiele przestępstw. W ogóle nie wzięto tego pod uwagę, „rozbijając” tę konstrukcję i tworząc z niej dwie nowe. Postulaty pozostawienia przewidzianego art. 58 k.k. z 1969 r. nadzwyczajnego obostrzenia kary za przestępstwo ciągłe zostały w ogóle zignorowane. Na próżno wskazywano na to, że rezygnacja z niego „nie jest to dobre rozwiązanie. «Czyn ciągły» bowiem jako szereg powtarzających się przestępstw, właśnie ze względu na ową powtarzalność wskazuje zarówno większą winę sprawcy, jak i większą szkodliwość jego działania. Dlatego obowiązujący kodeks zasadnie pozwala w art. 58 na nadzwyczajne zaostrożenie kary”⁹.

Rezygnacja w nowym kodeksie karnym z nadzwyczajnego obostrzenia kary za przestępstwo ciągłe bywała uzasadniana argumentem, że skoro w minionych okresach sądy korzystały z niego tylko sporadycznie, to jest ono zbędne. Analogiczne stanowisko decydowało także o zmianie innych przepisów kodeksu karnego w kierunku liberalizacji odpowiedzialności karnej za poszczególne przestępstwa. Jeżeli w minionych okresach sędziowskie wymiary kary za te przestępstwa były z reguły niższe od górnych pułapów ustawowych zagrożeń, to je obniżano.

Uznać to trzeba za zasadniczy błąd ciążący nad nowym kodeksem karnym i to nie tylko dlatego, że racjonalna polityka karania przestępstw zależy od wielu czynników i w oparciu o dane dotyczące karania przestępców w określonym okresie nie można budować ustawowych zagrożeń za przestępstwa, stanowiących istotny element stabilnego kodeksu karnego, obowiązującego w okresie wielu przyszłych lat. Istotniejszą przyczyną decydującą i o tym błędzie, i o wskazywanej już „szczególnej odporności” na krytykę i postulaty publikowane w okresie tworzenia nowego kodeksu karnego, jest swoiste „okrawanie” funkcji kary.

Już u zarania kształtowania się polskich koncepcji penalnych podkreślano wielokrotnie, że funkcje kary spełniają kary grożące, kary wymierzane i kary wykonywane. W żadnym razie nie mogą być pomijane funkcje kary grożącej. Nie wolno ich negować w tych sytuacjach, w których sądy tylko sporadycznie sięgają do górnych pułapów ustawowych zagrożeń, a nawet tylko wyjątkowo korzystają z możliwości nadzwyczajnego obostrzenia kary. Chodzi bowiem także o to, aby sprawcy przestępstw musieli się liczyć z takimi możliwościami.

II

Z góry można było przewidywać, że wątpliwości i zastrzeżenia dotyczące omawianych nowych regulacji przewidzianych w art. 12 i art. 91 k.k. znajdą

⁹ J. Waszczyński, *op. cit.*, s. 76.

swoje odzwierciedlenie w praktyce, w związku z osądzaniem konkretnych spraw karnych. Rzeczywiście niektóre z nich już je znalazły. W uchwale z 19 sierpnia 1999 r. odpowiadał Sąd Najwyższy na następujące pytanie, wymagające zasadniczej wykładni ustawy, skierowane przez Sąd Okręgowy w Poznaniu:

„Czy w sytuacji, gdy działanie sprawcy należy uznać za popełnione w warunkach ciągu przestępstw, przy czym obowiązek nadzwyczajnego złagodzenia kary, na podstawie art. 60 § 3 k.k., dotyczyć może niektórych z nich, przy uwzględnieniu, że za ciąg przestępstw należy orzec tylko jedną karę, istnieje możliwość wymierzenia jej zgodnie z dyrektywą wspomnianego przepisu, czy też zachodzi konieczność «rozbitcia» tego ciągu, po to tylko, aby móc zastosować obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary odnośnie tych czynów”.

Pytanie to wyłoniło się w Sądzie Okręgowym w Poznaniu w związku z rozpoznawaniem apelacji wniesionej przez Arkadiusza P. od wyroku Sądu Rejonowego w L. z 15 grudnia 1998 r., na podstawie którego skazano go za „ciąg” kradzieży z włamaniami (art. 279 § 1 w zw. z art. 91 § 1 k.k.). Tym samym wyrokiem za „ciąg” kradzieży z włamaniami został też skazany Rafał K. Każdy z tych sprawców „przekazał organowi powołanemu do ścigania przestępstw wszelkie informacje o osobach współdziałających z nim oraz o okolicznościach popełnienia przestępstw”. Żaden z wymienionych sprawców nie przekazał jednak wymienionych informacji (określonych w art. 60 § 3 k.k.) w odniesieniu do każdego czynu objętego „ciągiem przestępstw”. Dotyczyły tylko niektórych spośród popełnionych przez nich kradzieży z włamaniami.

Mimo że pytanie Sądu Okręgowego w Poznaniu dotyczyło tylko obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary w jego relacji do problemów karania za „ciąg przestępstw”, Sąd Najwyższy odpowiadając nie wyszedł poza zakres tego zagadnienia. Rozszerzył je na wszystkie postacie nadzwyczajnego złagodzenia kary, zarówno obligatoryjnego, jak i fakultatywnego. Wskazuje na to następujący tekst odpowiedzi:

„W sytuacji, gdy oskarżony popełnił przestępstwo w warunkach ciągu przestępstw określonego w art. 91 § 1 k.k., przy czym jedynie co do niektórych z nich zachodzą przesłanki do nadzwyczajnego złagodzenia kary, sąd orzekając jedną karę za ten ciąg przestępstw może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary albo wymierzyć karę według reguł określonych w art. 91 § 1 *in fine* k.k., tj. nawet z ewentualnym nadzwyczajnym jej obostrzeniem (art. 57 § 2 k.k.)”. Cytowana uchwała Sądu Najwyższego została opublikowana wraz z akceptującą ją glosą¹⁰. Odpowiedź, jakiej Sąd Najwyższy udzielił Sądowi Okręgowemu w Poznaniu,

¹⁰ A. Zoll, Glosa do uchwały SN z 19 sierpnia 1999 r., I KZP 24/99, OSP 2000, nr 2, s. 90–91.

jest jednak niesłuszna i to zarówno z formalnego, jak i merytorycznego punktu widzenia z następujących powodów:

1. Sprawa, w związku z którą wyłoniło się zagadnienie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy, dotyczyła nadzwyczajnego złagodzenia kary grożącej za kradzież z włamaniem. Za to przestępstwo grozi kara pozbawienia wolności od roku do lat 10. Sposób jej nadzwyczajnego złagodzenia określa art. 60 § 6 pkt 2 k.k. Stanowi on, że „jeżeli czyn stanowi występnek, przy czym dolną granicą ustawowego zagrożenia jest kara pozbawienia wolności nie niższa od roku, sąd wymierza grzywnę, karę ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności”.

Nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że ten sposób nadzwyczajnego złagodzenia kary odnosi się do czynu, a nie do „wielości czynów”. Dotyczy też tylko takiego czynu, do którego może albo musi się odnosić podstawa nadzwyczajnego złagodzenia kary. Jeżeli sprawca popełnił kilka przestępstw, a podstawa uzasadniająca nadzwyczajne złagodzenie kary odnosi się np. tylko do jednego spośród tych czynów, to przecież niedopuszczalne jest bezpodstawne rozciąganie tego przywileju także na pozostałe. Dotyczy to także „dwu lub więcej przestępstw” objętych ciągiem przestępstw.

Jaka miałyby być podstawa prawna tworzenia fikcji i przyjmowania, że np. sprawca, który popełnił kilka przestępstw i tylko w stosunku do jednego okazał czynny żal uzasadniający nadzwyczajne złagodzenie kary, ma być niezgodnie z prawdą traktowany tak, jak gdyby ten jego czynny żal dotyczył każdego spośród popełnionych przestępstw?

Wcale też nie ma podstawy prawnej dotyczącej stosowania obligatoryjnego nadzwyczajnego złagodzenia kary za przestępstwo, w odniesieniu do którego sprawca nie spełnił warunków wymaganych w art. 60 § 3 albo art. 299 § 8 k.k. Trafna była zatem sugestia Sądu Okręgowego w Poznaniu wskazująca na „konieczność rozbicia” ciągu przestępstw, a nie stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary wymierzonej za ten „ciąg”, mimo że np. spośród włączonych do niego wielu przestępstw tylko jedno miało realną podstawę uzasadniającą jego stosowanie. W odniesieniu do pozostałych sprawca nie spełniał warunków określonych w tych kwestiach przepisami kodeksu karnego.

Uzasadniając swoje stanowisko (w myśl którego sąd, który orzeka jedną karę za ciąg przestępstw, może karę nadzwyczajnie obostrzyć lub nadzwyczajnie złagodzić, chociażby podstawa nadzwyczajnego złagodzenia kary odnosiła się tylko np. do jednego spośród popełnionych przestępstw, a w stosunku do innych po prostu nie istniała), Sąd Najwyższy powołał się na art. 57 § 2 k.k. Stanowi on, że „jeżeli zbiegają się podstawy nadzwyczajnego złagodzenia i obostrzenia, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie albo obostrzenie kary”

(podkr. – K.D.). W rozważanej sprawie sytuacja była jednak inna i to w odniesieniu do co najmniej dwóch okoliczności. Wcale nie „zbiegały się” w niej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia kary. Chodziło o to, że w stosunku do niektórych przestępstw były takie podstawy, a w odniesieniu do innych w ogóle ich nie było. W tezie omawianej uchwały pominięta też została istotna dla sprawy okoliczność, że chodziło o obligatoryjne nadzwyczajne złagodzenie kary. Jeżeli spełnione zostaną warunki, od których zależy jego stosowanie, to sąd nie ma już żadnego wyboru, czy je stosować albo nie stosować. Jest do tego zobowiązany. Jeżeli z kolei te warunki nie zostaną spełnione, jego stosowanie jest po prostu niedopuszczalne.

2. Sąd Najwyższy udzielił Sądowi Okręgowemu w Poznaniu odpowiedzi niesłusznej także z merytorycznego punktu widzenia.

W rozważanej sprawie chodziło o „ciąg przestępstw” składających się z kradzieży z włamaniami. Za każdą z nich grozi kara pozbawienia wolności od roku do lat 10. Sprawcę kilku, kilkunastu, a nawet wielu takich przestępstw obejmuje się daleko idącym uprzywilejowaniem, jeżeli w oparciu o art. 91 § 1 k.k. otrzymuje on za wszystkie jedną karę, nawet 1 roku pozbawienia wolności, stanowiącą najniższą karę za jedną kradzież z włamaniem. Byłoby to przecież głęboko niesłuszne, gdyby karę za „ciąg przestępstw” obejmowano ponadto nadzwyczajnym złagodzeniem kary, mimo że w odniesieniu do części przestępstw objętych tym „ciągiem” w ogóle nie byłoby podstaw do takiego łagodzenia. Stosując nadzwyczajne złagodzenie kary za wiele kradzieży z włamaniami sąd mógłby wymierzyć tylko grzywnę, karę ograniczenia wolności albo pozbawienie wolności od 1 miesiąca do 11 miesięcy. Co więcej, z uwagi na tę możliwość wyboru rodzaju kary, ograniczona byłaby możliwość orzeczenia kary pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania (por. art. 58 § 1 k.k.).

„Ciąg przestępstw” obejmował w rozważanej sprawie przestępstwa zagrożone karą od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności. Przestępstw zagrożonych takimi karami jest w kodeksie karnym niemało. Należą do nich także poważne przestępstwa. Tylko przykładowo wymieńmy sześć spośród nich, a mianowicie: ciężkie uszczerbki na zdrowiu (art. 156 § 1 k.k.), bójki ze śmiertelnymi następstwami (art. 158 § 3 k.k.), wzniesienie wielkich pożarów lub powodowanie eksplozji materiałów wybuchowych (art. 163 § 1 pkt 1 i 3 k.k.), czynne napaści na funkcjonariuszy publicznych popełniane z użyciem broni palnej i w porozumieniu z innymi osobami (art. 223 k.k.), wymuszanie haraczy (art. 282 k.k.), charakterystyczne dla akcji terrorystycznych branie lub przetrzymywanie zakładników (art. 252 § 1 k.k.).

Art. 91 k.k. nie tworzy żadnych barier uniemożliwiających tworzenie z tak poważnych przestępstw „ciągów” i wymierzanie za nie jednej kary wraz z opisanymi możliwościami orzekania jednej bardzo łagodnej kary za wiele przestępstw. Czy to jednak nie pozostanie bez wpływu na kształtowanie się opinii o niesprawiedliwym karaniu i nie będzie się przyczyniało do dalszego obniżania obywatelskiego poczucia bezpieczeństwa? Pociąga to przecież za sobą dalsze konsekwencje decydujące o zmniejszaniu się zaufania do władzy i jej negatywnych ocenach. Mimo że polityka z jej wszechobecną niemoralnością nie powinna się wdzierać ani do teorii prawa karnego, ani do praktyki karania za przestępstwo, to przecież z tego rodzaju ocenami musi się liczyć każda władza.

Jerzy Skorupka

Cywilna i karna ochrona kredytodawcy i pożyczkodawcy

Przedmiotem rozważań w niniejszym artykule będą cywilne i karne środki ochrony praw majątkowych banku występującego w roli kredytodawcy lub pożyczkodawcy.

Z istoty stosunku zobowiązaniowego wynika, że obowiązek ciążyący na dłużniku powinien być wykonany. Wykonanie zobowiązania następuje przez spełnienie świadczenia. W myśl generalnej dyrektywy zawartej w art. 354 § 1 k.c. kredytobiorca (pożyczkobiorca) powinien wykonać zobowiązanie, zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom. Powinien on mieć na uwadze uzasadniony interes wierzyciela związany z wykonaniem zobowiązania. Wszelkie zatem zachowania sprzeczne z tym interesem lub utrudniające jego realizację nie mogłyby być uznane za spełniające warunki prawidłowego wykonania zobowiązania¹. Kredytobiorca (pożyczkobiorca) w miarę potrzeby powinien zawiadomić wierzyciela o okolicznościach, które mogą mieć dla niego znaczenie prawne.

Interes banku wymaga, by uzyskał on świadczenie od dłużnika. Natomiast kwestia, czy dłużnik ma spełnić swoje świadczenie osobiście, jest istotna tylko o tyle, o ile okoliczność ta może dotyczyć uzasadnionego interesu wierzyciela. Z istoty stosunku zobowiązaniowego wynika, że bank powinien żądać świadczenia od dłużnika, ponieważ z nim jest związany węzłem obligacyjnym, ewentualnie od osoby, która także za długo odpowiada (np. poręczyciel – art. 876 § 1 k.c.), lub którą dłużnik posługuje się przy wykonaniu zobowiązania (art. 474 k.c.). Jednakże najczęściej dla banku istotne jest tylko to, aby otrzymał świadczenie, natomiast nie ma znaczenia, kto je spełni. Z tych względów art. 356 § 1 k.c. przyjmuje zasadę, że wierzyciel może żądać osobistego świadczenia od dłużnika tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. To ostatnie sformułowanie odnosi się zwłaszcza do przypadków, gdy cała wartość (cały sens) świadczenia dla wierzyciela opiera się na osobistym świadczeniu dłużnika. Poza tymi przypadkami świadczenie

1 W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Wydawnictwa Prawnicze PWN, Warszawa 1995, s. 209.

może wykonać ktokolwiek, byleby działał co najmniej za wiedzą i tym samym za domniemanym pozwoleniem dłużnika (*a contrario* z art. 356 § 2 k.c.). Zastrzeżenie to ma na celu ochronę interesów dłużnika, który zawsze odpowiada za niewłaściwe wykonanie zobowiązania i tym samym ponosi ryzyko związane z posługiwaniem się innymi osobami przy wykonaniu zobowiązania (art. 474 k.c.).

Jeżeli kredytobiorca (pożyczkobiorca) nie spełnia świadczenia, które zgodnie z umową należy się bankowi, zobowiązanie nie jest wykonane. Odnosi się to do przypadków całkowitego niewykonania świadczenia, jak i jego nienależytego wykonania. Zasadnicze uprawnienie wierzyciela polega wówczas na domaganiu się świadczenia przy zastosowaniu przymusu (tzw. realne wykonanie zobowiązania).

Stosownie do art. 471 k.c. kredytobiorca (pożyczkobiorca) zobowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Odpowiedzialność kontraktowa obejmuje zatem tylko takie naruszenia więzi obligacyjnej, w wyniku których wierzyciel doznaje szkody.

Jak wynika z art. 471 k.c. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania musi być następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiada. Obowiązek odszkodowawczy kredytobiorcy (pożyczkobiorcy) nie jest więc bezpośrednią sankcją naruszenia powinności obligacyjnych i wynikłej z tego szkody. Istotne znaczenie ma przyczyna naruszenia zobowiązania. Obowiązek odszkodowawczy powstaje, gdy jest nią okoliczność, za którą kredytobiorca (pożyczkobiorca) ponosi odpowiedzialność².

Artykuł 473 § 1 k.c. dopuszcza możliwość umownego rozszerzenia lub zawężenia odpowiedzialności kredytobiorcy (pożyczkobiorcy) na zasadzie swobody umów. Swoboda stron w tym zakresie doznaje jednego tylko ograniczenia. Mianowicie nieważne jest zastrzeżenie, że kredytobiorca (pożyczkobiorca) nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić bankowi umyślnie (art. 473 § 2 k.c.).

Jeżeli już po powstaniu zobowiązania świadczenie kredytobiorcy (pożyczkobiorcy) stanie się niemożliwe do wykonania, a niemożliwość świadczenia jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności, zobowiązanie wygasa (art. 474 k.c.). Jest to konsekwencją wytworzonego stanu faktycznego, z jednej bowiem strony świadczenie nie może być spełnione, z drugiej

² Por. W. Czachórski, *op. cit.*, s. 230–231; K. Zagrobelny, (w:) *Podstawy prawa cywilnego i handlowego*, pod red. E. Gniewka, Wrocław 1998, s. 363–369; T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 34–36.

zaś kredytobiorca (pożyczkobiorca) nie ma obowiązku naprawienia wynikłej stąd szkody. Niewypłacalność kredytobiorcy (pożyczkobiorcy), czyli aktualny brak środków materialnych (finansowych) na spełnienie zobowiązania, z którego wynika obowiązek świadczenia pieniężnego, nigdy nie zwalnia ze zobowiązania. Istnieje ono nadal jako możliwe do spełnienia, a dłużnik odpowiada za dług całym swoim majątkiem teraźniejszym i przyszłym³.

Naczelną zasadą odpowiedzialności *ex contractu* jest zasada winy. Według powszechnie przyjętego poglądu odpowiedzialność dłużnika opiera się na zasadzie domniemania winy. Art. 471 k.c. nie wymienia wprawdzie winy, jako przesłanki odpowiedzialności dłużnika, jednakże zasadę tę można wywieść z dalszych przepisów, zwłaszcza art. 472 i 473 k.c., co oznacza, że okoliczności mogące zwolnić dłużnika rozumiane są jako dowód braku jego winy⁴. W związku z tym bank obciąża obowiązek udowodnienia istnienia ważnego zobowiązania, szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wynikania zobowiązania oraz związku przyczynowego między jednym a drugim. W celu zwolnienia się, dłużnik powinien wykazać, że szkoda wynika z okoliczności przez niego nie zawinionych, a więc takich, za które nie odpowiada (ekskulpacja)⁵.

- 3 Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 11 lipca 1995 r., I ACr 78/95, przyjął, że niemożliwość istnieje wówczas, gdy ma charakter trwały, a nie przemijający, ponieważ wówczas ocenia się ją jako niedotrzymanie terminu spełnienia świadczenia, a więc zależnie od przyczyn, jako opóźnienie bądź zwłokę dłużnika. Nadto okoliczności, które spowodowały niemożliwość świadczenia, muszą być niezależne od dłużnika. Niemożliwość może zaś dotyczyć samego przedmiotu świadczenia (które nie może być spełnione nie tylko przez dłużnika, ale przez nikogo innego, np. z powodu utraty rzeczy oznaczonej co do tożsamości), jak i tylko osoby lub działalności dłużnika (np. trwała choroba). Według tego Sądu, jeżeli zobowiązanie ma charakter pieniężny, z natury rzeczy nie wchodzi w rachubę niemożliwość świadczenia ze względu na jego przedmiot. Powoływanie się więc – w przedmiotowej sprawie – przez pozwanych na to, że z przyczyn od nich niezależnych nastąpiło wstrzymanie produkcji, co doprowadziło do upadku spółki, a w efekcie – niemożliwości spełnienia świadczenia, nie jest trafne. Argument ten mógłby mieć znaczenie, gdyby świadczenie pozwanych miało charakter niepieniężny i związany z produkcją zakładu, np. dostawą wyrobów zakładu. Wówczas istotnie można by mówić o niemożliwości świadczenia, pod warunkiem, że pozwani wykazaliby, iż zamknięcie zakładu nastąpiło z przyczyn od nich niezależnych, a wstrzymanie produkcji ma charakter trwały – OSA 1996, nr 7–8, poz. 32.
- 4 Warto tu przytoczyć stanowisko SN wyrażone w wyroku z 27 stycznia 1972 r., I CR 458/71, że nie może stanowić okoliczności ekskulpującej dłużnika fakt, iż przyjął on w umowie zamówienie w rozmiarach lub terminie nie odpowiadających jego możliwościom osobistym czy jego przedsiębiorstwa. W stosunku do takiego dłużnika nie można z reguły mówić o braku winy, który jest przesłanką ekskulpacji z art. 471 k.c., skoro już w chwili zawarcia umowy wie on o tym, że nie będzie mógł wykonać w ogóle lub w sposób należyty zobowiązania, które w umowie podejmuje – OSNC 1972, nr 9, poz. 160.
- 5 A. Rembeliński, (w:) Kodeks cywilny z komentarzem, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1989, s. 474; T. Pajor, *op. cit.*, s. 159–163.

Kredytobiorca (pożyczkobiorca) ponosi odpowiedzialność za niedołożenie należytej staranności, co oznacza winę dłużnika, która może przejawiać się zarówno w umyślnym, jak i nieumyślnym naruszeniu obowiązków umownych wobec wierzyciela⁶.

Elementami cywilistycznego pojęcia winy są bezprawność postępowania dłużnika (jako element obiektywny) i wadliwość jego postępowania (jako element subiektywny). Bezprawność to niezgodność zachowania dłużnika z istotą obowiązków wynikających z treści zobowiązania wobec wierzyciela. Kredytobiorca (pożyczkobiorca), który nie wykonuje lub wykonuje nienależycie zobowiązanie, działa niezgodnie z prawem przedmiotowym, tj. ustawą, a więc bezprawnie⁷.

Bezprawność ta narusza jedynie więź łączącą bank i dłużnika. Jest to więź o charakterze względnym. Występuje więc naruszenie prawa podmiotowego banku do uzyskania świadczenia dłużnika, odpowiadającego treści istniejącego między nimi stosunku zobowiązaniowego⁸.

Wadliwość postępowania w znaczeniu podmiotowym, subiektywnym przejawia się na podjęciu i wykonaniu przez kredytobiorcę (pożyczkobiorcę) decyzji, którą należy ocenić jako niewłaściwą, bądź też w braku takiej decyzji, która w danych okolicznościach powinna była nastąpić⁹.

Umyślność postępowania (*dolus*) może polegać zarówno na zamierzonym podjęciu działania sprzecznego z obowiązkiem kredytobiorcy (pożyczkobiorcy), jak i na zamierzonym powstrzymaniu się od działania, pomimo istnienia obowiązku czynnego zachowania się¹⁰. Z. Radwański wyraził pogląd, że w związku z tym, iż pojęcie winy umyślnej nie zostało bliżej określone w przepisach prawa cywilnego, należałoby w tym względzie korzystać z dorobku prawa karnego i na tej podstawie uznać, że wina umyślna polega na tym, że albo dłużnik chce naruszyć ciężące na nim obowiązki powinnego zachowania (*dolus directus*), albo przewidując możliwość takiego naruszenia godzi się na to (*dolus eventualis*)¹¹.

Jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, lub jeżeli co innego nie wynika z czynności prawnej względnie z umowy stron, kredytobiorca (pożyczkobiorca) nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, gdy nie można mu postawić zarzutu niezachowania należytej staranności.

6 Stopień staranności zależy m.in. od stopnia ryzyka niebezpieczeństwa występującego w stosunkach danego rodzaju – por. wyrok SN z 19 września 1989 r., II CR 308/84, nie publ.

7 W. Czachórski, *op. cit.*, s. 232.

8 *Ibidem*, s. 233; T. Pajor, *op. cit.*, s. 187–188.

9 *Ibidem*, s. 233; T. Pajor, *op. cit.*, s. 200–201.

10 *Ibidem*, s. 233; T. Pajor, *op. cit.*, s. 199.

11 Z. Radwański, *Prawo zobowiązań*, PWN, Warszawa 1986, s. 252.

Oznacza to brak winy i jest jednoznaczne z przyjęciem, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest zdarzenie postronne (*casus*), a niekiedy siła wyższa (*vis maioris*)¹².

Odstępstwo od ogólnej reguły, że dłużnik odpowiada za swoją winę, zawiera art. 474 k.c., odnoszący się do odpowiedzialności za inne osoby. Chodzi tu o osoby, z pomocą których dłużnik wykonuje zobowiązanie (w szczególności jego pracownicy), lub którym powierza w całości lub w części wykonanie zobowiązania, a także o przedstawicieli ustawowych dłużnika.

Odpowiedzialność dłużnika względem wierzyciela opiera się w tych przypadkach na podstawie ryzyka, aczkolwiek jej przesłanką jest wina innej osoby¹³.

W karno-prawnych rozważaniach chodzi oczywiście o to, czy dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania może ponosić odpowiedzialność karną na podstawie art. 286 § 1 k.k., a więc – innymi słowy – o to, czy dłużnik za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania będzie ponosił wyłącznie odpowiedzialność cywilną, czy też możliwe jest pociągnięcie go jednocześnie do odpowiedzialności karnej.

Pokrzywdzenie banku na etapie zawierania umowy może też nastąpić w sytuacjach będących treścią art. 297 § 1 k.k. Oszustwo finansowe (gospodarcze czy kapitałowe) określone w ww. przepisie jest przestępstwem kierunkowym „nastawionym” na uzyskanie przez sprawcę przysporzenia majątku w postaci kredytu, pożyczki bankowej, gwarancji kredytowej, dotacji, subwencji lub zamówienia publicznego. Z wymienionych wyżej wsparć finansowych tylko kredyt i pożyczka bankowa będą przedmiotem dalszych rozważań.

W celu uzyskania przysporzenia w jednej z tych postaci sprawca wprowadza kontrahenta w błąd w ten sposób, że przedkłada fałszywe lub stwierdzające nieprawdę dokumenty albo nierzetelne, pisemne oświadczenia dotyczące okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania jednego z ww. wsparć finansowych. „Dokument” użyty w tym przepisie rozumieć należy zgodnie z art. 115 § 14 k.k. jako każdy przedmiot lub zapis na komputerowym nośniku informacji, z którym jest związane określone prawo, albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne, przy czym kwestia ważności tego dokumentu w świetle prawa cywilnego lub administracyjnego nie ma żadnego znaczenia dla istoty przestępstwa¹⁴. Odnośnie pojęć „dokument fałszywy” i „dokument

12 W. Czachórski, *op. cit.*, s. 235.

13 Z. Radwański, *op. cit.*, s. 254; T. Pajor, *op. cit.*, s. 223–224.

14 Por. wyrok SN z 4 grudnia 1980 r., RW 431/80, OSNPG 1981, nr 8, poz. 89.

stwierdzający nieprawdę” odwołać się należy do ugruntowanego już orzecznictwa SN w tych kwestiach. Natomiast pisemne oświadczenie przedłożone przez sprawcę oszustwa z art. 297 § 1 k.k. musi być nadto nierzetelne, a więc takie, które zawiera informacje nieprawdziwe lub niepełne (tzn. nie mówiące o pewnych istotnych okolicznościach), jak też takie, których sposób wypowiedzi może sugerować istnienie stanu rzeczy innego niż w rzeczywistości¹⁵.

W obu przypadkach wymienionych w cyt. przepisie niezbędny jest wniosek zainteresowanego oraz komplet dokumentów uzasadniających przedmiot tego wniosku, w których wnioskodawca będzie starał się przekonać adresata o jego zasadności. Niezależnie od rodzaju wsparcia finansowego będą to dane o: wielkości i obrotach przedsiębiorstwa wnioskodawcy, wielkości zaciągniętych kredytów i pożyczek, udzielonych gwarancjach i poręczeniach, wartości posiadanego majątku, przepływach środków finansowych, prowadzonych postępowaniach egzekucyjnych, bilansie za poprzedni rok sprawozdawczy itp.¹⁶. W przypadku przedłożenia nierzetelnych dokumentów w imieniu organu kolegialnego, np. zarządu spółki, wydaje się, że odpowiedzialność z art. 297 § 1 k.k. będzie ponosić nie tylko osoba podpisująca taki dokument, ale również wszyscy członkowie zarządu, którzy podjęli stosowną uchwałę¹⁷.

Nie ulega kwestii, że sprawca występku z art. 297 § 1 k.k. może wprowadzać w błąd kredytodawcę (pożyczkodawcę) nie w zamiarze trwałego pozbawienia go przyznanej mu kwoty kredytu (pożyczki bankowej), lecz wyłącznie w zamiarze uzyskania takiego kredytu lub pożyczki bankowej, które chce spłacić, a z otrzymaniem których łączą się dla sprawcy inne niż przywłaszczenie kredytu (pożyczki bankowej) korzyści majątkowe. Uzyskanie kredytu (pożyczki bankowej) nie musi być, przy tym, połączone z „korzystnością” lub „niekorzystnością” udzielonego przez bank kredytu. Kwestia, czy kredyt (pożyczka) uzyskany przez sprawcę w sposób określony w art. 297 § 1 k.k. jest dla banku korzystny lub niekorzystny, nie ma znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy. W znamionach typu czynu z art. 297 § 1 k.k. ustawodawca bowiem zupełnie pominął te okoliczności. Przestępstwo z art. 297 § 1 k.k. zostanie popełnione nawet wtedy, gdy bank odmówi udzielenia kredytu lub pożyczki. Zachowanie sprawcy ww. czynu ma jedynie dotyczyć okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania takiego kredytu lub pożyczki. Z reguły jednak sprawca dlatego podejmuje podstępne zabiegi określone w art. 297 § 1 k.k. celem uzyskania kredytu itd., gdyż wie, że w przeciwnym razie, tj. przy rzetelnym i uczciwym postępowaniu

¹⁵ O. Górniok, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*, Warszawa 1994, s. 19.

¹⁶ Zob. Z. Dobosięwicz, *Kredyt bankowy dla firm i osób fizycznych*, Warszawa 1997, s. 28–29.

¹⁷ Zob. B. Kurzępa, *Oszustwo gospodarcze, Prokuratura i Prawo* 1998, nr 5, s. 44.

w stosunku do banku, takiego kredytu lub pożyczki nie uzyskałby. Kredyt (pożyczka) udzielony w takich sytuacjach jest też – z reguły – mniej korzystny dla banku niż kredyt udzielony przy prawidłowym przeprowadzeniu procedury kredytowej. Niekorzystne rozporządzenie mieniem może bowiem polegać nie tylko na udzieleniu kredytu (pożyczki bankowej) osobie, która ma zamiar niezwrócenia go, lecz również na tym, że pokrzywdzony bank zawiera umowę o kredyt (pożyczkę) w sytuacji, gdy jest on nienależycie zabezpieczony, jako że kredytobiorca itd. zataił np. swoje wysokie zobowiązania kredytowe w innych bankach oraz własną rzeczywistą złą sytuację finansową¹⁸. Owo zatajenie może przybrać postać złożenia nierzetelnego pisemnego oświadczenia przez kredytobiorcę (pożyczkobiorcę). Dotyczy to także poręczyciela (poręczycieli), który – przykładowo – może przedłożyć nierzetelne zaświadczenie o jego zatrudnieniu, wielkości majątku, zobowiązaniach prywatnoprawnych i publicznoprawnych. Jeżeli sprawca czynu z art. 297 § 1 k.k., ubiegając się o przyznanie dla siebie lub kogo innego kredytu lub pożyczki bankowej, zataił zadłużenie w innych bankach – co musi być kwalifikowane jako wprowadzenie w błąd – a następnie – przykładowo – uzyskany w ten sposób kredyt (pożyczkę bankową) przeznaczył na spłatę innego kredytu (pożyczki bankowej), to osiągnął już przysporzenie (korzyść majątkową) w postaci uniknięcia płacenia karnych odsetek. Jednocześnie zaś należy mówić o niekorzystnym rozporządzeniu mieniem przez bank, gdyż udzielił on kredytu (pożyczki) obciążonego większym ryzykiem niespłacenia go w terminie niż wynikało to z przedłożonych przez sprawcę dokumentów. Bez takiego wprowadzenia w błąd, bank mógłby przyznać kredyt (pożyczkę) osobie o dobrej kondycji finansowej, gwarantującej terminowy zwrot kredytu (pożyczki)¹⁹. W takiej sytuacji mamy do czynienia ze

18 Por. wyrok SN z 26 lutego 1998 r., IV KKN 351/97, Prokuratura i Prawo 1998, nr 11–12, poz. 4.

19 Odnosnie poręczycieli kredytu (pożyczki bankowej) należy zaznaczyć, że przedłożenie przez nich fałszywych lub stwierdzających nieprawdę dokumentów albo nierzetelnych, pisemnych oświadczeń dotyczących okoliczności mających istotne znaczenie dla uzyskania takiego kredytu lub pożyczki, normalnie nie wywołuje skutków w postaci niemożliwości windykacji kredytu z majątku kredytobiorcy i poręczycieli. Innymi słowy, nie prowadzi automatycznie do uznania przyznania kredytu (pożyczki) za decyzję niekorzystną majątkowo dla banku. Gdyby założyć, że bank przyjął poręczenie z tego powodu, że poręczyciel przy zawieraniu umowy poświadczył w niej nieprawdę co do jego zatrudnienia lub innych istotnych dla udzielenia kredytu okoliczności albo zachował się w inny sposób opisany w treści art. 297 § 1 k.k., to w łańcuchu zdarzeń powodujących uznanie udzielenia kredytu (pożyczki) za niekorzystne dla banku, a zapoczątkowanych przez poręczyciela, mogą zaistnieć inne, niezależne od niego fakty, jak np. niewypłacalność dalszych poręczycieli lub kredytobiorcy (pożyczkobiorcy) itp. Jeżeli jednak do powstania skutku w postaci choćby nieuzyskania spłaty kredytu udzielonego przez bank nie przyczyniły się inne zdarzenia (działania innych osób), to uznanie, że zachowanie poręczyciela spowodowało, że decyzja o udzieleniu kredytu (pożyczki) była niekorzystna dla banku, wydaje się uzasadnione – por. wyrok SA w Poznaniu z 2 czerwca 1992 r., I ACr 141/92, OSA 1993, nr 4, poz. 29.

zrealizowaniem wszystkich znamion określonych w art. 297 § 1 k.k. Dla bytu przestępstwa z art. 297 § 1 k.k. obojętna jest jednak kwestia, czy udzielony kredyt (pożyczka bankowa) był niekorzystny dla banku. Udzielenie kredytu (pożyczki bankowej) w ww. okolicznościach, który jest niekorzystny dla banku, nie jest – oczywiście – obojętne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej. Podstawę do poszukiwania odpowiedzialności karnej za kredyt uzyskany w sposób wyżej opisany, który dodatkowo jest niekorzystny dla banku, daje art. 286 § 1 k.k. Przesłupstwo z art. 286 § 1 k.k. jest dokonane z chwilą niekorzystnego rozporządzenia mieniem, czyli w chwili wydania niekorzystnej dyspozycji majątkowej. Tej okoliczności nie należy jednak utożsamiać z osiągnięciem korzyści majątkowej przez sprawcę. Jak wynika z treści cytowanego przepisu, osiągnięcie korzyści majątkowej nie musi nastąpić, wystarczające jest, by sprawca działał w celu osiągnięcia takiej korzyści. Stąd też do realizacji przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. może dojść nawet wtedy, gdy sprawca nie osiągnął korzyści majątkowej z przestępstwa. Daje to podstawę do wniosku, że w przypadku uzyskania w podstępny sposób kredytu (pożyczki), który dla banku stanowi niekorzystne rozporządzenie mieniem, sprawca dopuszcza się przestępstwa oszustwa z art. 286 § 1 k.k. i to także wtedy, gdy uzyskany oszukańczo kredyt (pożyczkę bankową) zamierzał spłacić²⁰.

Przepisy art. 297 § 1 k.k. i 286 § 1 k.k. są przepisami krzyżującymi się i możliwy jest realny ich zbieg. W przypadku tych przepisów nie jest spełniony bowiem warunek identyczności znamion, chociażby z powodu różnych celów, dla których są popełniane, a przewidzianych przez te przepisy. Artykuł 297 § 1 k.k. wymaga, aby sprawca działał w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego kredytu, pożyczki bankowej itd., natomiast zgodnie z art. 286 § 1 k.k., celem działania sprawcy jest osiągnięcie korzyści majątkowej. Takie sformułowanie treści ww. przepisów wyklucza możliwość istnienia stosunku specjalności między nimi²¹.

20 Por. wyrok SA w Katowicach z 13 marca 1997 r., II AKa 274/96, OSP 1998, nr 2, poz. 41.

21 Zdaniem C. Bylicy, jeżeli w wyniku zabiegów sprawcy zostanie mu przyznana którakolwiek z form finansowania i dojdzie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem (w przypadku kredytu i pożyczki dopiero po ich niezwróceniu w terminie wraz z odsetkami), zrealizowane zostaną wszystkie znamiona art. 3 § 1 u.o.o.g. (art. 297 § 1 k.k. – dopisek autora) oraz art. 205 § 1 k.k. z 1969 r. (art. 286 § 1 k.k. – dopisek autora) i dojdzie do kumulatywnego zbiegu przepisów; C. Bylica, (w:) Oszustwo kredytowe na tle obecnego i przyszłego stanu prawnego, Przegląd Sądowy 1998, nr 3, s. 88.

Nie może budzić wątpliwości, że przedłożenie fałszywych lub stwierdzających nieprawdę dokumentów albo nierzetelnych, pisemnych oświadczeń, o których mowa w art. 297 § 1 k.k., należy traktować jako wprowadzenie strony umowy w błąd. Błąd ten należy rozumieć tak samo, jak błąd, o którym mowa w art. 84 § 1 k.c. Z reguły będzie to też błąd kwalifikowany, normowany w art. 86 § 1 k.c., a zawsze błąd istotny (art. 84 § 2 k.c.). Bank (kredytodawca lub pożyczkodawca) może więc uchylić się od swego oświadczenia woli (wyrażenia zgody na zawarcie umowy lub jednostronnego oświadczenia woli w przypadku dotacji lub subwencji) w terminie 1 roku od momentu wykrycia błędu. Może też domagać się wszczęcia postępowania karnego i pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, a więc przyznania mu karno-prawnej ochrony, co w wielu sytuacjach będzie dla niego korzystniejsze. Warto też zwrócić uwagę na to, że czyn z art. 297 § 1 k.k. jest przestępstwem formalnym; sprawca nie musi więc uzyskać określonego w tym przepisie przysporzenia majątkowego lub zamówienia publicznego. Ma to ten walor, że pokrzywdzony jeszcze przed zawarciem umowy lub złożeniem jednostronnego oświadczenia woli ma prawo domagać się ochrony karno-prawnej. Przyznanie w tych sytuacjach wierzycielowi karno-prawnej ochrony częstokroć może uchronić go przed niekorzystnym rozporządzeniem mieniem. Może bowiem sprawić, że nie zawrze on określonej umowy. Istotne znaczenie dla ochrony banku ma również możliwość zabezpieczenia jego roszczeń majątkowych w stosunku do sprawcy już na etapie postępowania przygotowawczego, co m.in. uniemożliwia sprawcy upłynnienie składników swojego majątku, albo jego pozorne obciążenie, bądź dokonania innych czynności, skutkiem których będzie pozbawienie banku możliwości zaspokojenia się z tego majątku.

Powyższe uwagi koncentrowały się zatem na oszukańczym uzyskaniu kredytu lub pożyczki bankowej przez sprawcę omawianych przestępstw. Dla jego odpowiedzialności karnej kwestie spłaty kredytu lub braku spłaty nie miały znaczenia. Przechodząc zaś do omówienia karno-prawnej ochrony banku należy zauważyć, że na gruncie art. 286 § 1 k.k. nasuwa się zasadnicze pytanie, czy w sytuacji, gdy umowa o kredyt reguluje precyzyjnie skutki niewykonania obowiązków przez dłużnika, wskazując drogę cywilnoprawną dla zaspokojenia roszczeń wierzyciela, dopuszczalna jest interwencja prawa karnego wobec dłużnika w razie nieterminowego spłacenia długu (zwłoki w płatności kolejnych rat), bądź niespłacenia kredytu. Dla jasności wykładu należy przyjąć założenie, że do zawarcia umowy o kredyt doszło zgodnie z obowiązującą procedurą i kredytobiorca miał zamiar jego spłacenia. Przy przeciwnym założeniu trzeba by kwestionować zawarcie umowy o kredyt, co zostało wcześniej omówione.

Umowa kredytu uregulowana została w art. 69 Prawa bankowego. Zgodnie z treścią tego przepisu do obowiązków banku należy zobowiązanie się do oddania do dyspozycji kredytobiorcy na czas określony w umowie kwoty środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel. Natomiast do obowiązków kredytobiorcy należy:

- zobowiązanie się do korzystania z uzyskanej kwoty środków pieniężnych na warunkach określonych w umowie,
- zobowiązanie się do zwrotu wykorzystanego kredytu,
- zobowiązanie się do zwrotu odsetek w oznaczonym terminie spłaty,
- zobowiązanie się do zapłaty prowizji od udzielonego kredytu.

Elementami, które powinna określać umowa kredytu, są m.in.:

- cel, na który kredyt został udzielony,
- zasady i termin spłaty kredytu,
- terminy i sposób postawienia do dyspozycji kredytobiorcy środków pieniężnych.

Powyższe uregulowania przekonują, że przedmiotem kredytu są środki pieniężne, które bank stawia do dyspozycji kredytobiorcy²². Środki te występują w postaci bezgotówkowego pieniądza bankowego²³. Postawienie do dyspozycji klienta środków pieniężnych następuje bez ich rzeczywistego oddania, natomiast z możliwością dokonywania ze stosownego rachunku klienta rozliczeń czy wypłat na rzecz osób trzecich²⁴. Mogą one wówczas następować do wysokości umówionego salda ujemnego. Zwrot kredytu następuje przez wyrównanie ujemnego salda w terminie określonym w umowie. W takim stanie rzeczy bank nie przenosi na kredytobiorcę własności środków pieniężnych będących przedmiotem kredytu, a jedynie oddaje je do jego dyspozycji²⁵. Nie ma więc

22 Według W. Pzy oła sformułowanie to należy rozumieć w ten sposób, że kredytobiorca może żądać od banku wypłacenia mu sumy kredytu w całości lub w części w gotówce, jak również zlecać mu przeprowadzanie rozliczeń pieniężnych (bezugotówkowych lub gotówkowych) w granicach sumy kredytu. Wykorzystanie kredytu przez kredytobiorcę może następować w różny sposób, w zależności od uzgodnionej przez strony tzw. techniki kredytowania. Umowa może przewidywać otwarcie przez bank odrębnego rachunku kredytu i przelanie na ten rachunek sumy kredytu (jednorazowo lub w kilku tzw. transzach). Umowa może także przewidywać, że suma kredytu zostanie przelana na rachunek bankowy kredytobiorcy, co jest równoznaczne z wykorzystaniem kredytu. Strony mogą też umówić się, że kredytobiorca będzie uprawniony do kierowania do banku dyspozycjami płatniczymi, których realizacja skutkować będzie powstaniem tzw. salda debetowego na rachunku bankowym kredytobiorcy; W. Pzy oł, (w:) Prawo bankowe. Komentarz, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1999, s. 116.

23 *Ibidem*, s. 121.

24 W. Czachórski, *op. cit.*, s. 340.

25 Na gruncie prawa polskiego umowa o kredyt bankowy stanowi odrębny typ umowy nazwanej, nie jest zaś ona odmianą pożyczki w rozumieniu art. 720 k.c.; por. W. Pzy oł, (w:) Prawo..., s. 116.

zastosowania przepis art. 155 § 2 k.c. Środki pieniężne powinny być wykorzystane zgodnie z celem, na które kredyt został udzielony, a bank jest uprawniony do kontrolowania wykorzystania kredytu.

Zapis w art. 69 ust. 2 pkt 8 Prawa bankowego oznacza, że środki pieniężne mogą być postawione do dyspozycji kredytobiorcy w kilku transzach, których terminy powinny być określone w umowie. W takim wypadku umowa może określać, że warunkiem uruchomienia poszczególnych transz kredytowych jest przedstawienie bankowi przez kredytobiorcę stosownego wniosku (żądania) wraz z dokumentami uzasadniającymi wydanie przez bank dyspozycji uruchomienia transzy kredytowej.

Kredytobiorca nie może dowolnie dysponować przyznaną kwotą kredytu²⁶. W przeciwnym razie dyspozycje kredytowe mogą okazać się niekorzystne dla banku, a w krańcowych sytuacjach spowodować powstanie szkody w jego mieniu. Oczywiście jest, że wykorzystanie kredytu lub poszczególnych jego transz na inny cel niż przewidziany w umowie, nie świadczy jeszcze o tym, że powyższe decyzje majątkowe muszą być niekorzystne dla banku. Oceny w tym zakresie zależą od okoliczności danej sprawy. Zgodzić się jednak należy, że w realiach konkretnej sprawy wykorzystanie kredytu lub poszczególnych jego transz na cel niezgodny z umową może okazać się niekorzystne dla banku i w konsekwencji spowodować szkodę w jego mieniu. Zawężając dalsze uwagi tylko do takich sytuacji można powiedzieć, że jeżeli do wydania przez bank niekorzystnych dla niego dyspozycji kredytowych doszło w wyniku wprowadzenia w błąd lub wykorzystania błędu przez kredytobiorcę, który działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (co w takich sytuacjach jest regułą), będziemy mieć do czynienia z wypełnieniem znamion występku oszustwa z art. 286 § 1 k.k. Kredytobiorca może mieć bowiem interes w tym, aby przyznane mu środki pieniężne przeznaczyć na inny cel, korzystny dla niego. Celu tego nie może ujawnić bankowi, albowiem wtedy bank odmówiłby uruchomienia tych środków. Stąd podstępne zabiegi, zmierzające do ukrycia rzeczywistego celu wykorzystania kredytu (poszczególnych transz) i wprowadzenia banku w błąd.

Uwzględniając powyższe rozważania trudno dostrzec przeszkody, które przemawiałyby przeciwko potraktowaniu takiego zachowania jako występku z art. 286 § 1 k.k.²⁷ (przy dodatkowym założeniu, że nastąpiło niekorzystne rozporządzenie mieniem własnym banku). W rozważaniach tych wskazano, że

26 Por. wyrok SA w Katowicach z 13 marca 1997 r., II AKa 274/96, OSP 1998, nr 2, poz. 41.

27 Zważywszy należy, że istotną zasadą działalności kredytowej banku jest odpłatność kredytu, polegająca na uprawnieniu do pobierania przez bank od wykorzystanego kredytu stosownego oprocentowania – por. wyrok SA w Poznaniu z 2 listopada 1995 r., I ACr 379/95, Prawo Gospodarcze 1996, nr 12, poz. 50.

choć w większości przypadków czyn kredytobiorcy będzie stanowił tylko delikt cywilny, to jednak możliwe są też takie przypadki, w których nie będzie można mówić wyłącznie o odpowiedzialności cywilnej, lecz także o wyczerpaniu znamion przestępstwa z art. 286 § 1 k.k. Płyne stąd wniosek, że kredytobiorca może ponosić odpowiedzialność karną za rozporządzenie postawionymi do jego dyspozycji środkami pieniężnymi na inne cele, niż określone w umowie kredytu z bankiem²⁸.

Należy jeszcze rozważyć sytuację, gdy kredytobiorca nie spłaca w ogóle kredytu bądź spłaca go nieterminowo, który został jednak udzielony zgodnie z obowiązującą w banku procedurą. W moim przekonaniu, w takich sytuacjach brak jest podstaw do pociągnięcia kredytobiorcy do odpowiedzialności karnej z art. 286 § 1 k.k. Skoro bowiem kredytobiorca zawierając umowę nie wprowadził banku w błąd ani nie wykorzystał błędu banku, a środki pieniężne z kredytu zostały wykorzystane na cel określony w umowie, to brak spłaty kredytu lub spłacanie go nieterminowo należy rozpatrywać wyłącznie w kategoriach długu w pojęciu prawa cywilnego. Jeżeli kredytobiorca postępował *lege artis* przy zawieraniu umowy i na etapie wykorzystania kredytu, to mimo braku jego spłaty nie można mu stawiać zarzutu oszustwa z art. 286 § 1 k.k. Tak samo nieterminowość kredytobiorcy w zaspokojeniu roszczeń wierzyciela nie dowodzi jeszcze zamiaru oszukania banku i wówczas nie można, przy braku podstępnych zabiegów z jego strony, traktować tego jako zamiaru dokonania oszustwa.

Otwarta natomiast może być kwestia przywłaszczenia środków pieniężnych z kredytu przez kredytobiorcę. Przypomnę, że bank udzielając kredytu nie przenosi na kredytobiorcę własności środków pieniężnych, stąd możliwość ich przywłaszczenia może być brana pod uwagę. W rozumieniu art. 284 § 1 k.k. przywłaszczeniem jest bezprawne rozporządzenie znajdującym się w posiadaniu sprawcy cudzym mieniem ruchomym przez włączenie go do swego lub innej osoby majątku i powiększenie w ten sposób swojego stanu posiadania lub stanu posiadania tej innej osoby. Dla wyczerpania znamion tego czynu nie wystarczy jednak samo rozporządzenie cudzym mieniem jak własnym, lecz musi temu

²⁸ Odmienny pogląd wyraził SA w Warszawie w wyroku z 5 października 1997 r., II AKa 241/97, OSA 1998, nr 6, poz. 30, którego zdaniem kredytobiorca nie ponosi odpowiedzialności karnej za rozporządzenie pożyczonymi pieniędzmi na cele inne, niż określone w umowie z bankiem, ani za niewywiązanie się z obowiązku zwrotu przedmiotu kredytu. Według tego sądu „o braku podstaw do pociągnięcia kredytobiorcy do odpowiedzialności karnej (...) przesądzą przepisy prawa cywilnego regulujące istotę i skutki zawarcia umowy pożyczki, odnoszące się odpowiednio do umów o kredyt bankowy. Istotne elementy umowy kredytu bankowego zbieżne są z umową pożyczki w tym, że ich przedmiot, tj. określona ilość pieniędzy, przechodzi na własność pożyczkobiorcy czy też kredytobiorcy (art. 720 § 1 w zw. z art. 155 § 1 k.c.). Stając się właścicielem pieniędzy, kredytobiorca może nimi rozporządzać”.

towarzyszyć tzw. *animus rem sibi habendi*, tj. zamiar zatrzymania – bez żadnego ku temu tytułowi – cudzego mienia ruchomego dla siebie lub innej osoby²⁹. Można więc powiedzieć, że bezprawne rozporządzenie cudzym mieniem wówczas stanowi karalne przywłaszczenie z art. 284 § 1 k.k., gdy wskazuje na zamiar pozbawienia osoby uprawnionej własności tego mienia. Dodać należy, że zamiar ten może się urzeczywistnić w bezprawnym zatrzymaniu cudzego mienia na własność, np.: przez odmowę zwrotu, ukrycie, nielegalny transfer w kraju i za granicę itp. Podstawowym jednak warunkiem uznania czynu za przestępstwo z art. 284 § 1 k.k. musi być ustalenie, że kredytobiorca działał w złym zamiarze zatrzymania mienia (środków pieniężnych) dla siebie i postąpienia z nimi jak właściciel. Truizmem będzie stwierdzenie, że sprawcy należy wykazać zamiar bezpośredni, co w większości spraw będzie raczej niemożliwe do ustalenia. Natomiast o zamiarze przywłaszczenia środków pieniężnych pochodzących z kredytu może świadczyć zachowanie się sprawcy. Zamiar ten można wykazać eksponując stronę przedmiotową jego zachowania. Tytułem przykładu można podać, że w realiach konkretnej sprawy niedotrzymanie przez kredytobiorcę terminów spłaty kolejnych rat kredytu i odsetek od wykorzystanego kredytu, i odłożenie tego na bliżej nieokreślony czas, a także uzależnienie spłaty od ewentualnego powodzenia inwestycji o wysoce niepewnym charakterze, w sytuacji wcześniejszych gospodarczych niepowodzeń, przy istnieniu – dodatkowo – wysokich należności na rzecz innych wierzycieli i ich niespłaceniu, może świadczyć o zamiarze przywłaszczenia³⁰. Elementem sprzeciwiającym się przyjęciu zamiaru przywłaszczenia nie może być – przy tym – sam fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez sprawcę³¹. W takich jednak sytuacjach, gdy – dodatkowo – prowadzona działalność gospodarcza jest rozległa, a sprawca wywiązuje się przynajmniej w dużej mierze ze swoich zobowiązań, wskazuje, że niespłacenie rat kredytu nie jest jedynie długiem w pojęciu prawa cywilnego, może nastroczać szczególnych trudności³².

Do przywłaszczenia rzeczy lub praw majątkowych może też dojść w związku z zabezpieczeniem kredytu w postaci przewłaszczenia rzeczy lub papierów wartościowych na rzecz banku³³. Przewłaszczenie ruchomości (praw) ma na

29 Zob. wyrok SN z 6 stycznia 1978 r., V KR 197/77, OSNPG 1978, nr 6, poz. 64.

30 Por. postanowienie SA w Katowicach z 22 lutego 1995 r., II AKz 30/95, OSA 1995, nr 10, poz. 44.

31 Por. wyrok SA w Katowicach z 22 lutego 1997 r., II AKa 254/96, OSA 1998, nr 6, poz. 29.

32 Por. postanowienie SA w Katowicach z 13 grudnia 1995 r., II AKz 328/95, OSA 1998, nr 2, poz. 15.

33 Przewłaszczenie na zabezpieczenie jest umową zawieraną między właścicielem a wierzycielem–bankiem, na podstawie art. 353¹ k.c. i art. 101 Prawa bankowego – por. wyrok SN z 10 stycznia 1997 r., III KKN 56/96, Prokuratura i Prawo 1997, nr 6, poz. 6. Art. 101 ust. 1 Prawa

celu utworzenie – na rzecz banku (wierzyciela) – zabezpieczenia dla jego wierzycielności kredytowej. Przewłaszczenie na zabezpieczenie obejmuje przeniesienie własności rzeczy³⁴ oraz zobowiązanie nabywcy (wierzyciela), że po całkowitym spłaceniu kredytu przeniesie własność rzeczy z powrotem na dłużnika³⁵. Umowa przewłaszczenia może być zawarta pod warunkiem rozwiązującym. Bez względu jednak na konstrukcję sposobu przeniesienia z powrotem na dłużnika prawa własności rzeczy w razie spłaty kredytu, nie może ulegać wątpliwości, że do tego czasu właścicielem tych rzeczy jest wierzyciel (bank), któremu przysługują wszelkie uprawnienia przewidziane w art. 140 k.c.³⁶. Także w razie niewykonania przez dłużnika zobowiązania w umówionym terminie wierzyciel staje się, bez żadnych ograniczeń, właścicielem rzeczy będącej przedmiotem przewłaszczenia³⁷. Realizacja zamierzonego przez strony celu następuje w ten sposób, że w razie niespłacenia kredytu bank może, jako właściciel rzeczy (praw), dokonać ich zbycia, bez potrzeby zachowywania jakichkolwiek formalności czy procedur, dyktowanych interesem kredytobiorcy. Na rzecz banku zostaje więc przeniesione tylko prawo własności przewłaszczonej rzeczy lub papierów wartościowych, podczas gdy ich posiadanie nadal służy przewłaszczającemu³⁸. Jeżeli w takiej sytuacji przewłaszczający zachowa się „jak właściciel”, a więc tak jakby przysługiwało mu odpowiednie prawo i np. sprzeda przedmiot przewłaszczenia, uznać należy, że dopuścił się przestępstwa z art. 284 § 1 k.k.³⁹. Przystępstwo to polega bowiem na rozporządzeniu

bankowego należy jednak odczytać jako przepis o charakterze informacyjnym – tak: G. Tracz, F. Zoll, Przewłaszczenie na zabezpieczenie rzeczy ruchomych po wejściu w życie ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów oraz nowego prawa bankowego, Przegląd Prawa Handlowego 1998, nr 1, s. 11, teza 2. Przy założeniu poprawności takiej interpretacji, z art. 101 ust. 1 nie wynikałaby żadna treść normatywna i przepis ten nie rozstrzygałby w żadnym stopniu o zakresie skuteczności przewłaszczenia na zabezpieczenie, jak również nie miałby wpływu na określenie sposobu zaspokojenia z rzeczy przewłaszczonej przez bank – zob. też: J. Gołaczyński, Przewłaszczenie na zabezpieczenie w nowym prawie bankowym, Przegląd Sądowy 1998, nr 5, s. 59, teza 4.

34 A. Zieliński przyjmuje wręcz, że umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie wierzycielności jest zarówno z przyczyn funkcjonalnych, jak i ze względu na podobieństwo skutków prawnych najbardziej zbliżona do umów o przeniesienie własności rzeczy, uregulowanych w art. 155 i n. k.c. – A. Zieliński, Charakter prawny przewłaszczenia na zabezpieczenie wierzycielności oraz jego skutki prawne, Przegląd Sądowy 1995, nr 3, s. 58.

35 Por. J. Paźdzan, Przewłaszczenie na zabezpieczenie, Rejent 1994, nr 1, s. 17, teza 4.

36 Zob. wyrok SA w Poznaniu z 29 sierpnia 1995 r., I ACr 140/95, Prawo Gospodarcze 1996, nr 6, poz. 44.

37 Zob. wyrok SA w Lublinie z 19 września 1996 r., I ACr 231/96, Apelacja Lubelska 1997, nr 1, poz. 4.

38 Por. G. Sikorski, Przewłaszczenie na zabezpieczenie w polskim systemie prawnym, Przegląd Prawa Handlowego 1996, nr 10, s. 29, teza 2.

39 SA w Poznaniu w wyroku z 22 czerwca 1995 r. uznał, że sprzedaż przez oskarżonego

cudzą rzeczą lub prawem majątkowym jak swoją własnością, a więc z wykluczeniem innej osoby⁴⁰.

Zgoła odmienna sytuacja zachodzi w przypadku udzielenia przez bank pożyczki pieniężnej. W myśl art. 720 k.c. przez umowę pożyczki bank (każdy pożyczkodawca) zobowiązuje się przenieść na pożyczkobiorcę własność określonej ilości pieniędzy. Konsekwencją tego jest utrata przez bank prawa ingerowania w sposób wykorzystania pieniędzy przez pożyczkobiorcę⁴¹.

Rozważając możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej dłużnika banku za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy pożyczki i w tym wypadku należy założyć, że do zawarcia umowy doszło w sposób prawidłowy. Przy takim założeniu pożyczkobiorca nie ponosi odpowiedzialności karnej za rozporządzenie pożyczonymi pieniędzmi na inne cele niż określone w umowie⁴². O braku podstaw do pociągnięcia kredytobiorcy do odpowiedzialności karnej w powyższych okolicznościach przesądzają przepisy prawa cywilnego regulujące umowę pożyczki. Pożyczkobiorca stając się właścicielem pieniędzy może nimi rozporządzać na dowolny cel.

Jeżeli natomiast dłużnik nie spłaca pożyczki albo czyni to nieterminowo, to możliwość zastosowania w stosunku do wierzyciela (banku) karno-prawnej ochrony na podstawie art. 284 § 1 k.k. (bo tylko taki przepis wchodzi w rachubę) uzależniona jest od ustalenia powodów powyższego stanu rzeczy.

Do wcześniej zawartych uwag należy odnieść się też w sytuacji zbycia przedmiotu przewłaszczenia, jeżeli celem zabezpieczenia spłaty pożyczki bankowej, pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem została zawarta umowa przewłaszczenia na zabezpieczenie. Zamiar przywłaszczenia może urzeczywistnić się bądź sprzedażem przedmiotu przewłaszczenia, bądź bezprawnym jego zatrzymaniem na własność, np. przez odmowę wydania (zwrotu), zaprzeczenie otrzymania w posiadanie, ukrycie itp.⁴³.

samochodów, które stanowiły przedmiot przewłaszczenia dokonanego przez niego na rzecz banku jako formy zabezpieczenia spłaty kredytu bankowego, stanowiła przestępstwo przywłaszczenia – II AKr 178/95, Prawo Gospodarcze 1996, nr 1, poz. 48.

40 Por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, Przesłpstwa przeciwko mieniu, (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny, z. 21, s. 152 i powołana tam literatura.

41 A. P o m o r s k a, Komentarz do prawa bankowego, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1994, s. 57.

42 Por. wyrok SA w Warszawie z 5 października 1997 r., II AKa 241/97, OSA 1998, nr 6, poz. 30.

43 Por. wyrok SN z 4 sierpnia 1978 r., Rw 285/78, OSNKW 1978, nr 10, poz. 118; wyrok SN z 28 czerwca 1979 r., Rw 208/79, OSNKW 1979, nr 10, poz. 103; wyrok SA w Poznaniu z 21 maja 1992 r., II AKr 129/92, OSA 1993, nr 5, poz. 23.

Stanowisko to należy odnieść w całości do umowy pożyczki zawieranej między innymi niż bank podmiotami.

Treść art. 297 § 1 k.k. skłania do zastanowienia się nad tym, czy przedmiotem ochrony w tym przepisie jest każdy kredyt, czy tylko kredyt bankowy. Rozważania w tym względzie mają nie tylko walor teoretyczny, lecz również praktyczny. Wskazują bowiem kategorie wierzycieli uprawnionych do karnoprawnej ochrony na gruncie art. 297 § 1 k.k.

Problem ten sprowadza się do tego, czy przez „kredyt” należy rozumieć tylko kredyt bankowy, czy też każdy inny kredyt? W doktrynie prawa karnego pojawiły się stanowiska, że nazwę „kredyt” jako znamię art. 297 § 1 k.k. odnieść należy do wszystkich umów kredytowych, udzielanych przez różne – nie tylko banki – instytucje w pieniądzech i towarach⁴⁴. Zgodnie z tym stanowiskiem kredyt obejmuje stosunek ekonomiczny polegający na odstąpieniu przez jedną ze stron (wierzyciela) drugiej stronie (dłużnikowi) określonej wartości w pieniądzu lub towarach, na warunkach zwrotu równowartości wraz z odsetkami w ustalonym terminie. Przyjęcie takiego znaczenia dla nazwy kredyt – zdaniem autorów poglądu – znajduje również uzasadnienie w płaszczyźnie wykładni celowościowej. Kredyt towarowy stosowany jest bowiem w dojrzałej gospodarce rynkowej na szeroką skalę. Jest on tam zagrożony ze strony nieuczciwych kredytobiorców w wyższym stopniu aniżeli kredyty bankowe⁴⁵.

Podobne stanowisko zostało wyrażone w nauce prawa karnego pod rządem u.o.o.g.⁴⁶. Jednak większość komentatorów tej ustawy kredyt z art. 3 u.o.o.g. utożsamiało z kredytem bankowym⁴⁷. W komentarzach do kodeksu karnego z 1997 r. zagadnienie to nie zostało jednoznacznie rozstrzygnięte⁴⁸.

44 O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 27; a także P. Kardas, (w:) G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Wyd. „Zakamycze”, Kraków 1999, s. 310.

45 O. Górniok, *Prawo...*, s. 27.

46 Por. A. Ratajczak, *Ochrona obrotu gospodarczego. Praktyczny komentarz*, Warszawa 1994, s. 38.

47 Zob. P. Kardas, (w:) *Komentarz do ustawy o ochronie obrotu gospodarczego*, Warszawa 1995, s. 61; H. Pracki, *Obrót gospodarczy pod ochroną. Zagadnienia prawnokarne*, Warszawa 1994, s. 38 i n.; J. Wojciechowski, *Ustawa o ochronie obrotu gospodarczego z komentarzem*, Warszawa 1995, s. 22.

48 Zob. J. Wojciechowski, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1997, s. 517; H. Pracki, *Przestępstwa gospodarcze w nowym kodeksie karnym*, (w:) *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, Wydawnictwo Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1998, s. 143 i n. W taki też sposób „kredyt bankowy” rozumiany jest w nauce prawa cywilnego – zob. W. Czachórski, *op. cit.*, s. 340. Należy tutaj dodać, iż według W. Pyzioła umowa kredytu z art. 69 Prawa

Uważam, że przedmiotem czynności wykonawczych w przepisie art. 297 § 1 k.k. jest kredyt udzielany przez bank. Z uwagi na to, że kredytodawcą może być tylko bank, zbędne stało się dookreślenie pojęcia kredyt słowem „bankowy”, tak jak ustawodawca uczynił w przypadku pożyczki. W tym jednak wypadku było to uzasadnione koniecznością zawężenia kryminalizacji tylko do pożyczek udzielanych przez bank. Z wymienionych wyżej powodów było to zbędne w przypadku kredytu. Stąd też ochrony karno-prawnej na gruncie art. 297 § 1 k.k., w przypadku popełnienia (usiłowania popełnienia) „oszustwa kredytowego”, mogą domagać się wyłącznie banki⁴⁹.

Ochrona karno-prawna zapewniona jest też innym podmiotom działającym w obrocie gospodarczym, w przypadku wyłudzenia kredytów towarowych (kupieckich) i działania tym na szkodę ich interesów. Jestem zdania, że należała ochronę w tym względzie zapewnia art. 286 § 1 k.k. Uzasadnianie tego stanowiska wydaje się zbędne wobec wcześniejszych obszernych rozważań dotyczących art. 286 § 1 k.k.

Przedstawione rozważania przekonują, że bank występujący w roli kredytodawcy lub pożyczkodawcy, poza cywilnymi środkami ochrony jego praw majątkowych, może także skorzystać ze środków ochrony karnej. Ochrona karno-prawna w tym względzie nie powinna i nie może być przez banki bagatelizowana. Uzupełnia ona bowiem w istotny sposób ochronę cywilno-prawną. W niektórych zaś sytuacjach ochrona karno-prawna wydaje się nawet bardziej atrakcyjna, jak chociażby na etapie zawierania umowy o kredyt lub pożyczkę bankową.

bankowego i umowa pożyczki pieniężnej z art. 78 Prawa bankowego w zw. z art. 720 k.c. są umowami kredytowymi *sensu stricto*, gdyż udzielenie kredytu stanowi przedmiotowo istotny element tych umów. Natomiast niektóre z umów kredytowych *sensu largo* unormowane są poza przepisami rozdziału 5 Prawa bankowego, bądź też w innych aktach ustawowych – W. Pyziół, (w:) Prawo..., s. 115–116.

49 Szczegółowe uwagi zob. w: J. Skorpka, Wybrane aspekty przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, Przegląd Sądowy 1999, nr 2, s. 71–74.

Patrycja Kozłowska

Prawnokarne aspekty naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa

Nie wszystkie wiadomości mogą być powszechnie dostępne – bądź z uwagi na przedmiot, którego dotyczą, bądź ze względu na wyłączną wolę podmiotu, który nimi dysponuje. Nie ulega też wątpliwości, że współcześnie informacja stała się cennym dobrem samoistnym (skoro dysponowanie nią przekładać się może na wymierne korzyści materialne) i tak wartościowym, że wymagającym bezspornie ochrony prawnej, co potwierdza chociażby tytuł Rozdziału XXXIII kodeksu karnego z 1997 r. (tj. „Przestępstwa przeciwko ochronie informacji”). Jednakże prawny system ochrony informacji winien być skonstruowany przy jednoczesnym uwzględnieniu i poszanowaniu prawa do nich, gwarantowanemu przez odpowiednie normy konstytucyjne¹. Istotą tajemnicy jest natomiast to, że informacje nią objęte nie są przeznaczone do udostępnienia osobom postronnym, nieuprawnionym i z jakichś względów mogą lub muszą – pozostać znane jedynie ściśle oznaczonym jednostkom czy grupom. Ustawowe regulacje tajemnicy muszą być zatem rozpatrywane w kontekście norm i wartości konstytucyjnych, w szczególności zasady wolności słowa, druku, prawa obywateli do informacji (art. 54 Konstytucji RP – „każdemu zapewnia się wolność pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”). Ograniczenia owych zasad mogą być w demokratycznym państwie prawa unormowane tylko wtedy, gdy są konieczne i zasadne dla ochrony innych ważnych dóbr prawnych, jak np. bezpieczeństwo państwa, prawa i wolności innych obywateli czy prawidłowość funkcjonowania określonej sfery życia (np. gospodarczej). Nie podejmując się szczegółowej interpretacji samego pojęcia tajemnicy² zauważyć jedynie należy, że niektóre jej rodzaje są chronione prawnokarnie, choć w każdym przypadku różne jest *ratio legis* tej ochrony i jej zakres czy intensywność. Inny bowiem jest sens prawnej ochrony szeroko pojętej tajemnicy prywatnej (w tym tajemnicy korespondencji)³, a inny – wiadomości stanowiących tajemnicę państwową,

- 1 Por. W. Wróbel, (w:) Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna, pod red. A. Zoll'a, Kraków 1990, s. 968–970; B. Fischer, Ochrona informacji niejawnych, Prawo i Życie 1999, nr 4, s. 12.
- 2 Por. B. Kunicka-Michalska, Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym, Warszawa 1972, s. 5–7.
- 3 Szerzej na ten temat J. Żarnecka, Ochrona tajemnicy prywatnej, Nowe Prawo 1976, nr 9, s. 1254 i n.; por. też art. 23 k.c., który zalicza tajemnicę korespondencji do dóbr osobistych, z konsekwencjami jej naruszenia wynikającymi z art. 24 k.c.

służbową, zawodową – czy będącą przedmiotem niniejszych uwag – tajemnicę przedsiębiorstwa.

Nie wdając się w dogłębną analizę różnych rodzajów tajemnic (i dostępu do informacji nimi objętych), chronionych przez obowiązujące przepisy prawne⁴, wskazać należy te rodzaje, które mogą być istotne z punktu widzenia prawno-karnej ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa z uwagi na konieczność rozstrzygnięcia problematyki zbiegu przepisów ustawy w niektórych przypadkach ich naruszenia. I tak, wśród szeregu terminów związanych z zagadnieniem tajemnicy, najczęściej funkcjonującymi są pojęcia tajemnicy: zawodowej, państwowej i służbowej, przy czym najbardziej chyba złożone jest pojęcie tajemnicy zawodowej. Kodeks karny z 1969 r. nie znał odrębnego typu przestępstwa ujawnienia

4 Przepisy regulują tajemnicę: sędziowską (art. 67 § 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 1994 r., Nr 7, poz. 25 z późn. zm.; art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 20 września 1984 r. o Sądzie Najwyższym, Dz. U. z 1994 r., Nr 13, poz. 48 z późn. zm.); prokuratorską (art. 48 ust. 1 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze, Dz. U. z 1994 r., Nr 19, poz. 70 z późn. zm.); adwokacką (art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, Dz. U. Nr 16, poz. 124 z późn. zm.); radcowską (art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych, Dz. U. Nr 19, poz. 145 z późn. zm.); notarialną (art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, Dz. U. Nr 22, poz. 91); komorniczą (art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji, Dz. U. Nr 133, poz. 882); dziennikarską (art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – Prawo prasowe, Dz. U. Nr 5, poz. 24 z późn. zm.); lekarską (art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodzie lekarza, Dz. U. z 1997 r., Nr 28, poz. 152 z późn. zm.); pielęgniarską i położniczą (art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 1996 r. o zawodach pielęgniarki i położnej, Dz. U. Nr 91, poz. 410 z późn. zm.); psychiatryczną (art. 50 ust. 1 ustawy z dnia 19 sierpnia 1964 r. o ochronie zdrowia psychicznego, Dz. U. Nr 11, poz. 535 z późn. zm.); przeszczepów (art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 26 października 1995 r. o pobieraniu i przeszczepianiu komórek, tkanek i narządów, Dz. U. Nr 138, poz. 682); medyczną (art. 11 ust. 3 ustawy z dnia 27 czerwca 1997 r. o służbie medycyny pracy, Dz. U. Nr 96, poz. 593); bankową (art. 140 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, Dz. U. Nr 140, poz. 93); statystyczną (art. 10 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej, Dz. U. Nr 88, poz. 439); skarbową (art. 293 § 1 i 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa, Dz. U. Nr 137, poz. 926); kontroli państwowej (art. 73 ust. 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli, Dz. U. z 1995 r., Nr 13, poz. 59); kontroli skarbowej (art. 34 ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej, Dz. U. z 1999 r., Nr 54, poz. 572); ubezpieczeniową (art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 1990 r. o działalności ubezpieczeniowej, Dz. U. z 1996 r., Nr 11, poz. 62); wynalazczą (art. 33 ustawy z dnia 19 października 1972 r. o wynalazczości, Dz. U. z 1993 r., Nr 26, poz. 117 z późn. zm.); pomocy społecznej (art. 36 ustawy z dnia 29 listopada 1990 r. o pomocy społecznej, Dz. U. Nr 87, poz. 506); pracowniczą (art. 100 § 2 pkt 4 k.p.); autorską (art. 84 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. Nr 24, poz. 83); geologiczną (art. 45 ust. 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze, Dz. U. Nr 27, poz. 96); maklerską (art. 4 pkt 18 i 19 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi, Dz. U. Nr 118, poz. 754); dawcy krwi (art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o publicznej służbie krwi, Dz. U. Nr 106, poz. 681). Por. R.M. T a r a d e j m a, *Tajemnica państwa i inne tajemnice chroniące interesy obywateli. Zbiór przepisów z komentarzem*, Warszawa 1998.

tajemnicy zawodowej, w przeciwieństwie do większości obcych ustawodawstw karnych i k.k. z 1932 r.⁵. Sytuacja ta uległa zmianie na gruncie k.k. z 1997 r., który w art. 266 § 1 przewiduje m.in. penalizację ujawnienia tajemnicy zawodowej, tzn. poznanej w związku z pełnioną funkcją, wykonywaną pracą, działalnością publiczną, społeczną, gospodarczą i naukową. Tajemnica zawodowa istnieje, gdy wiadomość nią objęta została uzyskana przez osobę reprezentującą określony zawód, z tytułu wykonywania którego było możliwe wejście w posiadanie cudzej tajemnicy czy sekretu⁶. Dla ustalenia, czy dana wiadomość jest tajemnicą zawodową czy innym rodzajem tajemnicy, wydaje się niezbędne zdefiniowanie pojęcia zawodu. Według B. Kunickiej-Michalskiej zawodem jest oparte na wiadomościach i umiejętnościach systematyczne wykonywanie układu czynności, wyodrębnionej wskutek społecznego podziału pracy, stanowiące stałe źródło zarobkowania⁷. Ustalenie obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej może wynikać wprost z przepisów regulujących tryb wykonywania określonych zawodów, bądź z przyjęcia na siebie zobowiązania do nieujawniania faktów poznanych w związku z wykonywaną pracą zawodową. Tajemnica zawodowa ma dwojaki charakter, tzn. może obejmować wiadomości, które dotyczą życia prywatnego określonych osób, uzyskane w ramach dokonywania czynności zawodowych czy też pełnionych funkcji oraz informacje dotyczące samego zawodu i sposobu jego wykonywania. Art. 266 § 1 k.k. z 1997 r. przewiduje sankcję karną za naruszenie obowiązku zachowania tajemnicy, a nałożonego na osoby wykonujące określony zawód. Wymienione w powołanym przepisie enumeratywnie rodzaje działalności, w związku z którymi depozytariusz informacji może się z określonymi wiadomościami zapoznawać, obejmują sytuacje wynikające z całego szeregu przepisów regulujących wykonywanie określonych zawodów czy pełnionych funkcji. Art. 266 k.k. stanowi zatem normę sankcjonującą w stosunku do tych wszystkich naruszeń tajemnicy zawodowej, w których przepisy nakładające obowiązek jej dochowania stanowią normę niezabezpieczoną⁸ albo mogącą mieć zastosowanie tam, gdzie

5 Por. art. 254 k.k. z 1932 r., który przewidywał karę więzienia lub aresztu do lat 2 za wyjawienie wbrew obowiązkowi tajemnicy prywatnej, z którą sprawca zapoznał się w związku z wykonywaniem swojego zawodu lub funkcji publicznej.

6 W. Wróbel, *op. cit.*, s. 987 i n.; W. Wróbel, Niektóre problemy ochrony tajemnicy w projekcie kodeksu karnego, *Przegląd Prawa Karnego* 1996, nr 14–15, s. 29–30.

7 B. Kunicka-Michalska, *op. cit.*, s. 9 i n.; pojęcie to nie jest tożsame z pojęciem pracy – świadczonej w rozumieniu k.p., co nabiera znaczenia w odniesieniu do tzw. wolnych zawodów, np. adwokata, których wykonywanie nie wiąże się z żadnym stosunkiem pracy.

8 Tzn. taką, gdzie przepisy ustaw nie przewidują wprost sankcji karnych za naruszenie obowiązku tajemnicy lub przewidują jedynie odpowiedzialność dyscyplinarną (por. art. 49 ustawy – Prawo o adwokaturze z 26 maja 1982 r., Dz. U. Nr 16, poz. 124).

przepisy nie przewidują wprost ustawowego obowiązku zachowania tajemnicy, natomiast charakter wykonywanego zawodu pozwala na wejście w posiadanie informacji poufnych i z reguły dotyczących życia prywatnego (nauczyciele, pracownicy szkół wyższych)⁹.

Pojęcia tajemnic państwowej i służbowej definiują aktualnie przepisy ustawy z 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych¹⁰. I tak w myśl art. 2 ustawy tajemnicą państwową jest informacja niejawna określona w wykazie rodzajów informacji niejawnych, stanowiącym załącznik nr 1, której nieuprawnione ujawnienie może spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów RP, a w szczególności dla niepodległości lub nienaruszalności terytorium, interesów obronności, bezpieczeństwa państwa i obywateli albo narazić te interesy na co najmniej znaczną szkodę¹¹. Natomiast tajemnicą służbową jest informacja niejawna, nie będąca tajemnicą państwową, uzyskana w związku z czynnościami służbowymi albo wykonywaniem prac zleconych, której nieuprawnione ujawnienie mogłoby narazić na szkodę interes państwa, interes publiczny lub prawnie chroniony interes obywateli lub jednostki organizacyjnej. Tajemnica służbowa jest określona w ustawie bardzo ogólnie, bez enumeratywnych wyliczeń przedmiotów, których dotyczy¹² (jak tajemnica państwowa) i zostaje oderwana od pojęcia państwowej, społecznej, spółdzielczej jednostki organizacyjnej (jak to miało miejsce na gruncie poprzedniego stanu prawnego)¹³. Naruszenie ww. tajemnic penalizowane jest odpowiednio w art. 265 k.k. i 266 § 2 k.k. Zgodnie bowiem z treścią art. 265 k.k. odpowiedzialności karnej może podlegać ten, kto ujawnia informację stanowiącą tajemnicę państwową (§ 1), wykorzystuje – wbrew przepisom ustawy – informacje stanowiące taką tajemnicę (§ 1), ujawnia ją osobie działającej w imieniu i na rzecz podmiotu

9 W. Wróbel, *Niektóre...*, *op. cit.*, s. 20–24; O. Górniok, (w:) O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 3, Gdańsk 1999, s. 320; co do różnych rodzajów tajemnic zawodowych, por. M. Mozgawa, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji środkami prawa karnego*, Gdańsk 1997, s. 112.

10 Dz. U. z 1999 r., Nr 11, poz. 95; do wejścia w życie niniejszej ustawy definicje pojęć „tajemnica państwowa i służbowa” zawierała ustawa z 14 grudnia 1982 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej, Dz. U. Nr 40, poz. 271 z późn. zm.; por. S. Hoc, *Niektóre aspekty ochrony tajemnicy państwowej i służbowej*, *Wojskowy Przegląd Prawniczy* 1998, nr 3–4.

11 Zakres tajemnicy państwowej określa załącznik nr 1 do ustawy, która wyróżnia jednocześnie trzy grupy tajności: 1) 30 informacji – mające być zaopatrzone klauzulą ściśle tajne; 2) 40 – klauzulą tajne, ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa oraz porządek publiczny; 3) 26 – klauzulą tajne, ze względu na ważny interes państwa.

12 Niektóre z obowiązujących przepisów normują przedmiot tajemnicy służbowej, jak np. art. 68¹ ustawy z 20 czerwca 1985 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Dz. U. z 1994 r., Nr 7, poz. 25 ze zm.; por. E. Guzik, *Głosa do uchwały SN z dnia 16 stycznia 1997 r.*, sygn. I KZP 34/96, *Prokuratura i Prawo* 1998, nr 4, s. 82–83.

13 Por. B. Fischer, *op. cit.*, s. 12 i n.

zagranicznego (§ 2) oraz nieumyślnie ujawnia tajemnicę państwową, jeśli zapoznał się z nią w związku z pełnioną funkcją lub otrzymanym upoważnieniem (§ 3). Na podstawie art. 266 § 2 karalnym zachowaniem jest zaś ujawnienie tajemnicy służbowej przez funkcjonariusza publicznego, jeśli ujawnienie to może narazić na szkodę prawnie chroniony cudzy interes¹⁴.

Tajemnica przedsiębiorstwa w gospodarce wolnorynkowej, w której konkurencja jest podstawową siłą napędową podmiotów gospodarczych, urasta do rangi dobra co najmniej tak cennego i wartościowego, jak patenty, wzory użytkowe czy zdobnicze. Pewne bowiem informacje, ściśle związane z działalnością podmiotu gospodarczego – właśnie z tego powodu, że są nieznanne konkurentom i dla nich niedostępne – pozwalają na uzyskanie lepszej i silniejszej pozycji i wartości rynkowej¹⁵. Z tych właśnie względów – mając na uwadze ów wymagający ochrony interes przedsiębiorcy wyrażający się w tym, aby nikt bezprawnie czy wbrew jego woli nie korzystał z informacji stanowiących jego tajemnicę – konieczne jest istnienie środków prawnych, zarówno cywilnych, jak i karnych, pozwalających na zapobieganie i zwalczanie zachowań z punktu widzenia przedsiębiorcy szkodliwych, bo naruszających jego sekrety. Nie trzeba też udowadniać, iż ochrona ta jest konieczna z punktu widzenia prawidłowego funkcjonowania i rozwoju całej sfery gospodarczej. Informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa są bowiem chronione przede wszystkim z powodu ich przydatności i roli dla określonej działalności gospodarczej, którą przedsiębiorca prowadzi, o czym świadczy fakt, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie posługuje się terminem „tajemnica przedsiębiorcy”¹⁶ (co przenosiłoby punkt ciężkości na potrzebę ochrony głównie z uwagi na wolę podmiotu – dysponenta informacji), lecz używa pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”, co oznacza, że informacje owe są ściśle związane z jego charakterem i stanowią jego składnik niematerialny (w rozumieniu art. 55¹ k.c.)¹⁷ obok np. patentów,

14 R. Zakrzewski, Przepięstwa przeciwko ochronie informacji, *Monitor Prawniczy* 1998, nr 10, s. 379–381; por. szerzej W. Wróbel, *Kodeks karny. Komentarz*, *op. cit.*, s. 972 i n.; O. Górniok, *op. cit.*, s. 318 i n.

15 M. Bojarski, W. Radecki, *Przewodnik po pozakodeksowym prawie karnym*, Warszawa 1999, s. 406; O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, s. 98–99.

16 W myśl art. 2 ust. 2 ustawy o działalności gospodarczej z 23 grudnia 1988 r., Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm., przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna, jednostka organizacyjna nie posiadająca osobowości prawnej utworzona zgodnie z przepisami prawa, jeżeli jej przedmiot działania obejmuje prowadzenie działalności gospodarczej, tj. wytwórczej, budowlanej, handlowej i usługowej prowadzonej w celach zarobkowych i na własny rachunek tego podmiotu.

17 Por. S. Sołtysiński, (w:) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, pod red. J. Szwai, Warszawa 1994, s. 102; A. Bierć, *Prawo przedsiębiorstwa do tajemnicy*, *Prawo i Życie* 1998, nr 21, s. 12.

wzorów użytkowych czy oznaczeń indywidualizujących. Tak pojmowana informacja, będąca tajemnicą przedsiębiorstwa, jest przedmiotem ochrony głównie z powodu konieczności udzielenia ochrony prawidłowemu funkcjonowaniu dziedziny życia gospodarczego¹⁸, choć prawo do tajemnicy jest równocześnie prawem podmiotowym samego przedsiębiorcy, który tę tajemnicę w istocie ustanawia¹⁹. W Polsce tajemnica przedsiębiorstwa chroniona była ustawą z 2 sierpnia 1926 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 i 10). Ustawa ta w swojej części cywilistycznej obowiązywała do wejścia w życie nowej ustawy, tj. z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast przepisy karne nie obowiązywały już od daty wejścia w życie k.k. z 1969 r. – tj. od 1 stycznia 1970 r. (co zresztą potwierdził orzeczeniem z 1997 r. Trybunał Konstytucyjny²⁰). Art. 10 ustawy z 1926 r. regulował problematykę odpowiedzialności karnej w odniesieniu do takich stanów faktycznych, jak: wykorzystanie w celach konkurencyjnych cudzych tajemnic przedsiębiorstwa lub udzielania innym osobom tajemnic, o których sprawca dowiedział się w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami oraz penalizował zdradę tajemnicy przedsiębiorstwa przez pracownika lub w okresie 2 lat od rozwiązania stosunku pracy²¹. Podnieść jednak należy, iż na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy tajemnica przedsiębiorstwa miała węższy zasięg przedmiotowy, bowiem dotyczyć mogła wyłącznie informacji technicznych i handlowych²². Aktualnie problematyka tajemnicy przedsiębiorstwa regulowana jest przepisami ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o u.z.n.k., w której to w zwalczaniu czynów nieuczciwej konkurencji wyraźny priorytet przyznano środkom cywilnoprawnym. Art. 3 ust. 1 ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2, podając przykłady takich zachowań, wyodrębnia m.in. naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa polegające na przekazaniu, ujawnieniu lub wykorzystaniu cudzych informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa albo nabycie ich od osoby nieupoważnionej, jeśli zagraża istotnym interesom przedsiębiorcy. Za takie zachowanie – stanowiące delikt cywilnoprawny –

18 W. Wróbel, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 970.

19 A. Bierć, *op. cit.*, s. 12.

20 Uchwała TK z 23 stycznia 1991 r. w sprawie wykładni art. V ustawy z 19 kwietnia 1969 r. – Przepisy wprowadzające kodeks karny (Dz. U. Nr 11, poz. 45); por. też M. M o z g a w a, *Ochrona informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, (w:) *Przestępczość komputerowa*, Poznań 1994, s. 323.

21 Przepis powyższy przewidywał sankcje w postaci grzywny do 12 tys. zł, aresztu do 6 tygodni lub obu tych kar łącznie.

22 A. K r a u s, F. Z o l l, *Polska ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Poznań 1929, s. 194 i n.

ustawa przewiduje sankcje o tym charakterze²³. Na gruncie niniejszej ustawy mamy do czynienia z penalizacją, jako przestępstw, następujących zachowań dotyczących naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa, mianowicie: z naruszeniem tej tajemnicy – wbrew ciężącemu na sprawcy w stosunku do przedsiębiorcy – obowiązku (art. 23 ust. 1) oraz z ujawnieniem lub wykorzystaniem we własnej działalności gospodarczej tajemnicy przedsiębiorstwa uzyskanej bezprawnie (art. 23 ust. 2). Samo natomiast pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa zostało ustawowo zdefiniowane w art. 11 ust. 4 jako: nie ujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

A zatem należy zwrócić uwagę na to, że: został w ustawie ściśle określony zakres dyscyplin, których może dotyczyć dana informacja, aby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa i być objętą ochroną, tj. być informacją bądź techniczną, bądź technologiczną, handlową bądź organizacyjną. Przy czym słusznie krytykuje się w doktrynie zestawienie pojęć: informacja techniczna i technologiczna jako zbieżnych zakresowo (informacje technologiczne stanowią bowiem podtyp technicznych)²⁴. Do takich informacji zaliczyć można np. nieopatentowane wynalazki, niezarejestrowane wzory użytkowe czy tzw. know-how, obejmujące użyteczne w produkcji poufne wiadomości podmiotu, umożliwiające właściwe działanie techniczne. Informacje handlowe dotyczą natomiast strony komercyjnej przedsiębiorstwa i nie są – jak powyższe – związane z procesem produkcji. Należą tu będą: np. korespondencja handlowa, treść ofert handlowych, wykazy kontrahentów²⁵, czynniki istotne dla kształtowania cen, dane marketingowe, dotyczące wielkości sprzedaży czy rynków zbytu²⁶. Informacje organizacyjne

23 Przedsiębiorca może wystąpić przeciwko naruszcycielowi z następującymi roszczeniami: – o zaniechanie niedozwolonych działań; – o usunięcie skutków naruszenia; – o złożenie jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i odpowiedniej formie; – o naprawienie szkody na zasadach ogólnych; – o wydanie bezpodstawnie uzyskanych korzyści – również na zasadach ogólnych (art. 22 u.z.n.k.).

24 S. Sołtyś iński, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Warszawa 1994, s. 101; M. Mozgawa, *Zwalczanie nieuczciwej konkurencji środkami prawa karnego*, Gdańsk 1997, s. 35; M. Mozgawa, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 325; A. Bierć, *Prawo przedsiębiorcy do tajemnicy*, *Prawo i Życie* 1998, nr 20, s. 1273.; T. Kuczyński, *Nieuczciwa konkurencja jako kategoria prawa pracy*, *Przegląd Sądowy* 1994, nr 1, s. 22–24.

25 Jedną z najczęściej spotykanych w praktyce form naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest ubieganie się o klientów przedsiębiorcy po ustaniu stosunku zatrudnienia (korzystanie z jego list kontrahentów); T. Kuczyński, *op. cit.*, s. 23–24 i cyt. tam literatura.

26 Por. postanowienie Sądu Antymonopolowego z 15 maja 1996 r., sygn. VIII Amz 1/96, OSA 1996, nr 10, s. 55–59.

z kolei to takie, które dotyczą: struktury organizacyjnej przedsiębiorstwa, stosowanych stawek płacowych, przepływu dokumentów itp.²⁷

Ponadto – co wynika zresztą z samej istoty pojęcia tajemnicy – muszą to być informacje nie podane do publicznej wiadomości, tzn. znane tylko pewnym ściśle określonym osobom czy grupom, a nie takie, o których każdy kontrahent może się dowiedzieć zwykłą i legalną drogą, np. z fachowych publikacji²⁸.

I wreszcie, aby informacja mogła stanowić chronioną prawnie tajemnicę przedsiębiorstwa, przedsiębiorca musi podjąć w stosunku do niej niezbędne działania w celu jej utajnienia, tj. przedsięwziąć określone środki chroniące informacje przed ujawnieniem, zapobiegające dotarciu do nich przez osoby postronne, np. pracownik powinien zostać poinformowany o poufnym charakterze danej wiedzy, techniki czy urządzenia²⁹. Dowodem przedsięwzięcia niezbędnych działań zmierzających do zachowania stanu tajemnicy jest posługiwanie się (zwłaszcza wobec kontrahentów czy osób trzecich) przez dysponenta tajemnicy odpowiednimi instrumentami prawnymi i mechanizmami zabezpieczającymi przed niekontrolowanym przepływem danych, jak: zapewnienie odpowiedniego obiegu dokumentów podlegających utajnieniu, określenie w regulaminie pracy czy innych aktach wewnętrznych informacji objętych tajemnicą, wprowadzenie do umów klauzul poufności, czy oznaczanie materialnych nośników poufnych informacji odpowiednimi ostrzeżeniami³⁰. Problemem, który pojawić się może z tak określoną definicją tajemnicy przedsiębiorstwa, jest kwestia relacji do niej informacji wchodzących w skład generalnej wiedzy nabytej przez pracownika w wyniku wykonywanej działalności podczas zatrudnienia. Tajemnica przedsiębiorstwa jest bowiem chroniona *ex lege* przez cały okres zatrudnienia oraz trzy lata od jego ustania, chyba że umowa stanowi inaczej lub ustał stan tajemnicy (art. 11 ust. 2 u.z.n.k.). Natomiast wiedza, doświadczenie, umiejętności pracownika nabyte u pracodawcy nie korzystają z ochrony ustawy. Granica między wyżej wymienionymi nie jest zawsze łatwa do wytyczenia. Istnieje natomiast możliwość zawarcia przez strony umowy (czy

27 S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 98; M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, *op. cit.*, s. 35; A. Bierć, *op. cit.*, s. 1273; T. Kuczyński, *op. cit.*, s. 22–24.

28 Zgodnie z orzeczeniem SN z 1937 r. „tajemnica nie traci swojego charakteru przez to, że wie o niej pewien ograniczony krąg osób zobowiązanych do dyskrecji, czy też osoby, które przedsiębiorca wtajemniczył w proponowane im przedsięwzięcie zastrzegając w sposób wyraźny lub dorozumiały dochowanie tajemnicy na wypadek niezawarcia umowy” (OSP 1938, poz. 278); M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, *op. cit.*, s. 36.

29 T. Kuczyński, *op. cit.*, s. 23; A. Bierć, *op. cit.*, s. 13; M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, *op. cit.*, s. 37.

30 A. Bierć, *op. cit.*, s. 13; M. Bojarski, W. Radecki, *op. cit.*, s. 437; T. Kuczyński, *op. cit.*, s. 23; M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, *op. cit.*, s. 37.

odpowiedniej klauzuli w umowie), na mocy której nałożony zostanie na pracownika zakaz posługiwania się tą wiedzą w jakiś czas po ustaniu zatrudnienia. Wydaje się jednak, że były pracodawca powinien zapewnić w takim przypadku byłemu pracownikowi odpowiednie świadczenie wzajemne (np. odszkodowanie); wymaganie bowiem od pracownika, aby pozostawał przez długi okres bez zatrudnienia byłoby zbyt daleko ograniczające i wolną konkurencję i mobilność pracowników na rynku pracy³¹.

Art. 23 ust. 1 penalizuje:

- ujawnienie – tzn. takie zachowanie, wynikiem którego informacja dostała się do wiadomości, chociażby jednej nieuprawnionej osoby; a także:
- wykorzystanie tajemnicy do własnej działalności gospodarczej – czyli wszelkie formy spożytkowania, skorzystania z niej we własnej działalności przemysłowej, rolnej, budowlanej, handlowej czy usługowej³².

Warunkiem jednakże odpowiedzialności karnej za dokonanie przestępstwa z art. 23 ust. 1 jest wyrządzenie przedsiębiorcy „poważnej szkody” (jeżeli czyn sprawcy jedynie zagraża interesom przedsiębiorcy, wówczas pokrzywdzony może sięgnąć wyłącznie do sankcji cywilnoprawnych). Znamię to występowało na gruncie k.k. z 1969 r. (np. art. 145, 190, 246) i każdorazowo było nieco odmiennie interpretowane. Nie poddając się szczegółowej analizie tego nieostrego pojęcia³³, należy stwierdzić, iż na gruncie u.z.n.k. powinno być interpretowane z uwzględnieniem specyfiki materii regulowanej przez przepisy tej ustawy. Nie można zatem przenosić wprost rozumienia tego znaczenia wypracowanego chociażby na potrzeby dawnego art. 145 k.k. z 1969 r. Należy stwierdzić, że szkoda w rozumieniu art. 23 ust. 1 i w kontekście prowadzenia działalności gospodarczej oznacza szkodę majątkową, materialną, polegającą na każdej formie doprowadzenia do ujemnych dla przedsiębiorcy skutków.

31 Zwłaszcza że na gruncie kodeksu pracy obowiązuje art. 102² k.p., tzn. regulacja dopuszczająca zawieranie umów o zakazie konkurencji po ustaniu stosunku pracy pod warunkiem, że pracownik ma dostęp do szczególnie ważnych informacji będących tajemnicą pracodawcy, a których ujawnienie mogłoby narazić pracodawcę na szkodę. W umowie takiej należy jasno sprecyzować okres obowiązywania zakazu konkurencji po ustaniu stosunku pracy oraz wysokość odszkodowania, jakie pracodawca będzie wypłacał byłemu pracownikowi, z tym że wysokość tego odszkodowania nie może być niższa niż 25% wynagrodzenia przysługującego pracownikowi przed rozwiązaniem stosunku pracy; por. rozważania na gruncie u.z.n.k. z 1926 r.: A. Kraus, F. Zoll, Polska..., *op. cit.*, s. 304; a także T. Kuczyński, *op. cit.*, s. 23; M. Mozgawa, Zwalczanie..., *op. cit.*, s. 38–39; M. Mozgawa, Ochrona..., *op. cit.*, s. 12–13; O. Górniok, Prawo karne..., *op. cit.*, s. 100.

32 Delikt cywilny obejmuje szerszy zakres niepożądanych zachowań, tj. przekazanie, ujawnienie, wykorzystanie albo ich nabycie od osoby nieuprawnionej. S. Sottysiński, *op. cit.*, s. 113; M. Bojarski, W. Radecki, *op. cit.*, s. 437; M. Mozgawa, Zwalczanie..., *op. cit.*, s. 37.

33 Por. P. Kar das, Szkoda majątkowa jako znamię przestępstwa nadużycia zaufania, *Prokuratura i Prawo* 1996, nr 7–8, s. 36 i n.

Uznanie natomiast, jaka szkoda jest poważną – winno być zdaje się – odnoszone relatywnie do rozmiarów prowadzonej działalności gospodarczej, ze względu na ogromną różnorodność skali tej działalności podmiotów uczestniczących w rynku. Poważna szkoda to taka bowiem, która powoduje dotkliwy uszczerbek majątkowy dla danego przedsiębiorcy, dlatego wyrażanie jej jedynie w liczbach bezwzględnych – jak słusznie podnosi M. Mozgawa – nie jest właściwe i w oczywisty sposób naruszałoby zasadę równej ochrony podmiotów gospodarczych przed działaniami godzącymi w ich interesy³⁴. Przestępstwo z art. 23 ust. 1 u.z.n.k. jest przestępstwem indywidualnym, jego sprawcą może być jedynie ten, na kim ciąży obowiązek w stosunku do przedsiębiorcy, wynikający najczęściej z umowy o pracę lub innej cywilnoprawnej umowy, której przedmiotem jest świadczenie usług. Omawiane przestępstwo może być popełnione jedynie umyślnie w obu postaciach zamiaru. Art. 23 ust. 2 natomiast penalizuje ujawnienie lub wykorzystanie we własnej działalności gospodarczej informacji stanowiącej tajemnicę przedsiębiorstwa uzyskanej bezprawnie. A zatem stosowanie praktyczne tego przepisu jest o wiele łatwiejsze, bowiem szerszy jest jego zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy³⁵. Sprawcą tego czynu zabronionego może być każdy, nie tylko pracownik (ale też i pracownik). Warunkiem odpowiedzialności jest to, aby sprawca wszedł w posiadanie tajemnicy w sposób bezprawny, przy czym wchodzi tu w grę bezprawie *sensu largo*, zarówno karne, jak i cywilistyczne. Tak też nie będą – co do zasady – bezprawne takie sposoby przełamывania cudzych tajemnic technicznych, jak: analiza budowy, funkcjonowania lub składu chemicznego produktu, który został wprowadzony na rynek i legalnie nabyty przez konkurenta w celu rozszyfrowania istoty sekretu ucieleśnionego w danym wyrobie (tzw. dekompilacja czy *reverse engineering*). Stanowi to od dawna aprobowany sposób konkurencji i naśladownictwa rozwiązań nie chronionych przez prawa wyłączne (np. patenty, prawa autorskie). Zakazy *reverse engineering*, np. poprzez informacje umieszczane na produktach wprowadzonych na rynek, nie mają doniosłości prawnej, chyba że strony danego stosunku mają możliwość używania takich zakazów w ramach zasady swobody umów³⁶.

34 M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, *op. cit.*, s. 40–41; M. Mozgawa, *Ochrona...*, *op. cit.*, s. 329; T. Knypl, *Ustawa o zwalczanie nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, Sopot 1995, s. 136; O. Górniok, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 101–102.

35 Zachowanie sprawcy, nie wyczerpujące znamion z art. 23 u.z.n.k., może być natomiast kwalifikowane z innych przepisów, bo wyczerpywać może np. znamiona chociażby przestępstwa z art. 300 k.h. (482 k.h.), tj. działania na szkodę przedsiębiorcy będącego kapitałową spółką handlową.

36 Często dzieje się tak w umowach licencyjnych, które zawierają tzw. klauzule czarnej skrzynki zobowiązujące np. licencjodawcę do używania jakiegoś produktu chemicznego dostarczonego

Oba przestępstwa przewidziane w u.z.n.k. zagrożone są karami grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2; istnieje także możliwość orzeczenia środków karnych, zwłaszcza istotnego w omawianym kontekście środka w postaci zakazu prowadzenia działalności gospodarczej (art. 41 § 2 k.k.), co nie było możliwe na gruncie k.k. z 1969 r. (który dopuszczał możliwość orzeczenia kary dodatkowej takiego zakazu jedynie w przypadkach przewidzianych w ustawie, a przepisy u.z.n.k. do tego nie upoważniały).

Po tak przeprowadzonych uwagach należałoby przyjrzeć się nieco wzajemnym relacjom między omawianymi rodzajami tajemnic w kontekście problematyki zbiegu przepisów ustawy. Może bowiem zdarzyć się tak, że informacja objęta tajemnicą państwową będzie stanowić zarazem tajemnicę przedsiębiorstwa, zwłaszcza że w myśl art. 1 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych przepisy tejże ustawy nie naruszają przepisów innych ustaw o ochronie tajemnicy zawodowej lub innych tajemnic prawnie chronionych. Co więcej, niektóre informacje objęte tajemnicą państwową, wymienione przedmiotowo w załączniku Nr 1, mogą wchodzić w zakres informacji technicznych, technologicznych, handlowych czy organizacyjnych (np. informacje dotyczące produkcji specjalnej przemysłu obronnego, a także prognozy rozwojowe, plany i zdolności usługowe przedsiębiorców w zakresie realizacji zamówień na sprzęt wojskowy, czy też informacje dotyczące rozwiązań technicznych, technologicznych i organizacyjnych, których ujawnienie naraziłoby na szkodę ważny interes gospodarczy państwa), a przepisy omawianej ustawy stosuje się także do przedsiębiorców wykonujących umowy związane z dostępem do informacji niejawnych, dotyczących realizacji zadań opłacanych ze środków publicznych (art. 1 ust. 2 pkt 5). W przypadku zatem pełnej realizacji znamion przestępstwa z art. 23 ust. 1 lub ust. 2 u.z.n.k. oraz jakiejś formy naruszenia tajemnicy państwowej zasadne będzie sięganie do art. 11 § 2 k.k. i stosowanie konstrukcji kumulatywnej kwalifikacji. Podobnie, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa może stanowić jednocześnie naruszenie tajemnicy służbowej i prowadzić do potrzeby stosowania kumulatywnego zbiegu przepisów ustawy³⁷. Zwrócić jednak uwagę należy na fakt, że na gruncie obowiązującej definicji tajemnicy służbowej (która nie ma już związku z pojęciem państwowej, spółdzielczej, społecznej jednostki organizacyjnej)³⁸, naruszenie tej tajemnicy może dotyczyć już każdego przedsiębiorcy (w tym także pracodawcy prywatnego). Wydaje się jednak, że nie spowoduje to znacznego rozszerzenia stosowania art. 266 § 2 k.k. w omawia-

przez licencjodawcę z zastrzeżeniem zakazu analizy jego składu przez odbiorcę. Por. na ten temat S. Sołtysiński, *op. cit.*, s. 35.

³⁷ Por. O. Górniok, *Prawo karne...*, *op. cit.*, s. 102–103.

³⁸ M. Mozgawa, *Zwalczanie...*, *op. cit.*, s. 45.

nym zakresie, bowiem sprawcą tego czynu zabronionego może być jedynie funkcjonariusz publiczny, a więc podmioty ściśle określone w art. 115 § 13 k.k. Jeśli natomiast zachowanie sprawcy naruszające art. 23 u.z.n.k. wypełni jednocześnie znamiona art. 266 § 1 k.k., doprowadzi to jedynie do kwalifikacji z art. 23 u.z.n.k., gdyż zbieg ten ma charakter pozorny; przepis ten na zasadzie *lex specialis* wyłącza zastosowanie art. 266 § 1 k.k.³⁹.

Problematyka dotycząca czynów nieuczciwej konkurencji, zarówno w aspekcie cywilistycznym, jak i prawnokarnym nabiera istotnego i – przede wszystkim – praktycznego znaczenia w ostatnich latach w związku z rozwojem gospodarki wolnorynkowej w Polsce. Zachowania deformujące uczciwą konkurencję muszą być zwalczane środkami, którymi dysponują owe gałęzie prawa, w interesie publicznym, przedsiębiorców, klientów i konsumentów. Zauważyć należy, że z katalogu czynów nieuczciwej konkurencji tylko trzy stanowią przestępstwa i trzy wykroczenia. Naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi natomiast czyn nieuczciwej konkurencji na tyle społecznie szkodliwy, że uzasadnione jest jego zwalczanie również środkami prawnokarnymi.

³⁹ Por. O. Górniok, *op. cit.*, s. 321; M. Bojarski, W. Radecki, *op. cit.*, s. 437–438; W. Wróbel, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 928.

Roman Troll

Pojęcie oskarżyciela posiłkowego w sytuacji skargi subsydiarnej

Uregulowania nowego kodeksu postępowania karnego z 1997 r.¹ wprowadzają nową instytucję procesową, zwaną w doktrynie skargą subsydiarną², skargą posiłkową³, bądź samodzielną skargą publiczną⁴. Pozwala ona pokrzywdzonemu na wniesienie aktu oskarżenia w sprawie publicznoskargowej bezpośrednio do sądu. Gdy dokona on powyższej czynności, to stanie się oskarżycielem posiłkowym (zostanie wyposażony w przymioty oskarżyciela posiłkowego), który zwany jest w doktrynie oskarżycielem posiłkowym samoistnym⁵, bądź oskarżycielem subsydiarnym⁶. Wówczas w procesie o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego zamiast prokuratora, akt oskarżenia wnosi i popiera przed sądem pokrzywdzony, jednakże prokurator w takim procesie może także wystąpić. Instytucja skargi subsydiarnej jest wyjątkiem od reguły *ne bis in idem*. W unormowaniu powyższym widzimy dwukrotne przeciwstawienie się tej regule. Po pierwsze – we wniesieniu skargi subsydiarnej przez pokrzywdzonego pomimo istnienia prawomocnego postanowienia odmawiającego wszczęcia lub umarzającego postępowanie, oraz po drugie – w możliwości przystąpienia do tak wszczętego postępowania głównego – prokuratora, który jest głównym organem oskarżającym o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego. Art. 55 § 4 k.p.k. zezwala prokuratorowi na udział w postępowaniu wszczętym skargą subsydiarną; jest to udział fakultatywny.

Aby jednak doszło do takiej sytuacji, to w całą sprawę trzeba zaangażować pokrzywdzonego, prokuratora, prokuratora nadrzędnego oraz sąd właściwy do rozpoznania sprawy w pierwszej instancji, a także adwokata (pełnomocnika)

1 Dz. U. z 1997 r., Nr 89, poz. 555 z późn. zm.

2 T. Grzegorzczak, J. Tylman, Polskie postępowanie karne, Warszawa 1998, s. 271.

3 D. Karczmarska, Samoistna skarga posiłkowa pokrzywdzonego (uwagi polemiczne), Prokuratura i Prawo 1997, nr 11, s. 91–92.

4 E. Skrętowicz, Oskarżyciel posiłkowy, (w:) E. Skrętowicz i in., Uczestnicy procesu karnego według nowego k.p.k. (zagadnienia wybrane), Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Zagadnienia węzłowe, Wydawnictwo Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 1997, s. 79.

5 S. Waltoś, Nowe instytucje w kodeksie postępowania karnego z 1997 r., Państwo i Prawo 1997, nr 8, s. 36. Podobnie E. Skrętowicz, *op. cit.*

6 Z. Gostyński, Komentarz do kodeksu postępowania karnego, t. I, Warszawa 1998, s. 285; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *op. cit.*

pokrzywdzonego lub jego radcę prawnego. Trzeba dopełnić szeregu formalności. Całe to postępowanie określa się w literaturze jako długie – S. Waltoś przewiduje, że może ono trwać od jednego do półtora roku – i skomplikowane⁷. Z ilości czynności, których należy dokonać, wynika, że pokrzywdzony musi mieć niezłomną wolę do tego, by wnieść akt oskarżenia i trwać w tym postanowieniu, a ponadto wykazać się cierpliwością. Wymaga się determinacji pokrzywdzonego, który musi uzyskać swoiste wsparcie sądu w dochodzeniu swoich praw przez zaskarżanie kolejnych decyzji prokuratora⁸.

W sprawach o przestępstwa ścigane z oskarżenia publicznego pokrzywdzony może wziąć udział w postępowaniu jako strona, występuje on wówczas jako oskarżyciel posiłkowy zamiast lub obok prokuratora (art. 53 k.p.k.). To ogólne unormowanie każe określać mianem oskarżyciela posiłkowego zarówno: 1) pokrzywdzonego, który występuje jako strona w sprawie, w której oskarżyciel publiczny wniósł akt oskarżenia, 2) jak i pokrzywdzonego, który sam, po wielu trudach, wnosi skargę do sądu w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia publicznego, 3) z praw oskarżyciela posiłkowego korzysta także pokrzywdzony, który wniósł skargę jako oskarżyciel prywatny w sprawie o przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, a do tego postępowania wstąpił prokurator (art. 60 § 2 k.p.k.) – *de facto* staje się on wówczas stroną postępowania jako oskarżyciel posiłkowy, gdyż postępowanie toczy się wtedy z urzędu na skutek ingerencji prokuratora, panem tego postępowania jest prokurator (oskarżyciel publiczny), powraca się wówczas do zasady ścigania z urzędu przestępstwa ściganego z oskarżenia prywatnego (art. 60 k.p.k.)⁹. Ta ostatnia sytuacja różni się od tej, o której mowa w punkcie 1 tym, że prokurator bądź przystępuje do procesu już biegnącego i przez to powoduje zmianę sposobu ścigania przestępstwa prywatnoskargowego, bądź sam wszczyna postępowanie w sprawie prywatnoskargowej. Jednakże po ingerencji prokuratora osoby występujące w charakterze oskarżyciela posiłkowego są traktowane jednolicie.

Orzeczenie Sądu Najwyższego z 14 marca 1995 r.¹⁰ stwierdza, że już z samego pojęcia „oskarżyciel posiłkowy” wynika, że działa on obok oskarżyciela publicznego, a nie zamiast niego. Czyli działa on posiłkowo, powinien wspierać organ główny w procesie, a nie zastępować go. Ta sugestia Sądu Najwyższego jest zgodna z charakterem oskarżyciela posiłkowego wymienionego wyżej zarówno w punkcie 1, jak i w punkcie 3 – od początku możliwości jego zaistnienia w procesie. Sytuacja zmienia się po odstąpieniu oskarżyciela

7 S. Waltoś, *op. cit.*, s. 37; Z. Gostyński, *op. cit.*, s. 289.

8 Z. Gostyński, *op. cit.*

9 K. Marszał, *Proces karny*, Katowice 1997, s. 53.

10 Wyrok SN z 14 marca 1995 r., III KRN 223/94, *Przegląd Sądowy* 1997, nr 11–12, s. 48.

publicznego od oskarżenia, gdyż wówczas oskarżyciel posiłkowy może nadal korzystać ze swych praw i prowadzić proces nawet samodzielnie. Wówczas nadal będzie zwany oskarżycielem posiłkowym, pomimo jednoosobowej reprezentacji oskarżenia. Jednakże w powyższej sytuacji oskarżyciel posiłkowy z punktu 3 zmieni z powrotem swój charakter na oskarżyciela prywatnego i takim będzie zwany.

Wynika z tego, iż ustawa wiąże byt oskarżyciela posiłkowego z istnieniem publicznego charakteru ścigania przestępstwa. Jeżeli przestępstwo jest ścigane w trybie prywatnoskargowym, to możliwość jego przekształcenia w publicznoskargowe istnieje tylko wtedy, gdy zostanie uznane, iż wstąpienia bądź rozpoczęcia postępowania wymaga interes społeczny. Aby wystąpił w sprawie oskarżyciel posiłkowy, musi więc istnieć interes ponadprywatny, ogólny. Państwo musi zainteresować się ściganiem przestępstwa.

W powyższy sposób instytucja oskarżyciela posiłkowego jako oskarżyciela ubocznego, działającego u boku prokuratora, była unormowana w k.p.k. z 1969 r.¹¹. Uregulowanie to w przypadku ustawowego pojęcia oskarżyciela posiłkowego uległo zmianie – w k.p.k. z 1997 r. – poprzez rozszerzenie jego zakresu, w sytuacji wniesienia skargi subsydiarnej – o oskarżyciela subsydiarnego występującego zamiast oskarżyciela publicznego.

Ustawa więc uznaje, że podmiot wnoszący skargę subsydiarną (pokrzywdzony wnoszący akt oskarżenia zgodnie z art. 55 k.p.k.) staje się oskarżycielem posiłkowym. Przypatrzmy się poszczególnym przepisom normującym tę instytucję.

Instytucja skargi subsydiarnej została uregulowana w części k.p.k. z 1997 r. zatytułowanej „Oskarżyciel posiłkowy”. W związku z tym osoba, która w ramach tej instytucji wnosi akt oskarżenia do sądu, winna być zwana oskarżycielem posiłkowym. Na wniosek taki zezwala sformułowanie art. 53 k.p.k. *in fine* – zamiast niego (prokuratora – przyp. R.T.). Oznacza ono, że taki oskarżyciel posiłkowy może wystąpić w procesie sam, wnosząc własny akt oskarżenia, bez asysty oskarżyciela publicznego – oskarżyciela głównego. Art. 53 k.p.k. mówi o oskarżycielu posiłkowym – stronie procesowej, którym jest pokrzywdzony działający zamiast oskarżyciela publicznego. Nabiera on charakteru oskarżyciela posiłkowego, działając w sytuacji, w której winien działać oskarżyciel publiczny, ale tego nie czyni, uchylając się od działania. Warto zaznaczyć, iż w przepisie tym chodzi o to, by pokrzywdzony mógł nabrać charakteru strony procesowej w postępowaniu sądowym. Stroną postępowania przygotowawczego pokrzywdzony zostaje *ex lege* z mocy art. 299 § 1 k.p.k., nie musi więc

¹¹ Dz. U. z 1969 r., Nr 13, poz. 96 z późn. zm.

dokonywać żadnych czynności, aby nabrać charakteru strony. Natomiast, by stać się stroną postępowania sądowego, pokrzywdzony musi wykazać pewną inicjatywę, czyli bądź złożyć oświadczenie (art. 54 § 1 k.p.k.), bądź wystąpić z aktem oskarżenia (art. 55 k.p.k.).

W kolejnym przepisie (art. 55 k.p.k.) ustawa nie wspomina o oskarżycielu posiłkowym, mówi tylko o pokrzywdzonym, który wnosi akt oskarżenia albo przystępuje do postępowania wszczętego skargą subsydiarną. Jednakże w § 4 art. 55 k.p.k. mówi się już tylko o sytuacji, gdy akt oskarżenia wniósł oskarżyciel posiłkowy. Oznacza to, że czynności wniesienia aktu oskarżenia mógłby dokonać oskarżyciel posiłkowy, czyli podmiot, który był oskarżycielem posiłkowym przed wniesieniem aktu oskarżenia. Lecz na podstawie art. 55 § 1 k.p.k. taki akt oskarżenia może wnieść tylko pokrzywdzony spełniający ściśle oznaczone warunki. Stwarzają one podstawę do wniosku, iż ustawa ustala możliwość wniesienia aktu oskarżenia przez dwa odmienne podmioty:

- przez pokrzywdzonego (§ 1) oraz
- przez oskarżyciela posiłkowego (§ 4).

Można stąd także wyciągnąć wniosek, iż w sprawie, którą wszczął pokrzywdzony aktem oskarżenia prokurator na podstawie art. 55 § 4 k.p.k. nie mógłby wziąć udziału, gdyż przepis ten dopuszcza jego uczestnictwo tylko wtedy, gdy akt oskarżenia wniósł oskarżyciel posiłkowy.

Warto jednak zastanowić się nad tym, czy oskarżyciel posiłkowy w ogóle ma prawną możliwość wniesienia aktu oskarżenia w postaci skargi subsydiarnej. Aby pokrzywdzony stał się oskarżycielem posiłkowym, to przed jego zaistnieniem w procesie musi zostać wniesiony akt oskarżenia (proces musi zostać zainicjowany). Jeżeli postępowanie sądowe jest wszczęte, została wniesiona skarga uprawnionego oskarżyciela, to nie można wnieść kolejnego wniosku o wszczęcie tego samego postępowania. Stoi temu na przeszkodzie zawistość sprawy. Podobnie sprawa wygląda, gdy oskarżyciel prywatny staje się oskarżycielem posiłkowym.

Nie ulega więc wątpliwości, że oskarżyciel posiłkowy nie ma prawnej możliwości wniesienia aktu oskarżenia, ponieważ może on nabrać tego charakteru dopiero po wniesieniu aktu oskarżenia. Staje się on oskarżycielem posiłkowym bądź z chwilą złożenia oświadczenia¹², bądź z chwilą złożenia aktu oskarżenia. Powstaje więc pytanie – kogo ustawa uprawnia do wniesienia aktu oskarżenia w sprawie publicznoskargowej? Może tego dokonać pokrzywdzony na mocy art. 55 § 1 k.p.k. – oskarżyciel subsydiarny oraz oskarżyciel publiczny. Pokrzywdzony staje się oskarżonym posiłkowym z chwilą wszczęcia postępowania

12 K. Marszał, *op. cit.*, s. 146.

sądowego wniesionym własnym aktem oskarżenia – skargą subsydiarną¹³. Przed tą chwilą nie występuje on w roli strony procesowej w postępowaniu sądowym, gdyż takie postępowanie wszczyna właśnie owa skarga. Co prawda, unormowania art. 55 § 4 i art. 339 § 2 k.p.k. – mówiąc o oskarżycielu posiłkowym, który wniósł akt oskarżenia – pozwalają wnosić, iż oskarżyciel posiłkowy także ma prawną możliwość wniesienia aktu oskarżenia, jednak z uwagi na to, iż taki podmiot może wystąpić dopiero we wszczętym postępowaniu sądowym, należy przyjąć, iż nie może on występować przed wszczęciem tego postępowania, gdyż wówczas nie ma prawnej możliwości jego bytu.

Należy więc stwierdzić, że akt oskarżenia zamiast oskarżyciela publicznego może wnieść tylko i wyłącznie pokrzywdzony¹⁴ (art. 53 w zw. z art. 55 k.p.k.) i wówczas staje się on stroną postępowania w charakterze oskarżyciela posiłkowego. Ustawa dopuszcza tylko taką możliwość. Unormowania takich przepisów, jak art. 55 § 4 k.p.k. oraz art. 339 § 2 k.p.k. należy więc uznać w najlepszym razie za nieściśle.

Wydaje się, że określenie możliwości przystąpienia do postępowania wszczętego skargą subsydiarną prokuratora lepiej semantycznie zostało dokonane w art. 73 k.p.k. z 1928 r.¹⁵. Wskazuje ono na to, że prokurator przystępuje do sprawy, która jest popierana przez oskarżyciela posiłkowego. Nie zajmuje się więc problemem tego, kto ma wnieść akt oskarżenia. Natomiast stwierdza, że prokurator może objąć sprawę, która została wszczęta aktem oskarżenia złożonym przez podmiot, który występuje teraz w charakterze oskarżyciela posiłkowego.

W kolejnym przepisie art. 56 § 2 k.p.k. ustawa znów wspomina o akcie oskarżenia oskarżyciela posiłkowego – akt oskarżenia złożono po terminie, czyli traktuje jako oskarżyciela posiłkowego podmiot, który wniósł akt oskarżenia, lecz okazało się, iż przekroczył właściwy dla tej czynności termin. Wydaje się, iż w tym przypadku ustawa ściśle nazywa ten podmiot oskarżycielem posiłkowym od momentu wniesienia aktu oskarżenia, do czasu stwierdzenia, że nie może on brać udziału w postępowaniu – czyli umorzeniu postępowania albo orzeczenia o przekroczeniu terminu do wniesienia aktu oskarżenia. Płyńże stąd prosty wniosek tej treści, że dokonanie przez pokrzywdzonego oznaczonej czynności procesowej (wniesienie aktu oskarżenia) rodzi konieczność trakto-

¹³ K. Marszał, *op. cit.* Tak samo E. Skrętowicz, *op. cit.*; Z. Gosk, Uprawnienie pokrzywdzonego do wniesienia do sądu aktu oskarżenia, *Prokuratura i Prawo* 1997, nr 4, s. 68; T. Grzegorzczak, J. Tylman, *op. cit.*, s. 271; S. Waltoś, *op. cit.*, s. 37–38.

¹⁴ A. Murzynowski, Ogólna charakterystyka nowego kodeksu postępowania karnego, *Państwo i Prawo* 1997, nr 8, s. 11. Tak samo A. Mogilnicki, Na marginesie orzecznictwa. III. Oskarżyciel posiłkowy w sądzie grodzkim, *Gazeta Sądowa Warszawska* 1931, nr 22, s. 304.

¹⁵ Dz. U. z 1928 r., Nr 33, poz. 313.

wania go w procesie, w postępowaniu przed sądem, jako oskarżyciela posiłkowego. Przy czym sytuacja, gdy pokrzywdzony dopełnia czynności po upływie oznaczonego ściśle terminu nie ma wpływu na traktowanie go jako strony. Jest on więc stroną postępowania sądowego aż do chwili, gdy sąd postanowi inaczej, np.: wykonując zalecenia art. 56 § 2 k.p.k., i jego orzeczenie stanie się prawomocne.

Przepis art. 56 § 3 k.p.k. *a contrario* także wspomina o oskarżycielu posiłkowym. Traktuje on o możliwości żalenia się oskarżyciela posiłkowego, który wniósł akt oskarżenia, na oznaczone decyzje sądu.

O odstąpieniu oskarżyciela posiłkowego od skargi traktuje art. 57 § 2 k.p.k. Dotyczy on więc także podmiotu, który wniósł skargę subsydiarną.

Natomiast art. 58 § 2 k.p.k. mówi o oskarżycielu posiłkowym, który samodzielnie popierał oskarżenie.

W art. 330 § 2 *in fine* k.p.k. mowa o pokrzywdzonym, który wykorzystał określone uprawnienia i dzięki temu może wnieść akt oskarżenia. Przepis § 3 tegoż artykułu także wspomina o pokrzywdzonym, który wniósł akt oskarżenia.

Z powyższego wynika, że ustawodawca w k.p.k. z 1997 r., określając podmiot, który może skorzystać z uprawnienia do wniesienia aktu oskarżenia (skargi subsydiarnej), używa niejednorodnych terminów. Jest on określany jako:

- pokrzywdzony, który wnosi akt oskarżenia,
- oskarżyciel posiłkowy, który wniósł akt oskarżenia,
- oskarżyciel posiłkowy, który samodzielnie popierał oskarżenie.

Ustawodawca więc nie kładzie tu nacisku na ścisłości terminologiczne, dokonując różnorodnego określenia tego podmiotu.

Za oskarżyciela posiłkowego w k.p.k. z 1997 r. zostaje więc uznany podmiot, który występuje u boku prokuratora (oskarżyciel posiłkowy uboczny) lub wnosi samodzielnie akt oskarżenia (oskarżyciel posiłkowy subsydiarny).

Warto dodać, że w tradycyjnej teorii prawa pojęcie oskarżyciela posiłkowego wiąże się z trzema jego typami. A mianowicie:

- oskarżycielem subsydiarnym (*subsydiärkläger*)¹⁶,
- oskarżycielem konkurującym (*konkurrierends Anklägerrecht*)¹⁷,
- oskarżycielem ubocznym (*nebenkläger*)¹⁸.

16 W. Daszkiewicz, Prawo pokrzywdzonego do wystąpienia w roli oskarżyciela a sanacyjne reformy procesu karnego, *Czasopismo Prawno-Historyczne* 1956, t. VIII, z. 2, s. 158–159.

17 R. Kmieć, Pojęcie oskarżyciela posiłkowego w teorii i ustawodawstwie karnym procesowym w Polsce, (w:) *Annales UMCS Lublin – Polonia*, 1973, vol. XX, 10, s. 204; tenże, Oskarżyciel posiłkowy w procesie karnym, Warszawa 1977, s. 17.

18 W. Daszkiewicz, *op. cit.*

Bliższą ich charakterystykę przedstawia R. Kmieciak¹⁹.

Oskarżyciel uboczny wywodzi się z instytucji niemieckiej – *nebenkläger* i ma możliwość wymuszenia skargi. W związku z tym nie ma on wiele wspólnego z instytucją oskarżyciela posiłkowego ubocznego, wprowadzoną do polskiego procesu karnego, która pozwalała występować mu u boku oskarżyciela publicznego, lecz nigdy zamiast niego – w sensie samodzielnego wniesienia skargi. Nie pozwala mu także na samodzielne wymuszenie skargi. Teoria procesu nie zakwalifikowała go do jednego z desygnatów tradycyjnego terminu „oskarżyciel posiłkowy”²⁰. Ta instytucja przetrwała jednak w polskim procesie karnym w k.p.k. z 1997 r. w tej samej postaci. Dodatkowo także ustawodawca rozszerzył zakres ustawowego pojęcia „oskarżyciela posiłkowego” o oskarżyciela subsydiarnego²¹.

Z powyższego wynika, iż ustawodawca od 1969 r., a właściwie od 1945 r.²² – wprowadzając tę instytucję do kodeksu postępowania wojskowego, a w 1960 r. do ustawy karnej skarbowej – usiłuje rozszerzyć tradycyjne pojęcie „oskarżyciela posiłkowego” o podmiot, który sam stworzył, będący niepełnoprawnym *nebenkläger* z procesu niemieckiego z 1877 r.²³. To, czy mu się to powiedzie, zależy od akceptacji doktryny. Stanowisko wyrażające aprobatę dla takiego ujęcia przedstawił już w 1973 r. R. Kmieciak²⁴ – jednakże i on akcentuje wyodrębnienie poszczególnych grup wśród oskarżycieli posiłkowych, aby móc rozróżniać ich uprawnienia szczególnie.

Wydaje się, że to, jak będziemy określać instytucję oskarżyciela ubocznego, dla praktyki nie ma większego znaczenia. Jej bardziej chodzi o uprawnienia procesowe, które ten podmiot posiada. A jest on stroną postępowania sądowego, która jednak nie posiada prawa do wniesienia samoistnej skargi, do wszczęcia tego postępowania. Taką skargę *de lege lata* może wnieść tylko pokrzywdzony spełniający warunki z art. 55 k.p.k., stający się dzięki takiej czynności oskarżycielem subsydiarnym.

Jednakże to, iż dwa podmioty oznaczone jednym terminem posiadać mogą odmienne uprawnienia, odbiegające dalece, jeżeli chodzi o oskarżyciela posiłkowego ubocznego występującego u boku prokuratora, od tradycyjnej instytucji oskarżyciela posiłkowego (wyrażonej w postaci możliwości wniesienia przez pokrzywdzonego aktu oskarżenia), należy uznać za niezupełnie trafione. Już

19 R. Kmieciak, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 201 i n.; tenże, *Oskarżyciel...*, *op. cit.*, s. 14 i n.

20 R. Kmieciak, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 207; tenże, *Oskarżyciel...*, *op. cit.*, s. 16–17.

21 T. Grzegorzczak, J. Tylman, *op. cit.*, s. 285; E. Skrętowicz, *op. cit.*

22 R. Kmieciak, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 208; tenże, *Oskarżyciel...*, *op. cit.*, s. 17.

23 W. Daszkiewicz, *op. cit.*

24 R. Kmieciak, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 211–212; tenże, *Oskarżyciel...*, *op. cit.*, s. 19–20.

przecież sama ustawa stara się te dwa podmioty określane jednym terminem rozróżnić²⁵. W jakim więc celu ustawodawca proponuje nam taką terminologię?

Na pewno jednym z powodów było to, iż prace nad projektem k.p.k. z 1997 r. były prowadzone na gruncie k.p.k. z 1969 r.²⁶. Kolejnym może być to, iż instytucja oskarżyciela posiłkowego w postaci wyrażonej w k.p.k. z 1969 r. zadomowiła się w teorii – na co wskazują uwagi R. Kmiecika²⁷ – jak i w praktyce, przez szereg lat jej stosowania. Jeszcze jednym jest to, iż uważano za pejoratywne określenie „uboczny”, jako skorelowane z drugorzędnością²⁸, poślednią pozycją w procesie.

Jednak należy zauważyć, iż poszerzenie pojęcia „oskarżyciela posiłkowego” z k.p.k. z 1969 r. o nową instytucję w formie oskarżyciela subsydiarnego i objęcie ich obu jednym terminem nie jest zasadne. Już w tekście k.p.k. z 1997 r. ustawodawca ma problemy z rozróżnianiem tych dwóch podmiotów działających w formie jednej instytucji. Widzi on więc potrzebę odmiennego oznaczania tych podmiotów, a jednak grupuje je w jednym ujęciu „oskarżyciela posiłkowego”. Gdyby były to instytucje, które rzeczywiście – zarówno jedna, jak i druga – odpowiadają istocie oskarżyciela posiłkowego, to nie byłoby problemu. Jednak tradycyjnej instytucji oskarżyciela posiłkowego odpowiada tylko oskarżyciel subsydiarny. Polski oskarżyciel posiłkowy uboczny nie ma z tą instytucją, prócz nazwy, wiele wspólnego. Z. Gostyński uważa, że nie wszystkie przepisy o oskarżycielu posiłkowym stosuje się do oskarżyciela subsydiarnego²⁹. Są więc takie przepisy o oskarżycielu posiłkowym, których nie stosuje się do oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego, a – co należy podkreślić – ustawa traktuje go jako oskarżyciela posiłkowego. Według ustawowej terminologii są więc przepisy o oskarżycielu posiłkowym, których nie stosuje się do wszystkich oskarżycieli posiłkowych, a tylko do niektórych z nich.

Należy sobie zadać pytanie, czy tak być powinno? Otóż nie. Ustawodawca winien wyraźnie rozróżnić te dwie odmienne instytucje. Nie powinien starać się zatrzeć różnic pomiędzy nimi występujących. Powinien zwrócić na nie uwagę. A jeżeli już koniecznie pragnie obie te instytucje ująć jednym terminem, to winien wyraźnie odróżnić ich aspekty formalne i mimo wszystko odmiennie nazwać, np.: oskarżyciel uboczny, oskarżyciel subsydiarny. Wtedy pojęcie oskarżyciela

25 Z. Gostyński, *op. cit.*, s. 286.

26 A. Murzynowski, *op. cit.*, s. 4 i n.

27 R. Kmiecik, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 211–212.

28 R. Kmiecik, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 209; tenże, *Oskarżyciel...*, *op. cit.*, s. 18.

29 Z. Gostyński, *op. cit.*

posiłkowego stałoby się terminem grupującym dwa odmienne podmioty, do których pewne przepisy stosowałoby się jednakowo, a pewne odmiennie.

Wypadałoby więc wówczas przepisy o oskarżycielu posiłkowym podzielić na trzy części, a mianowicie: 1) część ogólną, której przepisy stosowałoby się do obu typów oskarżycieli; 2) część dotyczącą oskarżyciela ubocznego; 3) część dotyczącą oskarżyciela subsydiarnego. Pozbylibyśmy się wówczas zupełnie niepotrzebnego pomieszania pojęć. Dwa odmienne podmioty procesowe działałyby pod jedną nazwą w procesie (postępowaniu sądowym), ale byłoby dokładnie wiadomo, które przepisy dotyczą którego z nich. W razie odwołania w jakimś późniejszym przepisie do którejkolwiek z tych instytucji z osobna, można by ją było określić nadaną jej nazwą. A gdyby zaszła potrzeba odwołania do obydwu tych instytucji równocześnie, również można by było dokonać tego bez zbędnych problemów interpretacyjnych. Pozostawałoby to w zgodzie także z racjonalizmem ustawodawcy i zrozumiałością ustawy. Język prawniczy zostałby wzbogacony o pojęcie oskarżyciela ubocznego – w jego charakterystycznym, polskim ujęciu. A to sprawiłoby, iż w przyszłości, w trakcie dyskusji byłoby można rozwiązać szereg problemów występujących na gruncie tych dwu instytucji. Może nawet odeszlibyśmy od grupowania tych dwóch odmiennych podmiotów jednym terminem. Na razie jednak w związku z przyzwyczajeniem się praktyki³⁰ do stosowania terminu „oskarżyciel posiłkowy” tylko w stosunku do oskarżyciela ubocznego, należałoby poszerzyć jego desygnaty o oskarżyciela subsydiarnego jednocześnie odróżniając i wskazując na różnice tych dwu podmiotów.

Podsumowując przedstawiony materiał należy podkreślić, że przeciwko ujęciu pojęcia oskarżyciela posiłkowego *de lege lata* przemawiają następujące argumenty:

- wzorowanie instytucji oskarżyciela posiłkowego ubocznego oraz oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego na dwóch odmiennych instytucjach prawnych,
- odmienny sposób ustanawiania tych dwóch podmiotów procesowych,
- rozróżnienie w doktrynie oskarżyciela ubocznego oraz subsydiarnego – jako odmiennych typów oskarżyciela,
- rozróżnianie tych dwóch podmiotów przez ustawę.

Należy jednak dodać, iż pomimo wyżej przedstawionych wątpliwości i zastrzeżeń wprowadzenie do procesu karnego rzeczywistego oskarżyciela posiłkowego w formie oskarżyciela subsydiarnego powinno być odnotowane pozytywnie. Instytucja ta powinna wpłynąć dodatnio na rozpatrywanie spraw w postępowaniu przygotowawczym i jego wnikliwość. Wydaje się, iż żaden

30 R. Kmiecik, *Pojęcie...*, *op. cit.*, s. 210–211; tenże, *Oskarżyciel...*, *op. cit.*, s. 19.

z prokuratorów nie pragnie kończyć postępowania w sprawie, która powinna zostać rozstrzygnięta przed sądem, w sytuacji gdy pokrzywdzony może go zdopingować do wnikliwego jej rozpatrzenia. Okazać się bowiem może, że decyzja prokuratury kończąca postępowanie była wydana zbyt pochopnie. Tym dopingiem może być właśnie samodzielna skarga, którą pokrzywdzony wnosi będąc nie tylko niezadowolonym z decyzji prokuratora, ale również mając choć cień szansy na rozstrzygnięcie sprawy na swoją korzyść.

Ryszard A. Stefański

Postępowanie przed powszechnym sądem pierwszej instancji w sprawach karnych skarbowych

I. Wprowadzenie

Kodeks karny skarbowy nie reguluje kompleksowo postępowania przed sądem w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, a jedynie normuje niektóre kwestie, które wynikają ze specyfiki rozpoznawania tych spraw, w pozostałym zakresie odsyła do przepisów kodeksu postępowania karnego, nakazując ich odpowiednie stosowanie (art. 113 § 1 k.k.s.). Technika legislacyjna polegająca na odesłaniu – ze względu na konieczność transponowania przepisów przewidzianych dla innych sytuacji – stwarza w wielu wypadkach trudności interpretacyjne. Wiążą się one przede wszystkim z tym, w jakim zakresie przepisy, do których nastąpiło odesłanie, mogą być stosowane do przedmiotu uregulowanego w akcie odsyłającym. Niektóre mogą być stosowane wprost, inne zaś o tyle, o ile są adekwatne dla danej sytuacji. Tak też jest z przepisami regulującymi postępowanie przed sądem w sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe.

W sprawach o przestępstwa i wykroczenia skarbowe orzekanie następuje w trybach: zwyczajnym, uproszczonym, nakazowym oraz w postępowaniu w sprawach w stosunku do nieobecnych. W postępowaniu tym, inaczej niż w postępowaniu powszechnym, podstawowe znaczenie mają tryby szczególne, a nie postępowanie zwyczajne. Szczególnym postępowaniem przedsądownym dotyczącym tylko wykroczeń jest postępowanie mandatowe (art. 136–141 k.k.s.).

Odrębności w zakresie postępowania sądowego w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe dotyczą przede wszystkim przebiegu rozprawy głównej.

II. Właściwość sądu

K.k.s. ustala wyłączną właściwość sądu do orzekania w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe (art. 115 § 1 k.k.s.). Podstawowym sądem powołanym do orzekania w tych sprawach w pierwszej instancji jest sąd rejonowy. Orzeka on we wszystkich sprawach, z wyjątkiem spraw przekazanych do właściwości innego sądu (art. 115 § 2 k.k.s.).

III. Oskarżyciel publiczny w sprawach o przestępstwa skarbowe

Oskarżycielami publicznymi przed sądem w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe jest prokurator oraz finansowy organ dochodzenia. To uprawnienie finansowego organu dochodzenia wynika wprost z art. 121 § 1 k.k.s., który stanowi, że oprócz prokuratora, oskarżycielem publicznym przed sądem jest organ, który wnosi i popiera oskarżenie. Definicja ta dotyczy przede wszystkim oskarżyciela publicznego upoważnionego do występowania w tej roli w postępowaniu uproszczonym. Z treści art. 155 § 1 k.k.s. wynika, że akt oskarżenia w sprawie o przestępstwo podlegające rozpoznaniu w postępowaniu uproszczonym może sporządzić i wnieść samodzielnie finansowy organ dochodzenia. Wprawdzie art. 155 § 1 k.k.s. nie zawiera ograniczenia takiej możliwości tylko do postępowania uproszczonego, lecz wynika to z treści § 2 tego przepisu, który wyraźnie stanowi, że w sprawie o przestępstwo skarbowe podlegające rozpoznaniu w trybie zwyczajnym finansowy organ dochodzenia może sporządzić akt oskarżenia, lecz wnosi go do sądu – po zatwierdzeniu – prokurator. Skoro finansowy organ dochodzenia nie może wnieść aktu oskarżenia w sprawie o przestępstwo skarbowe podlegające rozpoznaniu w postępowaniu zwyczajnym, a art. 155 § 1 k.k.s. uprawnia ten organ do uczynienia tego, to staje się jasne, że w grę może wchodzić inne postępowanie niż zwyczajne, a tym jest postępowanie uproszczone. Definicja ta obejmuje też ten organ w postępowaniu zwyczajnym, o ile wniósł uproszczony akt oskarżenia i popierał go, lecz sprawa jest rozpatrywana przez sąd w postępowaniu zwyczajnym.

Nie budzi wątpliwości, że uprawnienia tego nie ma Policja. Ma tu bowiem zastosowanie – wobec braku wyraźnej regulacji w k.k.s. – art. 474 § 4 k.p.k., w myśl którego akt oskarżenia sporządzony przez Policję zatwierdza i wnosi do sądu prokurator. Wydawać by się mogło, że uprawnienie to posiadają niefinansowe organy dochodzenia, skoro z mocy wyraźnego wyłączenia w art. 474 § 4 zd. drugie k.p.k. nie jest wymagane zatwierdzenie i wniesienie przez prokuratora sporządzonego przez inne organy ścigania aktu oskarżenia. W przepisie tym mowa jest o innych organach ścigania, k.k.s. zaś nie posługuje się tym terminem, a więc organy uprawnione do prowadzenia dochodzenia uproszczonego określa mianem niefinansowego organu dochodzenia (art. 53 § 37 k.k.s.). Używanie tak różnej terminologii uniemożliwia stosowanie tej regulacji w postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe. W k.p.k. chodzi o organy uprawnione do prowadzenia dochodzeń uproszczonych na podstawie innych ustaw lub rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 31 sierpnia 1998 r. w sprawie określenia organów uprawnionych obok Policji do prowadzenia dochodzeń oraz organów uprawnionych do wnoszenia i popierania oskarżenia

przed sądem pierwszej instancji w sprawach podlegających rozpoznaniu w postępowaniu uproszczonym, jak również zakresu spraw zleconym tym organom¹. Z drugiej strony można argumentować, że nie bez kozery w art. 121 § 1 k.k.s. posłużono się zwrotem „organ, który wnosi i popiera akt oskarżenia”, a nie użyto zwrotu „finansowy organ dochodzenia, który wnosi i popiera akt oskarżenia”. Użycie w tym przepisie określenia mającego szerokie znaczenie wcale nie musi świadczyć o zamiarze ustawodawcy objęcia nim także niefinansowych organów dochodzenia. Posługując się ogólnym pojęciem organ, ustawodawca ograniczył jego uprawnienia w tym zakresie wymogiem, by wniósł i popierał akt oskarżenia, a te kwestie regulują inne przepisy. Słusznie zatem przyjmuje się w literaturze, że niefinansowe organy dochodzenia nie są uprawnione do wnoszenia i popierania aktu oskarżenia². Za ograniczeniem uprawnień określonych w art. 121 § 1 k.k.s. do finansowych organów dochodzenia przemawia też treść art. 157 § 1 k.k.s., w którym jako oskarżyciela publicznego nie wymienia się organu dochodzenia, a wyraźnie jest mowa o finansowym organie dochodzenia. Gdyby rzeczywiście w art. 121 § 1 k.k.s. chodziło zarówno o finansowy i niefinansowy organ dochodzenia, to ustawodawca posłużyłby się w art. 157 k.k.s. pojęciem organ dochodzenia, tym bardziej, że określenie to nie jest obce temu kodeksowi. W art. 118 k.k.s. mowa jest przecież o organach dochodzenia w sprawach o przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe, których wyliczenie pokrywa się z finansowymi organami dochodzenia (urząd skarbowy, inspektor kontroli skarbowej, urząd celny, funkcjonariusz Inspekcji Celnej – art. 53 § 37 k.k.s.), oraz niefinansowymi organami dochodzenia (Straż graniczna, Policja, Żandarmeria Wojskowa, Urząd Ochrony Państwa – art. 53 § 38 k.k.s.).

Zawężenie zakresu pojęcia organ w art. 121 § 1 k.k.s. nastąpiło przez ograniczenie go do takiego organu, który wnosi i popiera akt oskarżenia. Ustalenie jego zakresu wymaga więc sięgnięcia do przepisów, które określają organy uprawnione do wnoszenia i popierania aktu oskarżenia. Z przeprowadzonej wyżej analizy wynika, że oskarżycielem w postępowaniu jest finansowy organ dochodzenia, tj.: 1) urząd skarbowy, 2) inspektor kontroli skarbowej, 3) urząd celny, 4) funkcjonariusz Inspekcji Celnej.

Finansowy organ dochodzenia jest oskarżycielem publicznym w postępowaniu zwyczajnym – o czym była mowa wyżej – wówczas, gdy prowadził dochodzenie, a następnie wniósł i poparł akt oskarżenia w sprawie, która jest rozpatrywana przez sąd w postępowaniu zwyczajnym, np. z powodu przekroczenia 21-dniowej przerwy w rozprawie (art. 384 § 2 k.p.k. ze zm. z art. 113 § 1

1 Dz. U. Nr 114, poz. 740.

2 W. Grzeszczyk, Postępowanie przygotowawcze w kodeksie karnym skarbowym, cz. 2, Prokuratura i Prawo 2000, nr 3, s. 75.

k.k.s.). Zgodnie z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. użyte w art. 46 k.p.k. słowo „prokurator” zastępuje się w takim przypadku pojęciem „finansowy organ dochodzenia”. W postępowaniu zwyczajnym finansowy organ dochodzenia nie jest oskarżycielem publicznym, gdy akt oskarżenia wniósł prokurator. Organ ten jedynie może działać w charakterze oskarżyciela publicznego; uprawnienie to przyznaje mu art. 157 § 2 k.k.s.

W rozprawie – ze względów ustrojowych danego organu – nie zawsze jest możliwe uczestnictwo samego organu. Niewątpliwie organem, który może brać udział w rozprawie, jest inspektor kontroli skarbowej³ oraz inspektor kontroli celnej⁴, ale nie jest to możliwe w wypadku, gdy chodzi o urząd skarbowy⁵ lub urząd celny⁶. Urząd skarbowy jest organem administracji rządowej, a urząd celny jest urzędem, za pomocą którego dyrektor urzędu celnego wykonuje zadania⁷. Na rozprawie zatem muszą one być reprezentowane przez upoważnioną osobę. Dlatego też w art. 157 § 1 i 2 k.k.s. przyjęto, że w rozprawie bierze udział finansowy organ dochodzenia „lub jego przedstawiciel”. W tym kontekście nasuwają się dwa pytania, czy mogą wyznaczyć swego przedstawiciela organy, które mogą same uczestniczyć w rozprawie, np. inspektor kontroli skarbowej, oraz kto może być tym przedstawicielem. Wykładnia językowa art. 157 § 1 k.k.s. wskazuje, że chodzi w nim o przedstawiciela finansowego organu dochodzenia, a więc każdego z tych organów; przepis nie rozróżnia organu, który może sam wystąpić od tego, który może być reprezentowany wyłącznie przez swego przedstawiciela. Słowa „jego przedstawiciel” połączone są z określeniem „finansowy organ dochodzenia” za pomocą funktora zdaniowego „lub”, co oznacza, że chodzi o przedstawiciela każdego finansowego

- 3 Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (Dz. U. z 1999 r., Nr 54, poz. 572 ze zm.) organami kontroli skarbowej są: 1) minister właściwy do spraw finansów publicznych jako naczelny organ kontroli skarbowej, 2) Generalny Inspektor Kontroli Skarbowej jako organ wyższego stopnia nad inspektorami kontroli skarbowej, 3) inspektorzy kontroli skarbowej.
- 4 Zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. o Inspekcji Celnej (Dz. U. Nr 71, poz. 449 ze zm.) centralnym organem jest Generalny Inspektor Celny podlegający Ministrowi Finansów, a terenowymi organami Inspekcji Celnej są regionalni inspektorzy celni podlegający Generalnemu Inspektorowi Celnemu.
- 5 W myśl art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 1996 r. o urzędach i izbach skarbowych (Dz. U. Nr 106, poz. 489 ze zm.) izby skarbowe i urzędy skarbowe są organami specjalnej administracji rządowej. Urzędem skarbowym kieruje naczelnik urzędu skarbowego, a izbą skarbową – dyrektor izby skarbowej (art. 5 ust. 3).
- 6 Zgodnie z art. 278 § 1 i 2 ustawy z dnia 9 stycznia 1997 r. – Kodeks celny (Dz. U. Nr 23, poz. 117 ze zm.) centralnym organem administracji państwowej w sprawach celnych jest Prezes Głównego Urzędu Ceł, a organem administracji państwowej w sprawach celnych jest dyrektor urzędu celnego.
- 7 Zob. art. 284 § 2 kodeksu celnego.

organu dochodzenia. Ponadto zgodnie z zasadą *lege nec nostrum est distinguere* nie można dokonywać podziału tych organów, na takie, które muszą występować same, gdyż na to pozwala ich ustrój, oraz na takie, które mogą być reprezentowane przez swojego przedstawiciela.

Ustawa nie określa, kto może być przedstawicielem finansowego organu dochodzenia jako oskarżyciel publiczny; nie uczyniono tego w tzw. słowniczku (art. 53 k.k.s.), jak też w art. 157 k.k.s. W związku z tym nasuwa się pytanie: czy – ze względu na nieuregulowanie tej kwestii – mają zastosowanie przepisy art. 88 i art. 89 k.p.k. dotyczące pełnomocnika. Odpowiedź na to pytanie uzależniona jest od rozstrzygnięcia kwestii, czy pojęcie „przedstawiciel” jest tożsame z określeniem „pełnomocnik”. Słowa „przedstawiciel” i „pełnomocnik” są synonimami⁸. Rozróżnienia takiego nie czyni też wyraźnie kodeks cywilny. Ponadto treść art. 95 *in fine* k.c. wyraźnie wskazuje, że przedstawicielstwo obejmuje także pełnomocnictwo. Jednakże trzeba mieć na uwadze, że w art. 96 k.c. rozróżnia się „przedstawicielstwo ustawowe” i „pełnomocnictwo”, przyjmując za kryterium tego podziału podstawę do działania w imieniu reprezentowanego. Umocowanie do działania w cudzym imieniu oparte na ustawie jest przedstawicielstwem ustawowym, a na oświadczeniu reprezentowanego – pełnomocnictwem. W kodeksie postępowania cywilnego z kolei mowa jest o pełnomocniku (art. 86 i n.). Przepisy te nie dają też podstawy do stwierdzenia, że użyte w art. 157 k.k.s. określenie „przedstawiciel” nie jest tożsame z terminem „pełnomocnik”. Trzeba bowiem zauważyć, że w art. 157 k.k.s. użyto pojęcia „przedstawiciel”, a nie posłużono się terminem „przedstawiciel ustawowy”, a zatem terminowi temu nie można nadawać treści określonej w art. 96 k.c., a ponadto upoważnienie do działania w imieniu finansowego organu dochodzenia nie opiera się na ustawie, gdyż ta – jak zauważono wyżej – milczy na ten temat, lecz konieczne jest konkretne upoważnienie (pełnomocnictwo). Wydawać by się mogło, że argumentacja ta stanowi wystarczającą podstawę do przyjęcia, że finansowy organ dochodzenia może być reprezentowany przez pełnomocnika, którym – zgodnie z art. 88 § 2 k.p.k. – może być radca prawny lub inny pracownik tego organu lub jego organu nadrzędnego, a nawet adwokata (art. 88 § 1 w zw. z art. 82 k.p.k.).

Treść art. 117 § 3 i art. 118 § 3 k.k.s., w których też jest mowa o przedstawicielu organu dochodzenia pozwala na wyprowadzenie wniosku, iż takim przedstawicielem może być tylko pracownik tego organu. Trudno sobie wyobrazić, by uprawnienie do wymierzania za wykroczenia skarbowe grzywny w drodze mandatu mogła wymierzać osoba nie będąca pracownikiem upoważ-

⁸ A. Dąbrówka, E. Geller, R. Turczyn, Słownik synonimów, Warszawa 1993, s. 104.

nionego do tego organu dochodzenia (*arg. ex art. 117 § 3 k.k.s.*) lub czynności procesowe organu dochodzenia wykonywała osoba spoza tego organu (*arg. ex art. 118 § 3 k.k.s.*). Nie sposób pojęciu „przedstawiciel organu dochodzenia”, użytemu w art. 157 § 1 i 2 k.k.s., nadać inne znaczenie niż w tych przepisach; brak jest ku temu uzasadnionych podstaw.

Finansowy organ dochodzenia jako oskarżyciel publiczny podlega wyłączeniu z tych samych przyczyn, co i prokurator. Jako do innego oskarżyciela publicznego ma zastosowanie art. 47 k.p.k.

IV. Postępowanie uproszczone

W postępowaniu uproszczonym rozpoznaniu podlegają zarówno przestępstwa skarbowe, jak i wykroczenia skarbowe. W tym trybie postępowania występują różnice w zależności od tego, czy przedmiotem procesu jest przestępstwo skarbowe, czy wykroczenie skarbowe. Zwrócić należy uwagę, że zgodnie z definicją ustawową przestępstwem skarbowym jest czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny w stawkach dziennych, kary ograniczenia wolności lub kary pozbawienia wolności (art. 53 § 2 k.k.s.), wykroczeniem skarbowym zaś jest czyn zabroniony przez kodeks pod groźbą kary grzywny określonej kwotowo, jeżeli kwota uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie należności publicznoprawnej albo wartość przedmiotu czynu nie przekracza pięciokrotnej wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia w czasie jego popełnienia, a także inny czyn zabroniony, jeżeli kodeks tak stanowi (art. 53 § 3 k.k.s.).

1. Postępowanie uproszczone w sprawach o przestępstwa skarbowe

Postępowanie sądowe w sprawach o przestępstwa skarbowe może się toczyć wówczas, gdy jego przedmiotem jest przestępstwo skarbowe zagrożone karą nie przekraczającą 3 lat pozbawienia wolności (art. 113 § 1 k.k.s. w zw. z art. 469 § 1 pkt 1 k.p.k.). Analiza działu II tytułu I k.k.s., obejmującego część szczególną, w której zgrupowane są przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe dowodzi, że żadne z typizowanych tam przestępstw nie jest zagrożone karą przekraczającą 3 lat pozbawienia wolności. Teoretycznie każda sprawa o przestępstwo skarbowe może być rozpoznana w tym trybie. Dla oceny bowiem tego zagrożenia istotna jest kara przewidziana w sankcji za dane przestępstwo skarbowe, niezależnie od jej modyfikacji wynikającej z części ogólnej k.k.s. Zgodnie z art. 53 § 5 k.k.s. zagrożeniem karnym jest zagrożenie karą przewidziane w odpowiednim przepisie tytułu I działu II – Część szczególna, określającym dany typ przestępstwa skarbowego. Jednakże tryb ten jest wyłączony, jeżeli przestępstwo skarbowe zostało popełnione w warunkach

obostrzenia kary, chociażby – ze względu na sposób obostrzenia – nie nastąpiło przekroczenie kary 3 lat pozbawienia wolności⁹. Stosowanie w takiej sytuacji trybu uproszczonego jest *expressis verbis* wyłączone przez art. 117 § 1 k.k.s., w którym mowa jest o tym, że postępowania uproszczonego nie stosuje się także w razie popełnienia przestępstwa skarbowego w warunkach określonych w art. 37 § 1 lub art. 38 § 2. Pierwszy z tych przepisów wymienia enumeratywnie okoliczności, które upoważniają sąd do zastosowania nadzwyczajnego obostrzenia kary, drugi zaś określa czyny, co do których może być zastosowane nadzwyczajne obostrzenie kary w sposób wymieniony w tym przepisie, jeżeli kwota uszczuplonej należności publicznoprawnej lub wartość przedmiotu czynu zabronionego jest wielka.

Podstawę nadzwyczajnego obostrzenia kary – zgodnie z art. 37 § 1 k.k.s. – stanowią:

1) popełnienie umyślnego przestępstwa skarbowego powodującego uszczuplenie należności publicznoprawnej dużej wartości albo popełnienie umyślnego przestępstwa skarbowego, którego przedmiotem jest duża wartość, chyba że w związku z przestępstwem skarbowym nastąpiło uszczuplenie należności publicznoprawnej, lecz została ona w całości uiszczona przed zamknięciem przewodu sądowego w pierwszej instancji;

2) uczynienie sobie przez sprawcę z popełniania przestępstw skarbowych stałego źródła dochodu;

3) popełnienie w podobny sposób, w krótkich odstępach czasu, dwóch lub więcej przestępstw skarbowych, zanim zapadł pierwszy wyrok, chociażby nieprawomocny, co do któregośkolwiek z nich i każdy z tych czynów wyczerpuje znamiona przestępstwa skarbowego określonego w tym samym przepisie, chyba że w związku z przestępstwem skarbowym nastąpiło uszczuplenie należności publicznoprawnej, a została ona w całości uiszczona przed zamknięciem przewodu sądowego w pierwszej instancji;

4) skazanie za umyślne przestępstwo skarbowe na karę pozbawienia wolności lub karę ograniczenia wolności albo karę grzywny, w ciągu 5 lat po odbyciu co najmniej 6 miesięcy kary pozbawienia wolności lub 6 miesięcy kary ograniczenia wolności, albo po uiszczeniu grzywny wynoszącej co najmniej 120 stawek dziennych, w razie popełnienia umyślnie przestępstwa skarbowego tego samego rodzaju;

5) popełnienie przestępstwa skarbowego w zorganizowanej grupie albo w związku mającym na celu popełnienie przestępstwa skarbowego, chyba że

⁹ T. Grzegorzczak, Wprowadzenie, (w:) Kodeks karny skarbowy. Nowa kodyfikacja, Warszawa 1999, s. 35.

sprawca odstąpił od udziału w zorganizowanej grupie lub związku i ujawniając przed organem ścigania istotne okoliczności zamierzonego przestępstwa skarbowego, zapobiegł jego popełnieniu;

6) popełnienie przestępstwa skarbowego przy użyciu przemocy lub groźby natychmiastowego jej użycia albo wspólnie z inną osobą, która używała przemocy lub groziła natychmiastowym jej użyciem;

7) doprowadzenie innej osoby, przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia, do popełnienia czynu zabronionego będącego przestępstwem skarbowym.

Nadzwyczajne obostrzenie kary polega na wymierzeniu kary pozbawienia wolności (art. 38 § 1 k.k.s.):

1) do 6 miesięcy albo kary ograniczenia wolności, jeżeli przestępstwo skarbowe jest zagrożone tylko karą grzywny do 360 stawek dziennych, co nie wyłącza wymierzenia także kary grzywny grożącej za to przestępstwo;

2) do roku albo kary ograniczenia wolności, jeżeli przestępstwo skarbowe jest zagrożone tylko karą grzywny przekraczającą 360 stawek dziennych, co nie wyłącza wymierzenia także kary grzywny grożącej za to przestępstwo;

3) przewidzianej za przypisane sprawcy przestępstwo skarbowe w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę, co nie wyłącza wymierzenia z takim samym obostrzeniem także kary grzywny grożącej za to przestępstwo obok kary pozbawienia wolności.

Specjalne nadzwyczajne obostrzenie kary przewidziane w art. 38 § 2 k.k.s. polega na wymierzeniu kary pozbawienia wolności w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego podwójnie, co nie wyłącza wymierzenia w wysokości do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę także kary grzywny grożącej za to przestępstwo, jeżeli sprawca popełnia ten czyn zabroniony określony w:

1) art. 54 § 1, art. 55 § 1, art. 56 § 1, art. 63 § 1 i 2, art. 65 § 1, art. 67 § 1, art. 70 § 1, 2 i 4, art. 76 § 1, art. 77 § 1, art. 78 § 1, art. 86 § 1 i 2, art. 87 § 1 i 2, art. 90 § 1, art. 91 § 1 oraz art. 92 § 1, a kwota uszczuplonej należności publicznoprawnej lub wartość przedmiotu czynu zabronionego jest wielka;

2) art. 98 § 2, a wartość przedmiotu czynu zabronionego jest wielka.

W takich wypadkach nie stosuje się nadzwyczajnego obostrzenia kary, jeżeli w związku z przestępstwem skarbowym nastąpiło uszczuplenie należności publicznoprawnej, lecz została ona w całości uiszczona przed zamknięciem przewodu sądowego w pierwszej instancji lub sprawca odstąpił od udziału w zorganizowanej grupie lub związku i ujawniając przed organem ścigania istotne okoliczności zamierzonego przestępstwa skarbowego, zapobiegł jego popełnieniu (art. 38 § 3 k.k.s.).

Wyłączenie w tych wypadkach trybu uproszczonego jest podyktowane większą wagą takich przestępstw skarbowych; z tego też względu sprawy o nie powinny być rozpoznawane w trybie zwyczajnym.

Trybu uproszczonego nie stosuje się też w wypadku, gdy oskarżony jest pozbawiony wolności lub wchodzi w grę obrona obowiązkowa przewidziana w art. 79 § 1 k.p.k. (art. 470 k.p.k.).

Udział prokuratora w rozprawie jest fakultatywny (art. 477 k.p.k.), natomiast udział finansowego organu dochodzenia w rozprawie jest obowiązkowy zarówno w sprawie, w której wniósł akt oskarżenia, jak i w takiej, w której uczynił to prokurator (art. 157 § 1 k.k.s.). Obowiązku tego nie znosi wzięcie udziału w rozprawie prokuratora. W art. 157 § 1 k.k.s. wyraźnie postanowiono, że udział prokuratora w rozprawie nie wyłącza obowiązku udziału finansowego organu dochodzenia. W wypadku, gdy bierze udział prokurator, finansowy organ dochodzenia działa obok prokuratora.

Ustawa nie ogranicza tego uprawnienia do finansowego organu dochodzenia, który wniósł akt oskarżenia, niemniej podkreśla, że ma to być w szczególności ten, który wniósł akt oskarżenia. Braku wyraźnego ograniczenia do finansowego organu dochodzenia, który wniósł akt oskarżenia, nie można rozumieć w ten sposób, że w rozprawie może brać udział każdy finansowy organ dochodzenia. Możliwość ta jest ograniczona zakresem przedmiotowym uprawnień do prowadzenia dochodzenia przez te organy, określonym w art. 133 § 1 k.k.s. I tak oskarżycielem publicznym może być:

1) urząd celny – w sprawach o przestępstwa skarbowe określone w art. 85 § 1 i 2, art. 86 § 1–3, art. 87 § 1–3, art. 88 § 1 i 2, art. 89 § 1 i 2, art. 90 § 1 i 2, art. 91 § 1–3, art. 92 § 1 i 2, art. 93 § 1–3, art. 94 § 1 i 2, art. 95 § 1, art. 98 § 2–3;

2) funkcjonariusz Inspekcji Celnej – w sprawach wyżej określonych ujawnionych w zakresie swego działania przez Inspekcję Celną;

3) urząd skarbowy – w sprawach o pozostałe przestępstwa skarbowe;

4) inspektor kontroli skarbowej – w sprawach o pozostałe przestępstwa skarbowe ujawnione w zakresie swego działania przez urząd kontroli skarbowej.

W postępowaniu tym w razie stwierdzenia istotnych braków postępowania, sąd zwraca sprawę skierowaną z aktem oskarżenia przez finansowy organ dochodzenia, nie prokuratorowi, a temu organowi (art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s. w zw. z art. 345 § 1 i art. 397 § 1 k.p.k.). Organ ten jest też uprawniony do wyrażenia zgody na skazanie oskarżonego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego (art. 122 § 1 pkt 2 k.k.s. w zw. z art. 387 § 2 k.p.k.).

2. Postępowanie uproszczone w sprawach o wykroczenia skarbowe

Treść art. 117 § 2 k.k.s. wskazuje jednoznacznie, że w sprawach o wykroczenia skarbowe właściwe jest postępowanie uproszczone i nakazowe; oznacza to, że nie jest dopuszczalne prowadzenie postępowania w trybie zwyczajnym. Jedyne wyjątek przewidziany jest w art. 484 § 2 k.p.k., tj. w postępowaniu zwyczajnym jest rozpoznawana w dalszym ciągu sprawa po przerwie rozprawy na okres dłuższy niż 21 dni. Przepis ten ma zastosowanie w postępowaniu w sprawach o wykroczenia skarbowe, bowiem przepisy k.k.s. nie zawierają w tym względzie odmiennego postanowienia.

Postępowanie uproszczone w sprawach o wykroczenia skarbowe ma szerszy zakres niż to postępowanie w sprawach o przestępstwa skarbowe, bowiem ten tryb jest dopuszczalny także wówczas, gdy oskarżony jest pozbawiony wolności w tej lub innej sprawie oraz co do oskarżonego będącego nieletnim, głuchym lub niewidomym, nie władającym językiem polskim, albo co do którego zachodzi uzasadniona wątpliwość co do jego poczytalności. Z mocy art. 113 § 3 pkt 2 k.k.s. nie ma w tych wypadkach zastosowania art. 470 k.p.k. przewidujący wyłączenie trybu uproszczonego. Rozpoznanie spraw o wykroczenia skarbowe odbywa się według procedury przewidzianej w rozdziale 51 k.p.k. W art. 117 § 2 k.k.s. wyraźnie wskazano, że w sprawach o wykroczenia skarbowe stosuje się odpowiednio przepisy k.p.k. o postępowaniu uproszczonym. Nie stosuje się przepisu rozdziału 54 k.p.k. regulującego sądowe postępowanie w sprawach o wykroczenia (art. 113 § 2 *in fine* k.k.s.).

W sprawach tych oskarżycielem publicznym jest organ dochodzenia. Jest on uprawniony do sporządzenia i wnoszenia aktu oskarżenia oraz do popierania go przed sądem, a także do występowania w toku całego postępowania, nie wyłączając czynności po uprawomocnieniu się orzeczenia (art. 121 § 2 k.k.s.). Odmiennie niż w wypadku finansowych organów dochodzenia w sprawach o przestępstwa skarbowe, precyzyjnie określono właściwość tych organów do występowania w charakterze oskarżyciela publicznego. Organy te określono przez odwołanie do art. 133 § 1 i art. 134 § 1 k.k.s., w których nie tylko wskazano te organy, ale także wykroczenia skarbowe, które zostały poddane ich właściwości rzeczowej. Z przepisów tych *mutatis mutandis* wynika, że oskarżycielami są:

1) urząd celny – w sprawach o wykroczenia skarbowe określone w art. 85 § 4, art. 86 § 4, art. 87 § 4, art. 88 § 3, art. 89 § 3, art. 90 § 3, art. 91 § 4, art. 92 § 3, art. 95 § 2, art. 96 § 1, art. 98 § 4, art. 104 § 2 oraz w sprawach ujawnionych z art. 104 § 1 i 3;

2) funkcjonariusz Inspekcji Celnej – w sprawach wyżej określonych ujawnionych w zakresie swego działania przez Inspekcję Celną;

3) urząd skarbowy – w sprawach o pozostałe wykroczenia skarbowe;

4) inspektor kontroli skarbowej – w sprawach o pozostałe wykroczenia skarbowe ujawnione w zakresie swego działania przez urząd kontroli skarbowej;

5) Straż Graniczna – w sprawach o wykroczenia skarbowe określone w art. 85 § 4, art. 86 § 4, art. 87 § 4, art. 88 § 3, art. 89 § 3, art. 90 § 3, art. 91 § 4, art. 92 § 3, art. 95 § 2, art. 96 § 1, art. 98 § 4, art. 104 § 1–3, ujawnione przez nią w zakresie swego działania;

6) Policja – w sprawach o wykroczenia skarbowe ujawnione w zakresie swego działania przez Policję.

W sprawach o wykroczenia skarbowe nie występuje podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej, dlatego też w postępowaniu tym nie mają zastosowania przepisy dotyczące udziału tej strony w postępowaniu sądowym.

Jeżeli skazany za wykroczenie skarbowe jest osobą przebywającą jedynie czasowo na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej albo nie ma na tym terytorium stałego miejsca zamieszkania lub stałego miejsca pobytu, sąd może orzec natychmiastową wykonalność orzeczenia skazującego na karę grzywny; jednocześnie sąd orzeka zastępczą karę pozbawienia wolności na wypadek nieuiszczenia orzeczonej kary grzywny w terminie 3 dni (art. 164 k.k.s.).

V. Postępowanie zwyczajne

Przebieg postępowania zwyczajnego zasadniczo nie różni się od tego postępowania w procesie powszechnym. Zasadnicza różnica polega na możliwości udziału w rozprawie – o czym sygnalizowano wyżej – w charakterze oskarżyciela publicznego, obok prokuratora, finansowego organu dochodzenia lub jego przedstawiciela (art. 157 § 2 k.k.s.). W rozprawie obowiązkowy jest udział prokuratora (art. 46 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.), a w sprawie, w której akt oskarżenia wniósł i popierał finansowy organ dochodzenia – udział tego organu (art. 450 § 1 k.p.k. w zw. z art. 122 § 1 pkt 1 k.k.s.). Uczestnictwo finansowego organu dochodzenia lub jego przedstawiciela jest fakultatywne w sprawie, w której akt oskarżenia wniósł prokurator. Udział ten – z punktu widzenia praktycznego – może być uzasadniony w sprawach, w których chodzi skomplikowany stan faktyczny lub ważne zagadnienia prawne dotyczące sfery będącej przedmiotem działalności tego organu, np. spraw celnych, dewizowych.

Finansowy organ dochodzenia może wziąć udział w rozprawie nie tylko wtedy, gdy prowadził dochodzenie, a prokurator zatwierdził i wniósł akt oskarżenia do sądu (art. 155 § 2 k.k.s.), ale także wówczas, gdy prokurator sam prowadził dochodzenie i wniósł akt oskarżenia¹⁰.

¹⁰ *Ibidem*, s. 36.

VI. Wspólne regulacje przebiegu postępowania sądowego uproszczonego i zwyczajnego

W postępowaniu w sprawach o przestępstwa skarbowe może występować jako strona podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej (art. 120 § 1 k.k.s.), a w sprawach tych i w sprawach o wykroczenia – także interwenient (art. 120 § 2 k.k.s.). W związku z tym ustawa reguluje kwestie, które mogą wystąpić w związku z udziałem w rozprawie tych stron.

W razie niestawiennictwa na rozprawę podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, któremu prawidłowo doręczono wezwanie, rozprawa może być prowadzona; niestawiennictwo to nie stoi na przeszkodzie rozpoznaniu sprawy i wydaniu orzeczenia (art. 158 § 1 k.k.s.). W takim wypadku rozstrzygnięcie o nałożeniu odpowiedzialności posiłkowej następuje w wyroku zaocznym. Tak jest niezależnie od rodzaju postępowania sądowego: zwyczajnego czy uproszczonego. Wyrok ten doręcza się temu podmiotowi, który w terminie 7 dni od doręczenia wyroku może wnieść sprzeciw, w którym powinien usprawiedliwić swoją nieobecność na rozprawie. Wraz ze sprzeciwem może złożyć wniosek o uzasadnienie wyroku na wypadek nieprzyjęcia lub nieuwzględnienia sprzeciwu. Sąd nie uwzględni sprzeciwu, jeżeli uzna jego nieobecność za nie usprawiedliwioną, przy czym na postanowienie to służy zażalenie. Uwzględnienie sprzeciwu powoduje ponowne rozpoznanie sprawy, z tym że wyrok zaoczny traci moc, gdy podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej lub jego pełnomocnik stawi się na rozprawę (art. 482 k.p.k. w zw. z art. 158 § 3 k.k.s.). W takiej sytuacji dalsze postępowanie dotyczy tylko kwestii odpowiedzialności posiłkowej.

W razie niestawiennictwa oskarżonego mają zastosowanie przepisy k.p.k., i gdy proces toczy się w trybie uproszczonym, obecność jego nie jest obowiązkowa, wobec tego może być – jeżeli są spełnione warunki określone w art. 479 § 1 k.p.k. – wydany wyrok zaoczny.

Jeżeli jednak podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej usprawiedliwi swoje niestawiennictwo i jednocześnie wniesie o odroczenie rozprawy, nie można jej przeprowadzić w czasie jego nieobecności (art. 158 § 2 k.k.s.).

Ponadto w razie wyłączenia jawności rozprawy głównej także podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej oraz interwenient mogą żądać pozostawienia na sali rozpraw po nie więcej niż dwie osoby (art. 159 k.k.s.).

Ustawa określa też sposób przesłuchania osób na rozprawie. Osobie przesłuchiwanej, identycznie jak w procesie powszechnym, należy umożliwić swobodne wypowiedzenie się w granicach określonych celem danej czynności, a dopiero następnie można zadawać pytania zmierzające do uzupełnienia, wyjaśnienia lub kontroli wypowiedzi. Inna jest natomiast kolejność zadawania

pytań. Jest to związane z występowaniem innych jeszcze stron, a mianowicie interwenienta i podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, a także ich pełnomocników. Osobie przesłuchiwanej mogą być zadawane pytania w następującym porządku: oskarżyciel publiczny, interwenient, pełnomocnik interwenienta, biegły, podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej, pełnomocnik podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, obrońca, oskarżony, członkowie składu orzekającego (art. 160 k.k.s.). Strona, na której wniosek został dopuszczony świadek, zadaje pytania przed pozostałymi stronami. W razie potrzeby członkowie składu orzekającego mogą w każdym momencie zadawać dodatkowe pytania. Przewodniczący uchyla pytania sugerujące osobie przesłuchiwanej treść odpowiedzi lub gdy z innych powodów uznaje je za niestosowne (art. 370 § 2–4 k.p.k. w zw. z art. 160 k.k.s.).

K.k.s. wprowadza dodatkowe warunki dotyczące możliwości skazania oskarżonego bez przeprowadzenia postępowania dowodowego. W wypadku gdy w związku z przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym nastąpiło uszczuplenie lub narażenie na uszczuplenie należności publicznoprawnej, sąd może – zgodnie z art. 161 § 1 k.k.s. – uzależnić uwzględnienie wniosku oskarżonego o takie skazanie od uiszczenia tej należności w całości w wyznaczonym terminie. Uiszczenie uszczuplonej należności publicznoprawnej jest obowiązkowe, jeżeli sprawca popełni umyślnie przestępstwo skarbowe powodując uszczuplenie należności publicznoprawnej dużej wartości albo popełni umyślnie przestępstwo skarbowe, a wartość przedmiotu czynu zabronionego jest duża (art. 37 § 1 pkt 1 k.k.s.) lub dopuści się ciągu przestępstw skarbowych (art. 37 § 1 pkt 3 k.k.s.) albo zachodzą warunki do specjalnego nadzwyczajnego obostrzenia kary (art. 38 § 2 k.k.s.). Jeżeli w sprawie o przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe zgłoszono interwencję, sąd nie może przychylić się do wniosku o skazanie bez przeprowadzenia postępowania dowodowego, dotyczącego orzeczenia przepadku przedmiotów, gdy interwenient temu się sprzeciwi na piśmie lub ustnie do protokołu (art. 161 § 2 k.k.s.).

W związku z występowaniem w tym postępowaniu innych jeszcze stron, konieczne stało się uregulowanie porządku głosów stron. Głos zabierają kolejności: oskarżyciel publiczny, pełnomocnik interwenienta, interwenient, pełnomocnik podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej, obrońca i oskarżony (art. 162 § 1 k.k.s.). Ustawa nie określa, kto przemawia jako pierwszy w sytuacji, gdy obok prokuratora występuje jako oskarżyciel publiczny finansowy organ dochodzenia. Jest to pozostawione do uzgodnienia między tymi oskarżycielami. O tym, który z nich wystąpi jako pierwszy, decydują okoliczności sprawy, a zwłaszcza istotne jest to, jakie kwestie wymagają szczególnego naświetlenia oraz który

z oskarżycieli może to uczynić najlepiej. Niedopuszczalne jest, by obaj oskarżyciele omawiali te same problemy. Z reguły podział zagadnień, które zostaną omówione przez prokuratora i finansowy organ dochodzenia lub jego przedstawiciela powinien następować w taki sposób, że jeden z nich omówi stan faktyczny sprawy i dowody, a drugi problemy prawne i okoliczności wpływające na wymiar kary. Nie można a priori zakładać, że któreś z tych zagadnień najlepiej przedstawi prokurator lub finansowy organ dochodzenia; jest to zależne od ich skomplikowanego charakteru i przygotowania oskarżycieli.

W wypadku replikowania przez oskarżyciela publicznego, chociażby jednego z nich, interwenienta lub jego pomocnika, ponowne zabranie głosu przysługuje podmiotowi pociągniętemu do odpowiedzialności posiłkowej, jego pełnomocnikowi, obrońcy i oskarżonemu (art. 162 § 2 k.k.s.). Wydaje się, że pełnomocnik podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej powinien przemawiać przed tym podmiotem. Kolejność powinna być taka sama jak przy przemówieniach. W art. 162 § 2 k.k.s. ustalono inną kolejność, co jest niezrozumiałe.

Występowanie dodatkowych stron wymagało też modyfikacji co do uregulowania treści orzeczenia kończącego postępowanie. Zgodnie z art. 163 k.k.s. orzeczenie kończące postępowanie powinno w miarę potrzeby zawierać również rozstrzygnięcie co do odpowiedzialności posiłkowej, roszczeń interwenienta, ściągnięcia równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów, przedmiotów zajętych na zabezpieczenie jej równowartości lub należności publicznoprawnej uszczuplonej lub narażonej na uszczuplenie przez przestępstwo skarbowe lub wykroczenie skarbowe.

VII. Postępowanie nakazowe

Postępowanie nakazowe stosuje się w sprawach o przestępstwa skarbowe, jak i o wykroczenia skarbowe. Może ono być stosowane w sprawach o przestępstwa skarbowe tylko wówczas, gdy okoliczności sprawy pozwalają na orzeczenie kary ograniczenia wolności lub grzywny (art. 500 § 1 k.p.k. w zw. z art. 113 § 1 k.k.s.), natomiast w tym trybie może być rozpoznana sprawa o każde wykroczenie. Ta ostatnia możliwość wynika przede wszystkim z faktu, iż wykroczenie jest czynem zagrożonym karą grzywny (art. 53 § 3 k.k.s.) oraz z wyraźnej regulacji w art. 117 § 2 k.k.s.

Orzeczenie nakazu karnego, poza wypadkami określonymi w art. 501 k.p.k., tj. w stosunku do osoby pozbawionej wolności w tej lub innej sprawie, lub w wypadku obrony obowiązkowej określonej w art. 79 § 1 k.p.k., jest niedopuszczalne także wtedy, jeżeli (art. 171 § 1 k.k.s.):

- 1) stosuje się przepisy o odpowiedzialności posiłkowej;
- 2) zgłoszono interwencję co do przedmiotów podlegających przepadkowi, chyba że zostanie ona wycofana przez interwenienta do czasu wniesienia aktu oskarżenia do sądu.

W posiedzeniu dotyczącym orzeczenia nakazu karnego udział finansowego organu dochodzenia lub jego przedstawiciela, w szczególności tego, który wniósł akt oskarżenia, nie jest obowiązkowy, jednakże prezes sądu lub sąd może zarządzić, by organ ten wziął udział (art. 171 § 2 k.k.s.). W wypadku zarządzenia jego obowiązkowego udziału nie jest możliwe rozpoznanie sprawy w razie jego nieobecności. Zgodnie bowiem z art. 171 § 3 k.k.s. nieusprawiedliwione niestawiennictwo prawidłowo zawiadomionych o terminie stron i ich przedstawicieli procesowych nie tamuje toku posiedzenia, chyba że stawiennictwo było obowiązkowe.

Nakazem karnym może być orzeczona za przestępstwo skarbowe kara grzywny w granicach nie przekraczających wysokości 200 stawek dziennych, chyba że kodeks przewiduje karę łagodniejszą, albo karę ograniczenia wolności, a za wykroczenie skarbowe – kara grzywny w granicach nie przekraczających dziesięciokrotnej wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia (art. 172 § 1 w zw. z art. 23 § 2 i art. 48 § 3 k.k.s.). Obok tej kary można, w wypadkach przewidzianych w kodeksie, orzec przepadek przedmiotów oraz ściągnięcie równowartości pieniężnej przepadku przedmiotów (art. 172 § 2 k.k.s.). Możliwe jest też poprzestanie na orzeczeniu tych środków karnych, jeżeli zachodzą warunki orzeczenia tylko tych środków (art. 172 § 3 k.k.s.).

VIII. Postępowanie w stosunku do nieobecnych

K.k.s. utrzymał postępowanie w stosunku do nieobecnych, które ma na celu umożliwienie prowadzenia postępowania przygotowawczego i sądowego, mimo nieobecności oskarżonego lub podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej (art. 173 § 1 i 3 k.k.s.). Postępowanie to jest dopuszczalne przeciwko sprawcy przestępstwa skarbowego lub wykroczenia skarbowego przebywającemu stale za granicą, albo gdy nie można ustalić jego miejsca zamieszkania lub pobytu w kraju. Postępowanie wówczas toczy się podczas jego nieobecności. W sprawach o wykroczenie skarbowe postępowanie to może być prowadzone tylko przeciwko oskarżonemu, gdyż w tych sprawach – o czym była mowa wyżej – podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej nie występuje (*arg. ex art. 53 § 40 k.k.s.*). Prowadzenie tego postępowania nie jest uzależnione od nieobecności oskarżonego i podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. W razie nieobecności jednego z nich, w tym

trybie będzie prowadzone w stosunku do niego, a drugiego – na normalnych zasadach. Postępowanie to może być prowadzone zarówno jako postępowanie zwyczajne, jak i uproszczone¹¹.

Nie jest dopuszczalny ten tryb w wypadkach, gdy (art. 173 § 2 i 3 k.k.s.):

1) wina sprawcy lub okoliczności popełnienia czynu zabronionego budzą wątpliwości, a w stosunku do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej budzą wątpliwości podstawy jej nałożenia określone w art. 24 k.k.s.;

2) oskarżony lub podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej ukrył się po wniesieniu do sądu aktu oskarżenia, a także wówczas, gdy w toku postępowania przed sądem ustalono jego miejsce zamieszkania lub pobytu w kraju.

Postępowanie toczy się na zasadach ogólnych, przy czym nie stosuje się przepisów, których nie można wykonać z powodu nieobecności oskarżonego albo podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej (art. 174 k.k.s.). Postępowanie to toczy się na podstawie przepisów k.k.s. i recypowanych przepisów k.p.k., a modyfikacje proceduralne wynikają z nieobecności oskarżonego lub podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności karnej posiłkowej¹². W postępowaniu sądowym nie wchodzi w grę przesłuchanie oskarżonego lub podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, dokonanie konfrontacji, okazania, doręczanie bezpośrednio wezwań oraz orzeczeń. Z reguły nie jest możliwe stosowanie doręczenia zastępczego, gdyż osoby te mogły nie wiedzieć o toczącym się postępowaniu i z tego powodu nie wskazały adresata do doręczeń w kraju (art. 138 k.p.k.).

Nad ich interesami w postępowaniu czuwa obrońca oskarżonego i pełnomocnik podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej. Prezes sądu właściwego do rozpoznania sprawy wyznacza nieobecnemu oskarżonemu obrońcę z urzędu (art. 176 § 1 k.k.s.), a pełnomocnika nieobecnemu podmiotowi pociągniętemu do odpowiedzialności posiłkowej, gdy nie ma on pełnomocnika. Pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny (art. 123 § 1 k.k.s.). Wyznaczenie adwokata lub radcy prawnego dla nieobecnego podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej jest równoznaczne z udzieleniem pełnomocnictwa (art. 176 § 2 k.k.s.).

Udział obrońcy i pełnomocnika w rozprawie jest obowiązkowy. Co do obrońcy obowiązek taki wynika z art. 176 § 1 *in fine* k.k.s., w którym postanowiono, że „udział obrońcy jest obowiązkowy także (podkreślenie – R.A.S.) w postępowaniu odwoławczym”. Słowo „także” wskazuje, że taki sam obowiązek istnieje w postępowaniu pierwszoinstancyjnym. Dyskusyjna może być kwestia, czy

11 *Ibidem*, s. 40.

12 F. Prusak, Ustawa karna skarbową z komentarzem, Warszawa 1992, s. 402.

obowiązkowy jest udział także pełnomocnika podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, skoro w art. 176 § 2 k.k.s. dotyczącym tego podmiotu nie ma o tym wzmianki. Wniosek o istnieniu takiego obowiązku wynika z odpowiedniego stosowania do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej § 1 art. 176 k.k.s., do którego odesłano w § 2 tego przepisu. Skoro w § 2 mowa jest o tym, że przepis § 1 tego artykułu stosuje się odpowiednio do podmiotu pociągniętego do odpowiedzialności posiłkowej, to trzeba przyjąć, że dotyczy to także zd. 2 tego przepisu, który określa obowiązek udziału obrońcy. Odpowiednie jego zastosowanie do tego podmiotu oznacza, że w miejsce pojęcia „obrońca” wchodzi termin „pełnomocnik”. Obligatoryjny udział w tym postępowaniu pełnomocnika jest uzasadniony względami merytorycznymi. Podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej jest stroną bierną i w procesie tym rozstrzyga się o jego odpowiedzialności. Jego pozycja procesowa – jak podkreślono w uzasadnieniu projektu k.k.s. – jest zbliżona do pozycji oskarżonego¹³. Nie do przyjęcia jest – z punktu gwarancyjnego – by nie był reprezentowany w tym procesie przez pełnomocnika, skoro sam nie może brać udziału.

W razie osobistego zgłoszenia się skazanego do rozporządzenia sądu lub ujęcia skazanego, doręcza mu się odpis prawomocnego wyroku. Na wniosek skazanego złożony na piśmie w zawitym terminie 14 dni od daty doręczenia, sąd, którego wyrok się uprawomocnił, a więc wyrok sądu pierwszej instancji lub drugiej instancji, w zależności od tego, czy wyrok był zaskarżony, wyznacza niezwłocznie rozprawę, a wydany w tej instancji wyrok traci moc z chwilą stawienia się skazanego na rozprawie (art. 177 k.k.s.). Po utracie mocy przez wyrok, postępowanie toczy się przed sądem tej instancji, którego wyrok się uprawomocnił. W przepisie tym wyraźnie podkreślono, że traci moc wyrok wydany w tej instancji.

Przepis wymaga wyraźnie, by w takim wypadku rozprawę wyznaczył sąd; nie może tego uczynić prezes sądu, do którego kompetencji należy wydanie pisemnego zarządzenia o wyznaczeniu rozprawy głównej (art. 350 § 1 k.p.k.). Wyznaczenie rozprawy następuje w formie postanowienia; sąd nie jest bowiem uprawniony do wydawania zarządzeń (*arg. ex art. 93 § 1 i 2 k.p.k.*).

Takiego wniosku nie może złożyć podmiot pociągnięty do odpowiedzialności posiłkowej. W art. 177 k.k.s. mowa jest o skazanym, a zakresem tego pojęcia nie można uznać podmiotu, którego w całości lub w części uznano za odpowiedzialnego posiłkowo.

¹³ Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny skarbowy, z. 25, Warszawa 1999, s. 258.

Paulina Wolańska-Nowak, Wojciech Branicki

Baza danych profili DNA – nowe narzędzie dla wymiaru sprawiedliwości

I. Uwagi wstępne

W 1994 roku Wielka Brytania, jako pierwszy kraj na świecie przystąpiła do tworzenia narodowej bazy danych profili DNA¹.

Przedsięwzięcie to stało się możliwe dzięki przeprowadzeniu przez rząd brytyjski odpowiednich zmian legislacyjnych oraz wprowadzeniu przez Forensic Science Service (FSS) analizy układów typu STR (ang. *Short Tandem Repeats*) do identyfikacji osobniczej w sprawach sądowych.

Analiza układów typu STR o tetranukleotydowej jednostce repetytywnej jest obecnie powszechnie akceptowanym schematem postępowania przy profilowaniu DNA w pracowniach medyczo-sądowych². Uzyskanie wysokiej siły dyskryminacji jest możliwe poprzez analizę kilku układów mikrosatelitarnych, których wybór nie jest przypadkowy. Analizowany locus musi spełniać szereg kryteriów, jak wysoka siła dyskryminacji, długość alleli ok. 200–300pz, niskie tempo mutacji³. Istotna jest też wiarygodność i powtarzalność wyników, odpowiedni rozkład częstości alleli dla danego locus jak również położenie samego locus na chromosomie. Najczęściej analizuje się obecnie kilka loci mikrosatelitarnych w oparciu o reakcję typu multipleks, a więc jednoczesną amplifikację i analizę kilku układów. Analiza systemów typu STR jest bardzo wiarygodna, szybka, a obecnie także w znacznym stopniu zautomatyzowana. Wybór tego rodzaju techniki w laboratorium daje zatem znaczne korzyści z punktu widzenia organizacji potężnych baz danych profili DNA.

Systemy prawne w większości krajów nie zezwalają na gromadzenie dla potrzeb śledztwa informacji dotyczących danych osobistych, do jakich zalicza się dane genetyczne. Wynika to między innymi z faktu podporządkowania się

1 D. Butler, UK to set up DNA database of criminals..., *Nature* 1994, vol. 370, s. 588–589.

2 P.M. Schneider, Basic issues in forensic DNA typing, *Forensic Science International*.

3 P. Gill, A. Urquhart, E. Millican, N. Oldroyd, S. Watson, R. Sparkes, C.P. Kimpton, *Criminal Intelligence Database and Interpretation of STRs*, (w:) *Advances in Forensic Haemogenetics* 6, A. Carracedo, B. Brinkman, W. Bar (ed), Springer, Berlin, Heidelberg 1996, s. 235–242.

zaleceniom Deklaracji Praw Człowieka^{4, 5}. Dotychczasowe doświadczenia wskazują jednak, że baza danych profili DNA pozwala przyspieszyć rozwiązywanie poważnych przestępstw, jak również w natychmiastowe wykluczanie niewinnie podejrzanych. Coraz częściej wskazuje się na konieczność tworzenia baz danych gromadzących informacje na temat profili DNA przestępców. Znaczne kontrowersje wzbudzała między innymi konieczność pobierania do badań krwi, która sklasyfikowana jest pod względem prawnym jako „próbka intymna”, którą można pobrać jedynie za zgodą dawcy. Uzyskanie takiej zgody od podejrzanych byłoby często niemożliwe, co znacznie ograniczałoby sprawne i efektywne tworzenie bazy danych. Doprowadziło to do weryfikacji krwi jako materiału porównawczego na korzyść materiału pobieranego w sposób mniej inwazyjny, jak wymaz z nabłonków jamy ustnej, czy cebulki włosowe. Tego rodzaju materiał może być w niektórych krajach, jak Wielka Brytania, pobierany, w razie konieczności, nawet z użyciem siły⁶.

Bardzo niebezpieczne w skutkach byłoby wprowadzenie do bazy profili DNA nieprawdziwych danych. Porównania pomiędzy wynikami profilowania pojedynczych osób i nieznanymi śladów prowadzone są poprzez komputerowy bank danych przez kilka lat. Wprowadzenie błędnych informacji mogłoby mieć bardzo przykre konsekwencje. Ma tu miejsce zupełnie odmienna sytuacja niż przy procedurach stosowanych w dochodzeniu spornego ojcostwa, gdzie porównuje się między sobą wyniki otrzymane na bieżąco. Wszelkie rodzaje błędów w przypadku baz danych są szczególnie groźne. Generalnie można sobie wyobrazić dwa rodzaje błędów. Pierwsze polegające na fałszywym włączeniu, mogą prowadzić do oskarżenia niewinnej osoby i są w związku z tym szczególnie poważne. Drugi rodzaj potencjalnego błędu, to fałszywe wykluczenie, a więc utrata dowodu w śledztwie. Znaczna automatyzacja analiz układów typu STR obniża oczywiście prawdopodobieństwo popełnienia błędu. Bardzo istotne wydaje się jednak być odpowiednie przeszkolenie personelu, odpowiednia organizacja pracy i nieustanne kontrole jakości.

4 J. Czapska, J. Wójcikiewicz, *Policja w społeczeństwie obywatelskim*, Wyd. Zakamycze, Kraków 1998.

5 The Second European Symposium on Human Identification, Innsbruck, Austria, 1998, Speaker Abstracts.

6 D.J. Werret, *The National DNA Database*, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 33–42.

II. Zarys struktury i funkcjonowania brytyjskiej bazy danych

Narodowa baza danych profili DNA jest używana w z powodzeniem w Wielkiej Brytanii od 1995 roku zarówno do typowania podejrzanych, jak i analizy profili skazanych.

Zanim zainicjowano działanie narodowej bazy danych profili DNA Forensic Science Service (FSS) ustaliło 5 letnią strategię co do rozwoju, walidacji i wprowadzania technologii DNA. Strategia ta była ukierunkowana na potrzeby wymiaru sprawiedliwości, w sensie podnoszenia jakości ekspertyz. Będąc głównym ośrodkiem wykonującym analizy śladów w Wielkiej Brytanii FSS był w stanie nadać tempo rozwojowi nowych technologii dla celów sądownictwa.

Prawodawstwo w Wielkiej Brytanii zostało zmienione tak, aby możliwe było gromadzenie i wykorzystanie osobistych danych genetycznych dla celów śledztwa. Brytyjski Criminal Justice Act niejako autoryzuje utworzenie narodowej bazy danych.

Brytyjski system bazy danych profili DNA analizuje przede wszystkim próbki od osób podejrzanych o dokonanie przestępstwa oraz wszelki materiał biologiczny zabezpieczany na miejscu zdarzenia.

Rutynowo od podejrzanych pobiera się po dwa wymazy z jamy ustnej, jeden przeznaczony do analizy, drugi jest zabezpieczany i przechowywany w temperaturze -8°C . Odpowiednio zakodowana próbka podlega następnie wszystkim kluczowym etapom analizy: ekstrakcji DNA, oznaczeniu ilości, amplifikacji i elektroforezie z zastosowaniem analizatorów DNA – ABD 377. Do analizy wykorzystuje się wybrane układy typu STR amplifikowane w jednej reakcji łańcuchowej polimerazy (PCR) typu multipleks – jest to tak zwany SGM (Second Generation Multiplex – multipleks drugiej generacji) opracowany i dostępny w FSS. SGM składa się z sześciu loci typu STR, pozwala także na określenie płci osoby, od której próbka została pobrana. Zestaw ten został zweryfikowany w ponad 200 000 testów, włączając w to próbki kontrolne, ślady pojedyncze i mieszane z miejsc zdarzenia. Analiza tych układów daje średnie prawdopodobieństwo zgodności pomiędzy 1 do 50, a 1 do 100 milionów. Miesięcznie baza danych określa ponad 10 000 profili. Obecnie Forensic Science Service poddaje walidacji kolejny zestaw, tak zwany Second Generation Multiplex Plus, pozwalający na jednoczesne oznaczenie polimorficznych alleli typu STR w zakresie 10 loci. Statystycznie prawdopodobieństwo, że dwie przypadkowo wybrane z populacji osoby będą miały ten sam genotyp w zakresie analizowanych loci wynosi $2,99 \times 10^{-13}$ dla rasy białej. W pracach nad walidacją SGM Plus uczestniczyła również Pracownia Hemogenetyki Sądowej Instytutu Ekspertyz Sądowych w Krakowie.

Po amplifikacji (namnożeniu) DNA produkty reakcji PCR poddawane są następnie elektroforezie, a każdy żel zawiera rutynowo jako kontrole: dwie ścieżki drabiny alleli, standard wewnętrzny, znaną próbkę oraz negatywną i pozytywną kontrolę PCR. Istotne jest, że oznaczenia alleli przeprowadzają dwaj niezależni pracownicy, a ewentualne wątpliwości rozstrzyga specjalnie przeszkolony trzeci specjalista.

Po zakończeniu powyższej procedury oznaczony profil trafia do bazy danych i natychmiast jest porównywany ze wszystkimi profilami zawartymi w bazie. Jeżeli wynikiem tych przeszukiwań będzie znalezienie zgodności z profilem zawartym w bazie, wówczas udostępniana jest druga próbka, zabezpieczona w zamrażarce. Połowa tej próbki podlega kolejnej, niezależnej analizie. W przypadku, gdy druga analiza potwierdzi zgodność profili, wynik ten przekazywany jest policji. Do roku 1997 wykorzystanie bazy danych zapewniło ponad 2200 powiązań pomiędzy podejrzanymi a śladami miejscami zbrodni i 1200 powiązań pomiędzy różnymi miejscami zdarzenia.

Wstępna opinia podaje szczegóły uzyskanej zgodności, z kolei na zlecenie prokuratury pobiera się kolejną próbkę od podejrzanego, która poddana zostaje analizie przez zespół zajmujący się sprawami kryminalnymi.

W przypadku uniewinnienia podejrzanego, jego profil jest usuwany z bazy danych, a próbka wymazu niszczone. W sytuacji skazania winnego, jego profil pozostaje w bazie danych. Obecnie nie ma żadnych uregulowań prawnych, co do czasu przechowywania profilu DNA w bazie. Zdarzyło się, iż kilka osób wcześniej skazanych za przestępstwa na tle seksualnym zgłosiło się dobrowolnie, aby włączyć ich profile DNA do bazy danych. Powodem takiej decyzji była procedura stosowana rutynowo przez policję polegająca na sprawdzaniu alibi osób notowanych w kartotekach policyjnych w przypadku tego rodzaju przestępstwa. Figurowanie w bazie danych może uchronić takie osoby przed najściami policji w przypadku przestępstw dokonywanych w ich okolicy.

Niezależnie od dodawania próbek kontrolnych do każdego oznaczenia, stosuje się dodatkowe kontrole jakości. 10% próbek jest rutynowo powtarzanych, 5 próbek miesięcznie znanych tylko policji jest poddawanych analizie przez zespół zajmujący się kontrolą jakości (Quality Management System). Wyniki wszelkich kontroli są archiwizowane. Zewnętrzny audyt przeprowadzany jest przez United Kingdom Accreditation Service sprawdzający przestrzeganie ustalonych procedur.

Ze względów legislacyjnych (Data Protection Act), każda osoba może żądać udostępnienia każdej informacji na swój temat i Forensic Science Service jest odpowiedzialny za dostarczenie takiej informacji.

Personel zorganizowany jest w zespołach o strukturze pionowej, to znaczy każdy zespół analizuje próbki od początku do końca, mając do dyspozycji własny sprzęt, za który odpowiada. Zapewnia to poczucie odpowiedzialności i właściwej jakości na każdym etapie badań, a także umożliwia porównywanie zespołów pod względem wywiązywania się z obowiązków.

Duże znaczenie przywiązuje się do właściwego przeszkolenia personelu zajmującego się organizacją bazy danych. Izolacja, oznaczanie ilościowe, amplifikacja i nakładanie próbek na żel wymagają dwutygodniowego szkolenia, po czym następują powtarzające się sprawdziany umiejętności. Z kolei przeprowadzanie ostatniego etapu analizy czyli genotypowania wymaga około trzymiesięcznego szkolenia absolwentów uniwersytetu. Forensic Science Service współpracuje również ze światowej sławy specjalistami z dziedziny statystyki czy biologii molekularnej, którzy w razie konieczności mogą złożyć wyjaśnienia w sądzie.

Sekcja zajmująca się tworzeniem bazy danych posiadała w październiku 1997 roku 40 analizatorów DNA. Każdy taki analizator może dostarczyć około 12 000 profili rocznie, jeżeli jest używany 3–4 razy w ciągu dnia. Każdy z analizatorów wymaga średnio 11 osób, włączając serwis, który zapewnia jego pełne wykorzystanie.

Statystyka z czerwca 1998 roku:

- zanalizowanych ponad 300 000 próbek,
- 13 430 próbek wyeliminowanych, ponieważ podejrzanych uniewinniono,
- 19 000 próbek od osobników wykazało zgodność z zabezpieczonymi śladami z miejsc zdarzenia, 4 500 profili ze śladów z miejsc zdarzenia wykazało zgodność ze śladami z innych miejsc zdarzenia.

III. Przegląd sytuacji w wybranych krajach europejskich

W chwili obecnej bazy danych profili DNA są tworzone w większości krajów Europy zachodniej.

W Holandii, mimo że środowisko prawnicze uznało, iż testowanie DNA oferuje wyjątkowe możliwości identyfikowania podejrzanych, użycie DNA jako inkryminującego dowodu było ograniczone prawem. Oskarżony, który odmawiał współdziałania, nie mógł być zmuszony do pobrania jego krwi jako próby porównawczej. Dopiero w 1993 roku Królowa podpisała statut wprowadzający nową legislację prawną dotyczącą DNA w holenderskim Kodzie Procedury Kryminalistycznej. Oto jego główne przesłanki:

- Umożliwienie pobierania materiału porównawczego bez zgody podejrzanego. Obecnie odmawiający zgody podejrzany może być siłą zmuszony do

przekazania próbki porównawczej, a wyniki testowania jego DNA mogą posłużyć jako dowód winy. Jedynie Sędzia prowadzący śledztwo (*Investigation Judge*) jest władny zażądać pobrania materiału od podejrzanego na wniosek Oskarżyciela Publicznego (*Public Prosecutor*). Z zasady oskarżony też ma prawo żądać testowania DNA. Kompetencje sędziego są ograniczone do przestępstw, za które grozi kara uwięzienia na przynajmniej 8 lat, lub w wyjątkowych przypadkach (jak przestępstwa na tle seksualnym), kiedy grozi kara uwięzienia na co najmniej 6 lat.

- Podejrzany ma prawo do przetestowania DNA przez drugie laboratorium; tak aby wyniki były porównywalne.
- Laboratoria wykonujące testowanie DNA podlegają kontroli jakości i akredytacji.
- Ustalono drobiazgowo procedury dla zagwarantowania pewności analizy.
- Sposób przedstawiania opinii jest także uregulowany prawnie; w przypadku ustalenia zgodności profili musi zawierać prawdopodobieństwo przypadkowości takiego zdarzenia, a także dodatkowe wyjaśnienie, w którym opisane są detale procedury badania DNA.

Holenderskie prawo zapewnia utworzenie bazy danych profili DNA, od 1997 roku prowadzona jest ona przez NFI (Netherlands Forensic Institute) i podlega Rejestracji Danych Personalnych. Zarówno struktura bazy danych, jak i technologia (zastosowane układy STR to QUAD i heptaplex SGM) oparte są na doświadczeniach brytyjskiej Forensic Science Service. Profile DNA osób będą usuwane po trzydziestu latach od zarejestrowania, a śladów po osiemnastu latach.

Serology/DNA Department w NFI analizuje około 1400 spraw rocznie, w tym w około 250 przeprowadza się badanie DNA. Przewiduje się wprowadzanie do bazy danych około 1250 profili rocznie⁷.

W Szwecji w 1997 roku minister sprawiedliwości zadeklarował utworzenie narodowej bazy danych profili DNA i również tego roku przygotowano odpowiednio prawodawstwo. Prokurator ma prawo zażądać pobrania próbki krwi od podejrzanego, niezależnie od jego zgody.

- Szwedzka baza danych działająca od stycznia 1999 roku zawiera:
- profile DNA skazanych na uwięzienie na okres ponad 2 lata,
 - profile DNA śladów z niewyjaśnionych spraw,
 - porównania profili z różnych nierozwiązanych spraw, z osobami skazanymi oraz z osobami podejrzanymi.

7 A. Kloosterman, H. Janssen, Forensic DNA Testing and its Legislation in the Netherlands, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 55–58.

Dane z rejestru profili osób skazanych będą usuwane w 10 lat po uwolnieniu z więzienia, pod warunkiem, że skazani nie popełnią następnego wykroczenia. Dane z rejestru śladów będą usuwane po 30 latach. Szacuje się, że około 3000 profili rocznie będzie rejestrowanych⁸.

W Belgii analizy DNA przeprowadza się tylko na żądanie prokuratora lub sędziego. Materiał porównawczy (na przykład krew, ślina czy włosy) może być pobrany od podejrzanego tylko za jego zgodą, podejrzany musi być również poinformowany o celu wykonywanych badań. Sposób przechowywania wyników badań nie jest uregulowany prawnie; jak dotąd wszystkie wyniki (i bloty) są przechowywane w laboratoriach. Dopiero po bulwersującej opinii publicznej aktach pedofilii zaczęto dyskutować o konieczności utworzenia narodowej bazy danych profili DNA. Podstawą ma być rekomendacja European Council (R92)1 z 1993, a w szczególności rozdziały opisujące:

- badanie próbek i wymagania co do ich przechowywania,
- instrukcje techniczne,
- kontrole jakości i sposób akredytacji.

Struktura belgijskiej bazy danych działającej od września 1998 roku:

- Indeks Sądowy, który zawiera profile DNA śladów zabezpieczonych na miejscach zdarzenia (obecnie jest ich około 400 na rok), włączone tu są profile podejrzanych z nowych spraw, jako kontrola, czy podejrzany nie był wcześniej zaangażowany w niewyjaśnioną sprawę,
- Indeks Skazanych Sprawców, zawierający profile skazanych za określone przestępstwa,
- Indeks Osób Zaginionych, zawierający profile DNA rodziców i bliskich krewnych osób zaginionych, a także niezidentyfikowanych ciał lub ich części,
- Anonimowy Indeks Populacji i Subpopulacji, zawierający frekwencje alleli używanych układów, niezbędnych do obliczeń statystycznych⁹.

We Włoszech laboratoria wykonujące badania DNA należą do EDNAP (European DNA Profiling Group), co determinuje wybór stosowanych układów – celem jest osiągnięcie minimalnego wspólnego protokołu w analizach sądowych w Europie, dopuszcza się jednak używanie dodatkowych układów w celu rozszerzenia ekspertyzy. Prawo, uwzględniając fakt, że interes jednostki musi być zbalansowany z interesem społeczności, zakłada, że utajnienie danych osobistych i informacji medycznych musi zawierać wyjątki.

⁸ A. Jangblad, Status Report Regarding the National DNA Database in Sweden, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 53.

⁹ A. Leriche, B. Hoste, The Situation of DNA Analysis in Belgium, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 59–61.

Jednakże w 1996 roku wyrokiem Italian Supreme Court uznano, iż proste pobranie krwi w sprawie kryminalnej bez zgody oskarżonego jest naruszeniem jego prawa do osobistej wolności, gwarantowanym przez Konstytucję. Pobranie krwi w tym wypadku uznano za metodę inwazyjną, nie tylko z fizycznego, ale i z moralnego punktu widzenia. Konsekwencją tego wyroku jest, że tylko w ściśle określonych przypadkach ujawnia się wyższość racji społeczeństwa w skazaniu winnego przy użyciu dowodu z badania DNA nad wolnością sprawcy. Sprokowało to także ostre dyskusje nad pytaniami:

- jak powinno się postrzegać próbkę DNA?
- czy jest to część człowieka czy informacja o nim?

Oczywiste wydaje się Włochom, że narodowa baza danych jest najbardziej logicznym i pewnym sposobem na szybką identyfikację groźnych przestępców. Aby ją utworzyć powołano Narodową Komisję do Spraw Bioetyki, która miała przedstawić Parlamentowi zalety i ryzyko związane z ustanowieniem centralnej bazy danych profili DNA¹⁰.

W Danii badania DNA wprowadzono w 1980 roku. Wybór techniki dla identyfikacji osobniczej nie jest uregulowany prawnie. W 1996 roku na modelu państwowego rejestru odcisków palców postanowiono utworzyć centralny rejestr profili DNA. Oto ogólne założenia:

- rejestr profili DNA jest dołączony do państwowego rejestru przestępstw, który jest rejestrem komputerowym administrowanym przez policję,
- posiada statut wewnętrzny, jest narzędziem ułatwiającym identyfikację osób w pracy policyjnej, ma przechowywać informacje istotne dla policji,
- ma przechowywać informacje o skazanych za zabójstwa, napady, gwałty i inne poważne przestępstwa, także o podejrzanych i osobach zaginionych,
- rejestr może przechowywać wszelkie osobiste informacje o ludziach, które są niezbędne do identyfikacji osób,
- w przypadku ustalenia zgodności, przeprowadza się nowe badania weryfikujące.

Policja ma prawo do wykonywania wszelkich badań w sprawach karnych i decyduje, czy materiał powinien być pobrany i wysłany do badania genetycznego. Wszelkie próbki biologiczne pobrane od człowieka uważane są za „intymne” i mogą być pobrane wbrew woli podejrzanego tylko wówczas, gdy istnieje wystarczający powód by wierzyć, że dana osoba brała udział w prze-

¹⁰ E. d'Alòja, Ethical and Legal Issues of DNA Typing in Forensic Medicine: a Brief Survey on the Italian Situation, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 75–77.

stępsctwie, za które grozi kara co najmniej 1,5 roku pozbawienia wolności. Decyzja taka podlega zaskarżeniu przez sąd¹¹.

W Szwajcarii także utworzono ostatnio bazę danych profili DNA, która zawiera profile podejrzanych o dokonanie wszelkiego rodzaju przestępsctw, wliczając w to kradzieże, skazanych, śladów dowodowych oraz osób zaginionych. W przeciwieństwie do brytyjskiej bazy danych, profile osób uniewinnionych nie są usuwane z bazy danych.

Prace nad tworzeniem narodowych baz danych profili DNA rozpoczęto także w Finlandii, Norwegii, Czechach, Austrii i Hiszpanii^{12, 13}.

Szczególnie brutalne morderstwa, gwałty na nieletnich skłaniają władze państw do skuteczniejszej walki z przestępczością. Federalny minister spraw wewnętrznych Niemiec wiosną 1998 roku zarządził organizację centralnej bazy danych, która ma obejmować profile wszystkich przestępców. Bezpośrednią przyczyną stała się, obserwowana z wielką uwagą przez niemiecką opinię publiczną, masowa akcja analizy profili DNA od około 4000 mężczyzn zamieszkujących teren w pobliżu miejsca brutalnego zgwałcenia i zamordowania 11-letniej dziewczynki. Działania te doprowadziły do ujęcia sprawcy przestępsctwa, którym okazał się 30-letni karany już wcześniej za podobne przestępsctwo mężczyzna¹⁴. Gdyby istniała baza danych profili należących do osób karanych, ujęcie sprawcy byłoby o wiele szybsze i nie wymagało kosztownych analiz prowadzonych na tak wielkiej grupie osób¹⁵.

Ostatnio rozważa się utworzenie europejskiej bazy danych profili DNA. Wymaga to oczywiście pokonania pewnych trudności. Istnieją dosyć znaczne różnice w różnych krajach europejskich odnośnie możliwości pobrania próbek od podejrzanego i akceptacji dowodu DNA w procesie sądowym. Konieczne będzie zatem nie tylko utworzenie wspólnych standardów na poziomie technicznym (np. analizowane układy typu STR), ale również jednolitego i powszechnie akceptowanego prawa w kontekście różnych politycznych, historycznych i socjologicznych doświadczeń w poszczególnych krajach Europy.

11 N. Morling, DNA in Forensic Genetics in Denmark, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 43–46.

12 A. Carracedo, C. Pestoni, M. Guillen, The Situation of Forensic DNA Analysis in Spain, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 81–83.

13 B. Olaisen, The Legal Situation of Forensic DNA Analysis in Norway, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 47–49.

14 Q. Schiermeyer, German sex killings prompt decision to create a DNA database. *Nature* 1998, vol. 392, s. 749.

15 H. Schmitter, P.M. Schneider, Legal aspects of forensic DNA analysis in Germany, *Forensic Science International* 1997, vol. 88, s. 95–98.

IV. CODIS – baza danych profili DNA prowadzona przez FBI

CODIS – The Convicted Offender Index – utworzona przez FBI (w 1990 roku jako program pilotowy) zawiera profile DNA osób skazanych za przestępstwa na tle seksualnym i inne ciężkie przestępstwa. Z kolei The Forensic Index przechowuje profile DNA śladów biologicznych zabezpieczonych na miejscu zdarzenia. Jak dotąd, 48 z 50 stanów w USA posiada prawo umożliwiające pobieranie materiału genetycznego od skazanych sprawców w celu przechowywania go w bazie danych. Stany te zebrały już około 400 000 próbek, z czego przeanalizowano ponad 150 000. CODIS jest obecnie zainstalowana w 83 laboratoriach w 38 stanach oraz w Waszyngtonie. FBI zapewnia bezpłatnie oprogramowanie wraz z instalacją i przeszkoleniem pracowników wszystkim laboratoriom przeprowadzającym analizę DNA. Głównym celem działania CODIS jest przeszukiwanie bazy danych w celu znalezienia ewentualnych zgodności między profilami zabezpieczonymi na miejscach zdarzenia a profilami sprawców, a także przeprowadzanie badań populacyjnych.

V. Poglądy na wartość dowodu z ustalenia zgodności profili podczas przeszukiwania bazy danych

Jak powinien być oszacowany i prezentowany przed sądem dowód wynikający z identyfikacji podejrzanego poprzez przeszukiwanie bazy danych?

Raport National Research Council z 1992 roku rekomendował, że w takiej sytuacji powinno się zbadać dodatkowe loci (zarówno u podejrzanego, jak i w śladzie), po czym tylko oszacowana statystycznie frekwencja loci dodatkowo zbadanych powinna być prezentowana przed sądem. Sugerował też, że ponieważ znalezienie zgodności jest bardziej prawdopodobne przy przeszukiwaniu bazy danych, niż gdy tylko jedna osoba jest badana, to wynikający stąd dowód jest słabszy¹⁶. Trudno się zgodzić z takim poglądem, ponieważ ignorowanie faktu uzyskania zgodności podczas przeszukiwania bazy prowadzi do utraty informacji, ponadto jeżeli wiele loci użyje się do identyfikacji podejrzanego, to niewiele układów pozostanie już do przeprowadzenia późniejszej wyczerpującej analizy. Balding i Donnelly¹⁷ argumentują, że w sytuacji gdy tylko jedna osoba charakteryzująca się profilem DNA dokładnie zgodnym z poszukiwanym zostanie wytypowana na podstawie przeszukiwania bazy danych, to wartość

16 National Research Council, DNA Technology in Forensic Science, Committee on DNA Technology in Forensic Science, National Academy Press, Washington DC 1992.

17 D.J. Balding, P. Donnelly, Evaluating DNA Profile Evidence When the Suspect is Identified Through a Database Search, Journal of Forensic Sciences 1996, vol. 41. No. 4, s. 603–607.

takiego dowodu nie jest zredukowana względem sytuacji, gdy podejrzany został wytypowany na podstawie innych dowodów, a następnie przeprowadzono analizę DNA. Uwzględniając właściwe założenia dowód ten powinien być nawet nieco silniejszy. Intuicyjnie można to wyjaśnić następująco: przeszukiwanie bazy danych służy do eliminacji pewnych osobników jako możliwych źródeł śladu z miejsca zdarzenia.

Z kolei drugi Raport National Research Council z 1996¹⁸ roku rekomenduje przeprowadzenie prostej korekty do prawdopodobieństwa zgodności: należy je pomnożyć przez wielkość bazy danych, którą przeszukiwano. Balding i Donnelly także tej rekomendacji nie akceptują, gdyż byłoby to niezgodne z tym, że miarą siły dowodu jest iloraz wiarygodności (ang. *Likelihood Ratio*). Jeżeli określony człowiek jest sądzony, to dowód przeciwko niemu jest taki, że jego profil DNA jest zgodny z profilem DNA śladu z miejsca przestępstwa, podczas gdy profile wielu innych osobników nie są zgodne. Rozważmy hipotetyczny przykład, kiedy błąd laboratorium można zignorować, a dostępna baza danych zawiera profile wszystkich osobników na Ziemi. Jeżeli taka baza danych jest przeszukiwana i dokładnie jeden osobnik wykazał zgodność z profilem z miejsca zdarzenia, wówczas jest jasne, że to ten osobnik jest źródłem śladu. Używając zatem „poprawki” rekomendowanej przez NRC, dochodzimy do wniosku, że dowód z badania DNA nie ma żadnej wartości.

VI. Perspektywy tworzenia bazy danych profili DNA w Polsce

W prawodawstwie polskim brak jest ustawowej podstawy do stosowania przymusu bezpośredniego przy pobieraniu materiału porównawczego od osoby podejrzanej, podejrzanego i oskarżonego. Jest to zgodne z Europejską Konwencją Praw Człowieka. Jednak pewne ograniczenie dóbr osobistych i wolności jednostki w imię dobra całego społeczeństwa jest niekiedy konieczne, a możliwe jedynie na mocy przepisów rangi ustawowej. Wejście Polski do Unii Europejskiej prawdopodobnie wymusi na ustawodawcy podporządkowanie się powszechnej w Europie Zachodniej tendencji do tworzenia narodowych rejestrów profili DNA. Należy się liczyć z tym, że stworzenie centralnej bazy danych profili DNA stanowi przedsięwzięcie wymagające ogromnych nakładów finansowych. Niezbędna jest kadra doświadczonych ekspertów i specjalnie w tym celu zorganizowane laboratoria wyposażone w aparaturę zapewniającą maksymalną automatyzację i wiarygodność procesu typowania DNA. Doświadczenia krajów

¹⁸ National Research Council, *The Evaluation of Forensic DNA Evidence*, Committee on DNA Forensic Science: An Update, National Academy Press, Washington DC, 1996.

europejskich wskazują, że organizacja tego typu bazy danych nie należy do prostych, ale daje wymierne korzyści i w przyszłości powinna powstać również w Polsce.

VII. Podsumowanie

Coraz częściej wskazuje się na konieczność tworzenia baz danych gromadzących informacje na temat profili DNA przestępców, zwłaszcza w przypadkach przestępstw na tle seksualnym dokonanych na nieletnich, czy brutalnych morderstw. Prace nad tworzeniem baz danych profili DNA prowadzone są w większości krajów europejskich, a także w Stanach Zjednoczonych. Dotychczasowe doświadczenia wskazują, że baza danych pozwala znacznie przyspieszyć wyjaśnianie poważnych przestępstw, jak również umożliwia natychmiastowe wykluczanie niewinnie podejrzanych. Możliwe staje się także powiązanie różnych niewyjaśnionych spraw, poprzez ustalenie zgodności między profilami śladów zabezpieczonych na często odległych miejscach zdarzenia.

Jednym z punktów stanowiących konkluzje ze spotkania INTERPOL „European Working Party on DNA Profiling” jest wskazanie na konieczność wypracowania przez policję strategii dającej podstawy do tworzenia i efektywnego wykorzystania narodowych baz danych profili DNA.

W Polsce celem umożliwienia organizacji bazy danych profili DNA konieczne są, w świetle obowiązujących obecnie uregulowań prawnych, zmiany na poziomie ustawowym. Tworzenie bazy danych wiąże się z dużymi kosztami, nie mniej powszechnie uznano już fakt, iż może ona stanowić bardzo użyteczne narzędzie dla wymiaru sprawiedliwości.

Glosy



Kazimierz Zgryzek

Glosa do uchwały SN z dnia 19 sierpnia 1999 r., sygn. I KZP 21/99¹

Sąd Okręgowy rozpoznający na rozprawie wnioski prokuratora o umorzenie postępowania z powodu niepoczytalności sprawcy i o zastosowanie środków zabezpieczających (art. 354 pkt 2 *in principio* w zw. z art. 324 k.p.k.) orzeka w składzie określonym w art. 28 § 1 k.p.k. także wówczas, gdy ustawa za czyn objęty wnioskiem przewiduje karę 25 lat pozbawienia wolności lub dożywotniego pozbawienia wolności i rozstrzyga w przedmiocie tego wniosku postanowieniem.

Głosowana uchwała podejmuje niezwykle ważki i istotny problem stosunku przepisów normujących przebieg postępowania zwyczajnego do przepisów postępowania, o jakim mowa w art. 354 k.p.k., tj. postępowania inicjowanego wnioskiem prokuratora o umorzenie postępowania przygotowawczego oraz o zastosowanie środka zabezpieczającego wobec osoby, która dopuściła się czynu w stanie niepoczytalności. Zanim jednak rozważone zostanie zagadnienie stanowiące przedmiot zainteresowania najwyższej instancji sądowej, nie od rzeczy będzie przypomnieć, że w toku prac nad kształtem nowego kodeksu postępowania karnego wysuwane były w doktrynie postulaty ujęcia postępowania w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających (pomińmy tu spór dotyczący samej nazwy tego postępowania²) w formę postępowania szczególnego³, w którym zasady postępowania zwyczajnego znalazłyby zastosowanie tylko o tyle, o ile przepisy tego właśnie postępowania nie normowałyby określonych kwestii inaczej. Ten sposób normatywnego ujęcia gwarantowałby jasne i klarowne współzależności pomiędzy obu tymi postępowaniami, dokładnie wskazując te przepisy, które w postępowaniu w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających znalazłyby zastosowanie wprost, oraz te, które stosowane by w nim były odpowiednio. W doktrynie wskazywano także na

1 Biul. SN 1999, nr 8, poz. 4; OS PiP 1999, nr 10, poz. 11.

2 Por. bliżej K. Zgryzek, Orzekanie o środkach zabezpieczających wobec niepoczytalnych sprawców czynów zabronionych w świetle projektu kodeksu postępowania karnego w redakcji z lutego 1995 r., Przegląd Prawa Karnego, t. 13, 1995, s. 21.

3 Por. M. Lipczyńska, Stosowanie środków zabezpieczających jako tryb szczególny procesu karnego, Nowe Prawo 1978, nr 1; K. Zgryzek, Postępowanie w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających w polskim procesie karnym, Katowice 1989, s. 53 i n.

konieczność odmiennej regulacji składu sądu orzekającego w interesującym tu przedmiocie – proponowano mianowicie, by kwestia ta zawsze była przedmiotem analiz na rozprawie (poprzedzonej obligatoryjnym posiedzeniem przygotowawczym) w trzyosobowym składzie wyłącznie zawodowym⁴. Podnoszono, iż specyfika postępowania w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających jest tego typu, że uzasadnia rezygnację ze składu mieszanego, zawo-wo-ławniczego, a także – z tych samych powodów – rezygnację ze składu jednoosobowego.

Postulaty te nie zostały przez ustawodawcę w nowym kodeksie postępowania karnego z 1997 r. uwzględnione. Nie dość bowiem, że ustawodawca nie potraktował postępowania w przedmiocie zastosowania środków zabezpieczających jako postępowania szczególnego, ale nadto nie rozstrzygnął w sposób szczególny składu sądu orzekającego w przedmiocie wniosku prokuratora o zastosowanie tych środków. Oznacza to, choć na rozwinięcie tej tezy brak tu miejsca, że postępowanie określone w przepisie art. 354 k.p.k. nie jest postępowaniem szczególnym, zaś kwestię składu sądu normują przepisy inne niż przepis art. 354, skoro sam ten przepis o tym nie stanowi. Ze względu na to, że przedmiotem rozważań Sąd Najwyższy uczynił także zagadnienie dotyczące formy orzeczenia i forum jego wydania (zdaniem tego Sądu, także w razie rozstrzygnięcia wniosku na rozprawie orzeczenie końcowe przybiera postać postanowienia), warto wspomnieć i o tym, że kodeks w sposób dalece niejasny określił także forum rozpoznania wniosku, przyjmując ogólnie, że może to być zarówno rozprawa, jak i posiedzenie. Kwestia ta jednak zostanie tu pominięta⁵.

Przechodząc do zasadniczego wątku rozważań podnieść należy, co następuje. Jeśli przepis art. 354 k.p.k. poddać analizie z punktu widzenia relacji zachodzących pomiędzy regułami odnoszącymi się do określonego tym przepisem postępowania a regułami postępowania unormowanego poza tym przepisem⁶, to okaże się, że mamy tu do czynienia z dwoma zakresami stosowania w tym postępowaniu odpowiednich przepisów. Zgodnie z pierwszym z nich, w myśl art. 354 zd. 1, w postępowaniu w przedmiocie wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających stosuje

4 K. Zgryzek, Właściwość sądu do orzekania środków zabezpieczających na wniosek prokuratora – *de lege lata* i *de lege ferenda*, Nowe Prawo 1988, nr 2–3, s. 105 i n.

5 Por. zwłaszcza K. Zgryzek, Pozycja procesowa podejrzanego w postępowaniu w sprawie zastosowania środków zabezpieczających, (w:) U progu nowych kodyfikacji karnych. Księga Pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Leonowi Tyszkiewiczowi, Katowice 1999, s. 346 i n.; patrz również P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, Kodeks postępowania karnego. Komentarz, t. II, Warszawa 1999, art. 354, nb. 6 i n.

6 Nie sposób użyć tu określenia postępowania zwyczajnego, skoro – jak już podniesiono – postępowanie określone w art. 354 także jest takim właśnie postępowaniem.

się przepisy rozdziału, w którym zamieszczony został ten właśnie przepis, jednak z odmiennościami wynikającymi wprost z przepisu art. 354 (drugi zakres). W przepisie tym jednak nie ma mowy o składzie sądu orzekającego w przedmiocie tego wniosku, to zaś oznaczałoby konieczność sięgnięcia w tej kwestii po odpowiednio stosowane przepisy rozdziału 41 (art. 354 zd. 1 *in fine*). W rozdziale tym jednak również brak jest zapisów dotyczących składu, są natomiast zapisy (co wydaje się być rzeczą oczywistą, skoro mowa w nim o przygotowaniu do rozprawy głównej), odnoszące się m.in. do technicznych reguł wyznaczenia i przygotowania składu. Oznacza to, że aby ustalić skład sądu uprawnionego do rozpoznania wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, sięgnąć należy po zasady określone w przepisach art. 28 k.p.k., gdy chodzi o rozprawę oraz art. 30, gdy rzecz dotyczy posiedzenia.

Takie też wnioski zdaje się wysuwać z analizy regulacji prawnej dotyczącej orzekania w kwestii wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających Sąd Najwyższy. Jednak przyjęta przez ten organ konkluzja zdaje się dowodzić, że nie te względy decydować powinny o składzie sądu, lecz jakieś inne, których – ze względu na to, że uzasadnienie stanowiska SN nie zostało opublikowane – można się jedynie domyślać.

Kwestia składu sądu orzekającego na posiedzeniu (wypada wspomnieć, że z regulacji zamieszczonych w przepisie art. 354 zdaje się wynikać, iż możemy tu mieć do czynienia z „podwójnym” posiedzeniem), może tu zostać pominięta. Sąd Najwyższy bowiem, udzielając odpowiedzi na przedstawione mu przez sąd odwoławczy pytanie prawne, sformułował swoje stanowisko wyłącznie odnośnie składu orzekającego na rozprawie. Pozostając zatem przy tym forum rozpoznania sprawy należy stwierdzić, że w myśl przepisu art. 28 § 1 k.p.k., skład jednego sędziego i dwóch ławników jest regułą, od której wprowadzony został wyjątek generalny za pomocą słów „jeżeli ustawa nie stanowi inaczej”. Odstępstwa od reguły unormowane zostały przede wszystkim w art. 28 § 2 i 3. Z przepisów tych wynika dopuszczalność orzekania w składzie trzech sędziów zawodowych, jeśli sprawa jest zawiła (§ 2), bądź też w składzie dwóch sędziów zawodowych i trzech ławników, gdy przedmiotem rozpoznania jest przestępstwo zagrożone karą 25 lat pozbawienia wolności lub karą dożywotniego pozbawienia wolności. Dla porządku dodać tu należy, że odstępstwo od przytoczonej wyżej i ujętej w przepisie art. 28 § 1 zd. 1 reguły przewidują również przepisy zezwalające na orzekanie jednoosobowe (czyni tak np. przepis art. 476 § 1 zd. 1 zezwalający na orzekanie w postępowaniu uproszczonym w składzie uproszczonym, przepis art. 483 w zw. z art. 476 § 1 zd. 1 w postępowaniu zwyczajnym, gdy sprawa nie podlega rozpoznaniu w postępowaniu

uproszczonym). Pozostaje poza sporem, że w żadnym z wymienionych tu przepisów nie została przewidziana możliwość rezygnacji z większego składu sądu orzekającego na rozprawie uzasadnionej rodzajem sprawy będącej przedmiotem rozpoznania. Jest wręcz przeciwnie – to waga czynu może spowodować rozpoznanie sprawy przez skład kwalifikowany w stosunku do składu „zwykłego” (tak właśnie ma to miejsce na gruncie art. 28 § 2 k.p.k., gdy chodzi o zawiałość sprawy).

Wydaje się być także poza sporem, że sprawa, której przedmiotem jest kwestia zastosowania na wniosek prokuratora środków zabezpieczających po uprzednim jej umorzeniu, jest sprawą, którą bez wątpienia zaliczyć należy do zawiłych. Zaviałość ta wynika przede wszystkim z faktu, że prokurator w toku postępowania przygotowawczego, a sąd w postępowaniu zainicjowanym wnioskiem prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego, musi przeprowadzić i ocenić jeden z najtrudniejszych do oceny, lecz równocześnie najbardziej ważki z punktu widzenia jego znaczenia dla odpowiedzialności sprawcy – dowód z opinii biegłych lekarzy psychiatrów. Ponadto na zaviałość tę wpływ ma także fakt, iż na każdym etapie postępowania (tak w postępowaniu przygotowawczym, jak i jurysdykcyjnym) konieczne jest ustalenie istnienia każdej z przesłanek stosowania środka zabezpieczającego, wymienionych w art. 93 w zw. z art. 94 k.k., a zwłaszcza kwestii związku między czynem a chorobą sprawcy oraz kwestii wysokiego prawdopodobieństwa popełnienia przez sprawcę czynu ponownie. Sąd nie może poprzestać na przyjęciu za już udowodnione faktów, które leżały u podstaw wystąpienia przez prokuratora z wnioskiem o umorzenie postępowania i o zastosowanie środka zabezpieczającego. Ustalenia dokonane na etapie postępowania przygotowawczego wymagają krytycznej weryfikacji w toku postępowania jurysdykcyjnego. Sąd więc nie może przyjmować za udowodniony fakt popełnienia przez osobę, wobec której ma być zastosowany środek zabezpieczający czynu stanowiącego przedmiot postępowania, jeśli sam stosownych dowodów nie przeprowadził, nie może także przyjmować za udowodnioną tezę, że prawdopodobieństwo popełnienia przez tę osobę w przyszłości takiego czynu ponownie jest wystarczające do zastosowania środka zabezpieczającego. Przesłanki te (także pozostałe, które z punktu widzenia glosowanej tu tezy nie mają już takiego znaczenia) muszą być stwierdzone, by istniała podstawa do umorzenia postępowania i zastosowania środków zabezpieczających. Przedmiotem zatem postępowania jurysdykcyjnego inicjowanego stosownym wnioskiem prokuratora jest nie tylko kwestia zastosowania środka zabezpieczającego, ale nadto (a właściwiej: najpierw) kwestia sprawstwa osoby, wobec której środek ten ma być zastosowany. Jest więc sprawą oczywistą, że ustalenia te powinny być

dokonywane w takim samym składzie, jak ustalenia odnoszące się do sprawstwa osoby oskarżanej w trybie typowym.

Sąd Najwyższy takich racji zdaje się nie podzielać, gdy przyjmuje, że kwestię umorzenia postępowania i zastosowania środków zabezpieczających w każdej sytuacji, a więc także wówczas, gdy powód wszczęcia postępowania stanowił fakt popełnienia czynu zagrożonego karą 25 lat pozbawienia wolności lub karą dożywotniego pozbawienia wolności, rozpatrywać powinien skład tworzony przez jednego sędziego i dwóch ławników.

Jest rzeczą niezwykle trudną prowadzić polemikę z określonym stanowiskiem, jeśli nie są znane argumenty przemawiające, zdaniem broniącego tezy, za jej trafnością. Trudność ta wynikać musi także z faktu, iż nie są również znane powody, dla których sąd odwoławczy przedstawił Sądowi Najwyższemu pytanie prawne wymagające zasadniczej wykładni ustawy. Uzasadnienie przedstawionej wyżej uchwały nie zostało opublikowane i też pogląd ten wspierających można się jedynie domyślać.

W opublikowanej tezie Sąd Najwyższy odwołuje się do składu sądu, o jakim mowa w przepisie art. 28 § 1 k.p.k., tj. do składu najbardziej typowego, stanowiącego regułę: jeden sędzia i dwóch ławników, i akceptuje go nawet wówczas, gdy czyn, z powodu którego (w związku z którym) środek zabezpieczający ma być zastosowany, zagrożony jest karą uzasadniającą – w „normalnych warunkach” – skład kwalifikowany, tj. dwóch sędziów zawodowych i trzech ławników. Co miałoby stanowić podstawę prawną takiego składu i z jakiego powodu dopuszczalne ma być odstępstwo od normy o charakterze wyjątkowym, nakazującej (przepis art. 28 § 3 stanowi, że sąd orzeka) rozpoznanie sprawy w składzie kwalifikowanym?

Należy założyć, iż powodem udzielenia odpowiedzi na pytanie prawne stanowiło uznanie, że kodeks nie określił w sposób jasny i niewątpliwy składu sądu orzekającego na rozprawie (na posiedzeniu) oraz że są przyczyny, dla których nie będą tu miały zastosowania przepisy ogólne określające skład sądu (wspomniane wyżej przepisy art. 28 i 30 k.p.k.). W ślad za tym założeniem należałoby przyjąć, iż przedmiotem postępowania sądowego inicjowanego wnioskiem prokuratora o umorzenie postępowania i o zastosowanie środków zabezpieczających jest inna kwestia niż odpowiedzialność sprawcy za zarzucony mu czyn. Gdyby to założenie było trafne, to istotnie należałoby się zgodzić z tezą, że kodeks postępowania karnego nie normuje zagadnienia składu sądu uprawnionego do rozpoznania wniosku prokuratora, pozostawiając tę kwestię wykładni stosownych przepisów. Tak jednak nie jest.

Należałoby rozpocząć od stwierdzenia, że wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających nie jest dla sądu

wiążący. Sąd postąpi zgodnie z wnioskiem tylko wówczas, gdy potwierdzone zostaną dokonane w postępowaniu przygotowawczym ustalenia, że istotnie spełnione zostały przesłanki zastosowania środka zabezpieczającego. Jeśli tak się nie stanie, powinien rozważyć, co uczynić z dalszym postępowaniem. Umorzyć tego postępowania nie może, bowiem przesłanki stosowania środka zabezpieczającego nie zostały potwierdzone; nie powinien jednak także kontynuować postępowania, skoro wniosek prokuratora nie zastępuje aktu oskarżenia⁷. Pozostaje mu jedynie, aczkolwiek i to nie jest do końca jasne, zwrócić sprawę prokuratorowi. Zawsze jednak decyzja dotyczyła będzie czynu zabronionego popełnionego przez sprawcę, co do którego upadła teza o jego niepo czytalności.

W doktrynie i orzecznictwie, i to zarówno pod rządami dotychczas obowiązującego kodeksu postępowania karnego, jak i po 1 września 1998 r., tj. po wejściu w życie kodeksu z 1997 r., ukształtował się pogląd, iż sąd orzeka w rozszerzonym składzie (o którym mowa w przepisie art. 28 § 3 k.p.k. z 1997 r.) także wówczas, gdy kary przewidzianej za popełnienie przestępstwa uzasadniającej taki skład wymierzyć nie można, np. z uwagi na obowiązywanie zakazu reformationis *in peius*, czy obligatoryjność nadzwyczajnego jej złagodzenia⁸. W wyrażonym swego czasu stanowisku Sądu Najwyższego przedstawiony został pogląd, iż dotyczy to nawet sytuacji, w której w złożonej podmiotowo sprawie tylko jednemu z oskarżonych może zostać wymierzona kara uzasadniająca taki powiększony skład⁹. Taki skład, zdaniem doktryny jest konieczny także wówczas, gdy dopuszczalne jest orzekanie o zastosowaniu środka zabezpieczającego w trybie określonym w art. 354 k.p.k.¹⁰. Dla ustalenia składu sądu wiążące jest – wbrew stanowisku Sądu Najwyższego – nie to, jakie rozstrzygnięcie może zapaść w określonym postępowaniu w związku z zarzu-

7 Mamy tu do czynienia z kolejnym przeoczeniem ustawodawcy: wniosek nie jest traktowany jak pismo zastępujące akt oskarżenia (tak jak ma to miejsce w przypadku wniosku o warunkowe umorzenie postępowania – art. 71 § 2 *in fine* w zw. z art. 341 § 2 zd. 2 k.p.k.; jest jednak rzeczą co najmniej dziwną, że wnioskowi o ukaranie, aczkolwiek zastępuje on akt oskarżenia nie została przypisana rola podobna do tej, jaka ma do spełnienia wniosek o warunkowe umorzenie postępowania – *vide* art. 509 § 2 i art. 71 § 2 *in fine*), a równocześnie nie została przewidziana procedura zwrotu sprawy prokuratorowi, w celu uzupełnienia braków postępowania przygotowawczego. Rozważenie jednak tej kwestii w tym miejscu nie wydaje się zasadne.

8 Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, *op. cit.*, art. 28, nb. 6 wraz z cytowanymi tam wypowiedziami doktryny i orzecznictwa. Patrz również T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1998, s. 115.

9 Tak wyrok SN z 22 kwietnia 1971 r., II KR 14/71, OSNKW 1971, nr 11, poz. 176. Patrz również J. Bra to s z e w s k i, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, praca zbior. pod red. Z. G o s t y Ń s k i e g o, t. I, Warszawa 1998, s. 256.

10 Z. Ś w i d a, *Właściwość i skład sądu. Wyłączenie sędziego*, (w) *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks postępowania karnego. Krótkie komentarze*, z. 14, Warszawa 1998, s. 270.

conym oskarżonemu czynem, lecz to, jaką karą czyn ten jest zagrożony. W każdej bowiem sytuacji, w której przedmiotem postępowania jest czyn zagrożony karą wskazującą na konieczność orzekania w składzie powiększonym, odstąpienie od tego składu nie jest dopuszczalne.

Warto tu także podnieść, iż przepisy określające skład sądu orzekającego zarówno na rozprawie, jak i posiedzeniu, a także przez sąd I lub II instancji zostały w nowym kodeksie postępowania karnego znacznie uproszczone, przy równoczesnym ograniczeniu zakresu dopuszczalnych od reguły wyjątków¹¹. To jednak musi oznaczać, iż ze względu na wyjątkowy charakter tych przepisów, ich wykładnia winna być wykładnią ścisłą. Jeśli bowiem kodeks nie przewidział odrębnego składu sądu do orzekania w kwestii zastosowania środka zabezpieczającego, to musi to oznaczać, że kwestia ta jest rozpoznawana przez taki skład sądu, który wyznaczony jest przepisami ogólnymi. W przypadku więc czynu zagrożonego karą 25 lat pozbawienia wolności lub karą dożywotniego pozbawienia wolności – zawsze przez skład przewidziany przepisem art. 28 § 3 (dwóch sędziów i trzech ławników), nie zaś skład, o jakim mowa w art. 28 § 1 (jeden sędzia i dwóch ławników).

Przyjęty przez Sąd Najwyższy pogląd budzi wątpliwości także z innego punktu widzenia. Czyn zagrożony karą 25 lat pozbawienia wolności albo karą dożywotniego pozbawienia wolności stanowi zbrodnię (art. 7 § 2 k.k.), w sprawie której sądem właściwym rzeczowo – jest sąd okręgowy. Gdyby pójść tokiem rozumowania najwyższej instancji sądowej wskazującym na to, że to nie kwestia czynu zarzucanego oskarżonemu decyduje o składzie sądu rozpoznającego wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowania środka zabezpieczającego, lecz (jedynie – ?) kwestia zastosowania środka zabezpieczającego, to należałoby także przyjąć, że nie są tu również wiążące reguły ustalania właściwości rzeczowej sądu, a tym samym, że to nie sąd okręgowy (jak chce tego SN), lecz sąd rejonowy mógłby kwestię tę rozpoznać. Taka konkluzja również mogłaby być uznana za usprawiedliwioną, skoro kodeks w przepisie art. 324 nie precyzuje wprost sądu, do którego wniosek powinien być zgłoszony.

Wszystko to, co powiedziane zostało wyżej, pozwala stwierdzić, że wniosek prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środka zabezpieczającego powinien być rozpoznany przez skład sądu identyczny, jak ten, który wyznaczony jest przepisami o postępowaniu zwyczajnym, i nie zależy (z wyjątkami, o jakich mowa w § 2 i 3 art. 28) od rodzaju sprawy podlegającej rozpoznaniu. Mają tu zatem zastosowanie przepisy ogólne o składzie sądu,

¹¹ Por. Z. Świda, *op. cit.*, s. 268.

oczywiście różnym w zależności od tego, czy wniosek prokuratora rozpoznawany będzie na rozprawie, czy na posiedzeniu¹².

Na zakończenie przedstawionych tu rozważań warto wskazać na jeszcze jeden argument przemawiający przeciwko pogładowi prawnemu przedstawionemu przez Sąd Najwyższy. Oto bowiem w sytuacji, na tle której pogląd ten został wyrażony, doszło do zbiegu dwóch niezwykle istotnych okoliczności wskazujących raczej na konieczność rozpoznania sprawy w składzie „wzmocnionym” (kwalifikowanym) w stosunku do składu zwykłego. Pierwsza z tych okoliczności łączy się z zagrożeniem karą czynu zarzucanego oskarżonemu. Skoro ustawodawca określa zagrożenie popełnionego przez sprawcę czynu na tak wyjątkowo wysokim poziomie (*arg. ex art. 37 k.k.*), to musi to oznaczać, że także wysoce skomplikowany dowodowo materiał stanowić może podstawę rozstrzygnięcia. Druga łączy się z faktem, iż w stosunku do sprawcy zasadne jest przypuszczenie (wszak kwestia ta rozstrzygnięta zostanie ostatecznie dopiero przez sąd), że w chwili popełnienia zarzucanego mu czynu znajdował się w stanie niepoczytalności. Okoliczności te dowodzą wysokiego stopnia skomplikowania sprawy, obie też winny przemawiać przeciwko jakimkolwiek ograniczeniom w zakresie składu sądu orzekającego.

W konkluzji należy więc stwierdzić, że stanowisko Sądu Najwyższego jest nietrafne.

¹² Por. P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks...*, *op. cit.*, art. 354, nb. 10. Zob. również R.A. Stefański, (w) J. Bratoszewski i in., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, s. 118; K. Zgryzek, *Orzekanie...*, *op. cit.*, s. 29. Tak również co do posiedzenia T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1998, s. 709.

Recenzje



Jerzy Migdał

**Recenzja książki P. Kardasa, Przepięstwo
ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza
konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu,
zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw,
Wyd. „Zakamycze”, Kraków 1999, s. 330**

Ukazanie się na prawniczym rynku księgarskim monografii Piotra Kardasa pt. „Przepięstwo ciągłe w prawie karnym materialnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw” zasługuje na szczególną uwagę. Pojawiająca się w kilka miesięcy po wejściu w życie nowego polskiego kodeksu karnego książka odnosi się do jednego z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień w dogmatyce prawa karnego, wywołującego także bardzo poważne trudności w praktyce stosowania prawa. Praca, zgodnie z tytułem, poświęcona jest w całości problematyce tzw. przestępstwa ciągłego, którą autor analizuje w kilku płaszczyznach. Konstrukcja tzw. przestępstwa ciągłego, obecna w polskim piśmiennictwie karnistycznym oraz w polskiej praktyce stosowania prawa od ponad stu lat, szczególnie teraz wymaga pogłębionej analizy teoretycznej. Przyjęte w nowym kodeksie karnym rozwiązanie problemu ciągłości przestępstwa, sprowadzające się do rozbicia jednorodnej niegdyś konstrukcji tzw. przestępstwa ciągłego na dwie instytucje, tj. czyn ciągły uregulowany w art. 12 k.k. z 1997 r. oraz ciąg przestępstw uregulowany w art. 91 k.k. z 1997 r., zmusza teoretyków oraz praktyków prawa karnego do odejścia od tradycyjnych, utartych wręcz schematów myślenia o zagadnieniu ciągłości przestępstwa. Recenzowana monografia stanowi taką właśnie nowatorską propozycję analizy zagadnienia tzw. przestępstwa ciągłego. Poszukując istoty tej konstrukcji prawnej autor wskazuje na związki tzw. przestępstwa ciągłego z innymi instytucjami prawa karnego, a w szczególności z instytucją zbiegu przepisów, zbiegu przestępstw oraz tzw. przestępstw zbiorowych. To powinowactwo tzw. przestępstwa ciągłego do wymienionych wyżej instytucji prawnokarnych stanowi w recenzowanej monografii podstawę dla przyjęcia założenia, iż punktem wyjścia w rozważaniach poświęconych analizie problemu ciągłości przestępstwa uczynić należy kwestie związane z pojęciem czynu w prawie karnym oraz jego miejscem w strukturze przestępstwa. Temu problemowi poświęcony jest też pierwszy rozdział recenzowanej pracy. Poddając analizie pojęcie czynu w prawie karnym we wszystkich możliwych kontekstach autor

recenzowanej pracy dochodzi do wniosku, iż rozwiązanie problematyki czynu w prawie karnym, stanowiącej punkt wyjścia dla zagadnienia przestępstwa ciągłego, wymaga porzucenia tradycyjnego sposobu myślenia i przyjęcia perspektywy, w której czyn postrzegany jest jako model-wzór w prawie karnym. W takim ujęciu pojęcie czynu pogodzić można z jednej strony z wysoce kontrolerską kwestią statusu działań i zaniechań, z drugiej zaś z prawną metodą wyznaczania jedności-wielości czynu oraz stanowiących konsekwencję tego zagadnienia kwestii jedności i wielości przestępstw. W omawianej pracy, przyjmując taką właśnie perspektywę analizy czynu w prawie karnym, zakłada się także normatywny model wyznaczania jedności-wielości przestępstw. Podstawą normatywnego modelu wyznaczania jedności-wielości przestępstw autor monografii czyni dekodowane z przepisów prawa karnego struktury normatywne, a w szczególności zaś normę sankcjonującą. Normatywna formuła wyznaczania jedności-wielości przestępstw pozwala ominąć rafa, z jakimi borykali się przez lata teoretycy prawa karnego, sprowadzające się do schematycznego pytania o jednoczynowy lub wieloczynowy charakter tzw. przestępstwa ciągłego. W zarysowany w dwóch pierwszych rozdziałach omawianego opracowania kontekst, tzn. w perspektywie statusu pojęcia czynu w prawie karnym oraz jego miejsca w strukturze przestępstwa z jednej strony, a także w kontekście prawnej metody wyznaczania jedności-wielości przestępstw z drugiej, szczegółowej analizie poddane zostały w dalszej jego części tradycyjne koncepcje tzw. przestępstwa ciągłego. W rozdziale trzecim zawarte są rozważania dotyczące jednoczynowej koncepcji tzw. przestępstwa ciągłego, w rozdziale czwartym rozważania dotyczące wieloczynowej koncepcji tzw. przestępstwa ciągłego jako odmiany pomijalnego zbiegu, w rozdziale piątym zaś rozważania dotyczące tzw. przestępstwa ciągłego postrzeganego jako szczególny przypadek realnego zbiegu przestępstw. Wszystkie rozdziały poświęcone analizie tradycyjnych koncepcji tzw. przestępstwa ciągłego mają identyczną strukturę formalną. Analizie poddawane są w nich zarówno teoretyczne podstawy każdej z występujących w piśmiennictwie i literaturze koncepcji, jak i konsekwencje prawne wynikające z praktycznego ich wykorzystania. Na szczególną uwagę zasługuje kompleksowa analiza orzecznictwa SN związanego w różnych okresach z różnymi koncepcjami tzw. przestępstwa ciągłego. Rozważania poświęcone tradycyjnym koncepcjom tzw. przestępstwa ciągłego uzupełnione zostają o prawnoprównawcze aspekty fenomenu ciągłości przestępstwa. Omawiane opracowanie zawiera bowiem bardzo interesujące omówienie teoretycznych koncepcji oraz analizę orzecznictwa sądowego odnoszącego się do tzw. przestępstwa ciągłego w Niemczech, Austrii oraz Szwajcarii. Ten prawnoporównawczy element stanowi interesujący punkt odniesienia w polskich dyskusjach nad

tw. przestępstwem ciągłym. Wskazuje bowiem z jednej strony na fakt, iż tzw. przestępstwo ciągle stanowi problem teoretyczny i praktyczny nie tylko w Polsce, lecz także w krajach, które stanowią wręcz wzorzec kultury prawnej, z drugiej zaś na to, że rozwiązanie problemu ciągłości przestępstwa nie jest możliwe w oparciu o tradycyjne sposoby ujmowania tej instytucji prawnej. Obszerną analizę tego zagadnienia zawiera rozdział szósty omawianego opracowania poświęcony krytyce tradycyjnych koncepcji przestępstwa ciągłego w polskiej oraz niemieckiej nauce prawa karnego. Konstatacja, zgodnie z którą rozwiązanie problemu tzw. przestępstwa ciągłego wymaga porzucenia tradycyjnych schematów myślenia o tej instytucji prawnej, wyrażana wielokrotnie na stronach recenzowanego opracowania, stanowi pomost, po jakim jego autor przechodzi od analizy koncepcji tradycyjnych do rozważań poświęconych ustawowemu rozwiązaniu problemu tzw. przestępstwa ciągłego w nowym polskim kodeksie karnym z 1997 r. Rozdział siódmy poświęcony został próbie określenia istoty tzw. przestępstwa ciągłego w kontekście regulacji zawartej w art. 12 nowego kodeksu karnego. W istocie zawarte w nim rozważania nie tyle odnoszą się do przestępstwa ciągłego, co raczej stanowią teoretyczny opis oraz naukowy komentarz do wprowadzonej w tym przepisie nowej konstrukcji prawnej, nazywanej w omawianym opracowaniu, zgodnie z zaproponowaną przez twórców projektu terminologią, czynem ciągłym. Monografia zawiera szczegółową analizę stanów faktycznych stanowiących podstawę konstrukcji czynu ciągłego, charakteru prawnego reguły określającej instytucję czynu ciągłego wyrażonej w art. 12 k.k. z 1997 r., wreszcie konsekwencji prawnych wynikających z zastosowania tej instytucji w praktyce stosowania prawa. Rozdział ósmy, ostatni w recenzowanej monografii, poświęcony jest analizie konstrukcji ciągu przestępstw opisanej w art. 91 k.k. z 1997 r. Wychodząc od stanów faktycznych obejmowanych przez tę instytucję, przechodząc przez charakter reguły statuującej ciąg przestępstw i kończąc na analizie konsekwencji prawnych, do jakich prowadzi zastosowanie konstrukcji ciągu przestępstw w praktyce stosowania prawa, w rozdziale tym rysuje się panoramiczny obraz tej części dawnego przestępstwa ciągłego, która obecnie objęta została regulacją odnoszącą się do konstrukcji ciągu przestępstw.

Podsumowując można stwierdzić, że recenzowana praca znakomicie wpisuje się w aktualne potrzeby rynku prawniczego, przynosząc z sobą teoretyczną, jednakowoż uzupełnianą elementami praktycznymi analizę przyjętego w nowym polskim kodeksie karnym rozwiązania problemu ciągłości przestępstwa. Lektura tej pracy ukazuje teoretyczne podstawy przyjętych w nowym polskim kodeksie karnym rozwiązań, pozwala umiejscowić je w kontekście tradycyjnych koncepcji oraz stwarza podstawy do interpretacji nowych przepi-

sów w sposób uwzględniający ponad stuletni dorobek doktryny i orzecznictwa w sferze tzw. przestępstwa ciągłego.

Pozycję tę można i należy polecić nie tylko naukowcom i studentom nauk prawnych, lecz także praktykom wymiaru sprawiedliwości, jak również zwykłym czytelnikom, których interesują problemy prawa karnego.

Materiały szkoleniowe



Kilka uwag o okazaniu

W relatywnie krótkim okresie czasu polska literatura kryminalistyczna wzbogaciła się o cztery monografie, poświęcone zagadnieniom okazania (art. 65 § 1 pkt 1 d.k.p.k. oraz art. 74 § 2 pkt 1 i art. 173 § 1 k.p.k.)¹. Jeśli nadto weźmie się pod uwagę licznie w tych monografiach cytowane piśmiennictwo rodzime i zagraniczne, powstaje wrażenie, że z punktu widzenia możliwości nauki i potrzeb praktyki procesowej temat został wyczerpany. Kwestie, które wystąpiły w związku z wejściem w życie nowych kodyfikacji karnych, podjęto i wyeksplloatowało wielu autorów².

W tej sytuacji mogłem się pokusić o napisanie co najwyżej eseju. Jako eseście nie wypada głosić prawd. Nie ciąży na mnie obowiązek prowadzenia systematycznej analizy dotychczasowych publikacji. Mogę i powinienem natomiast podzielić się osobistymi spostrzeżeniami bez nadawania im cech pewności³. Intencją tej formuły wypowiedzi może być pobudzenie do przemyślenia wniosków, jakie nasuwa analiza jednostkowych, nietypowych sytuacji w praktyce dochodzeniowej i śledczej. One bowiem uzmysławiają sens oklepanego zdania, że „między A i nie A leży więcej niż cały alfabet”. Przesłanie tego aforyzmu przydaje się do rozwiązywania spraw szczególnie różniących się od uprzednio prowadzonych, trudnych do wtłoczenia w jakiegokolwiek schematy.

Otóż sądzę, że żadna systematyzacja i klasyfikacja rodzajów oraz metod czynności okazania nie odzwierciedla w pełni dynamicznie zmieniającego się stanu rzeczy. Indywidualność kryminalnych zdarzeń i ich sprawców powoduje, że misternie skonstruowane typologie w zetknięciu z rzeczywistością „pękają w szwach”. Zważywszy, że każda klasyfikacja naukowa jest umowna (jest

-
- 1 K. Piątkowski, *Okazanie. Studium kryminalistyczne*, Studia i monografie WSO MSW, Szczytno 1983; J. Wójcikiewicz, *Okazanie – studium porównawcze z pogranicza kryminalistyki i procesu karnego*, Wyd. UJ, Kraków 1985; tegoż, *Kryminalistyczna problematyka okazania osób*, Departament Szkolenia i Doskonalenia Zawodowego MSW, Warszawa 1988; E. Gruza, *Okazanie. Problematyka kryminalistyczna*, Wyd. Comer, Toruń 1995. Recenzję książki Ewy Gruzy opublikowałem w *Wojskowym Przeglądzie Prawniczym* 1997, nr 1, s. 141–147, podnosząc tam niewątpliwe walory tej monografii.
 - 2 Zob. np.: M. Lisiecki, *Okazanie w nowym kodeksie postępowania karnego*, *Prokuratura i Prawo* 1998, nr 3; J. Wójcikiewicz, (w:) *Kryminalistyka*, pod red. J. Widackiego, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 240–250; D. Kaczmarzka, *Przyczynek do prawnoprosesowej systematyki okazań*, *Prokuratura i Prawo* 1999, nr 7–8.
 - 3 K. Jaegermann, *Opiniowanie sądowo-lekarskie. Eseje o teorii*, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1991, s. 4.

kompromisem), można zastanawiać się nad użytecznością dociekań, czy okazywanie fotografii, względnie zastosowanie lustra fenickiego, uzasadnia zaliczenie danego okazania do przedmiotu pośrednich czy też bezpośrednich okazań. Im bardziej drobiazgowo porządkuje się pojęcia, tym bardziej tworzone z nich działy mogą odbiegać od ideału. Na przykład, M. Lisiecki wyróżnia następujące przedmioty okazania: osoba, rzecz, miejsce, zwłoki, zwierzęta oraz cechy i właściwości⁴. W przytoczonym przypadku można dyskutować, czy osobna specyfikacja „rzeczy” i „zwłok” nie stanowi przesady, skoro w prawie cywilnym, którego regulacji niepodobna lekceważyć, „zwłoki ludzkie mogą być traktowane jako rzeczy”⁵. Językoznawcy zaś wyrazy: „cecha” i „właściwość” uznają za bliskoznaczne⁶. Wszelkim dzieleniom i systematyzowaniom pojęć, metod etc. trzeba kłaść jakąś rozsądną tamę.

Z tych również przyczyn opowiadałbym się przeciwko przykładaniu zbyt wielkiej wagi do rozważań, mających na celu zaliczenie okazania do samodzielnych czynności kryminalistyczno-procesowych, specjalnego bądź szczególnego rodzaju przesłuchania itd. Wszak na chwilę odrywając się od *stricte* metodologicznych, abstrakcyjnych dyskusji, by z bliska przyjrzeć się bieżącej praktyce, z łatwością się zobaczy, że okazywanie z zasady przybiera postać hybrydyczną. Ta właściwość charakteryzuje nie tylko okazywanie. W nim jest zazwyczaj coś z przesłuchania, konfrontacji, eksperymentu, wizji lokalnej. Decydują o tym dwa czynniki: teoretyczny i praktyczny, wynikający z natury czynności. W pierwszym chodzi o zrozumiałe względy taktyki kryminalistycznej, w drugim przypadku zaś o (niekiedy) wręcz niedopuszczalność czy niemożność wytyczenia granic oddzielających spetryfikowaną postać okazania od pozostałych elementów dowodzenia.

Tak więc okazywanie, *nolens volens*, musi się rozpoczynać od przesłuchania uściślającego przesłanki uzasadniające podstawy faktyczne tejże czynności. Również przesłuchanie finalizuje ją w celu upewnienia się co do zasadności rozpoznania (nierozpoznania). Ale przecież nie sposób nie uprzedzić świadka, gdy staje oko w oko z okazywanym w paradzie podejrzanym, o odpowiedzialności za fałszywe zeznania (art. 233 § 1–2 k.k., art. 190 § 1 k.p.k.) i nie zadać mu – oprócz stereotypowych – innych jeszcze pytań, które doraźnie okażą się

4 M. Lisiecki, *op. cit.*

5 Kodeks cywilny z komentarzem, pod red. J. Winiarza, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1989, s. 59.

6 Słownik wyrazów bliskoznacznych, pod red. S. Skorupki, Wiedza Powszechna, Warszawa 1989, s. 16; Mały słownik języka polskiego, pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, PWN, Warszawa 1968, s. 68.

niezbędne. Na gorąco formułowane kwestie są podyktowane wskazaniem prakseologicznymi, sprawności i ekonomii śledztwa.

W skądinąd słusznej tendencji do naukowego perfekcjonizmu zaleca się też niekiedy postępowanie, które może prowadzić do skutków innych niż zakładane. Pomyślałem o tym czytając wyśmienite rozważania prof. Wójcikiewicza na temat „Identyfikacja na podstawie śladów pamięciowych. Okazanie”⁷. Twierdzi on, że należy jednakowo ubrać wszystkie osoby uczestniczące w paradzie (np. w kitle), a to w celu zapobieżenia nadmiernej koncentracji zainteresowania się świadka odzieżą okazywanych, to jest cechami grupowymi, i ukierunkowania jego obserwacji na wygląd twarzy, czyli na cechy indywidualne.

Naprawdę rodzi się wszakże pytanie: czyżby w okazaniu chodziło tylko o elementy twarzy? Z pewnością nie tylko, czemu Autor gdzie indziej daje wyraz. Idea słuszna, lecz kontrowersyjna. Wszak nie trzeba być aż wielkim Diorem lub „tylko” Barbarą Hass, aby móc docenić zależności *exterieur* człowieka od kroju, koloru i jakości materiału ubrania, od nakrycia głowy. Sylwetkę oraz karnację twarzy prezentowanej osoby można poprawić bądź pogorszyć, jednym słowem zmienić, odpowiednio dobranymi elementami obuwia, odzieży, nakrycia głowy.

Byłbym przeto ostrożniejszy i powiedziałbym tak, że zawsze należy dążyć do tego, żeby wygląd prezentowanego w paradzie obiektu był optymalnie zbliżony do „oryginału” postrzeganego przez świadka w czasie i miejscu zdarzenia. I to kryterium powinno przyświecać doborowi uczestników okazania.

Uderza ponadto upraszczanie dowodowej wartości rozpoznania (nierozpoznania). Na przykład, D. Kaczmarek pisze, że brak rozpoznania ma znaczenie dowodowe, albowiem „pozwała wykluczyć okazywaną osobę z kręgu zainteresowań organów prowadzących postępowanie, jako nie mającą związku ze zdarzeniem”⁸. Jest to pogląd za bardzo uogólniający, wymagający doprecyzowania motywowanego głównie doświadczeniem śledczym. Ono zaś poucza, że twierdzenie rozpoznającego, iż poszukiwanej osoby nie ma w danej paradzie, automatycznie nie zwalnia organu procesowego od sprawdzenia obiektywnej zasadności takiego wniosku. Świadek zwyczajnie może się mylić z wielu przyczyn, nie wspominając już o przypadkach jego złej woli.

Rozwaga w podejściu do efektu okazania jest zawsze pożądana. Nie bez znaczenia są konsekwencje poglądu, że istota poznawania rzeczy i jego wartość dowodowa polega na poszukiwaniu przesłanek. W razie prezentacji grupy osób ujemny wynik tej czynności może być następstwem fałszywych

⁷ J. Wójcikiewicz, (w:) Kryminalistyka..., *op. cit.*, s. 244.

⁸ D. Kaczmarek, *op. cit.*, s. 67.

przesłanek, *in concreto* z różnych powodów umykających spod kontroli organu procesowego.

I tu trąciłem w czułą strunę zagadnienia. Niektórym piszącym oraz praktykom śledczym i sądowym jakby nie wystarczało czasu na pogłębioną refleksję nad treścią i znaczeniem terminów: wartość diagnostyczna (identyfikacyjna) tudzież wartość dowodowa konkretnej czynności kryminalistyczno-procesowej, w tym przypadku – okazania. A przecież doktrynalnie zostały one od lat dopracowane i wprowadzone do naukowego języka kryminalistyki, w czym nie ma zasługa chęcińskich sympozjów kryminalistycznych⁹. W tym świetle wartość diagnostyczną metody (okazania) wyznaczają zwłaszcza dane świadczące o wpływie rozmaitych czynników na osiąganie rezultatów satysfakcjonujących prawnika–metodologa. Tę wartość określa się niekiedy dodatkowo słowami wskazującymi na jej wiarygodność, wydolność, efektywność identyfikacyjną.

Wartość dowodowa z kolei jest czymś innym niż znaczenie diagnostyczne. Może być ona wiązana tylko z konkretnym ustaleniem procesowym. Determinuje ją szereg mocno zróżnicowanych czynników, jak: prawna dopuszczalność danej metody, jej wartość diagnostyczna, kontekst innych dowodów, psychologiczne nastawienie organu procesowego do odnośnego źródła dowodowego itp.¹⁰.

Relacjonując ten nurt nauki kryminalistyki nie bez ważnych racji przypomnę stanowisko J. Wójcikiewicza, że okazanie charakteryzuje się raczej niską wartością diagnostyczną. A mimo to, ze względu na swą sugestywność, rozpoznanie przez świadka jest zwykle wysoko oceniane przez sąd jako dowód w sprawie, co rzutuje na dowodową wartość rozpoznania¹¹. Traktujący o tym w najnowszym podręczniku „Kryminalistyka” rozdział napisany przez tegoż Autora należy do tych, który nie tylko należy przeczytać, ale wprost musi się go przeczytać. Ten fragment dzieła, podobnie zresztą jak jego całość, daje sporo do myślenia.

Wobec dość niskiej wartości diagnostycznej okazania z naciskiem powtórzę zapatrywanie, że rozpoznanie (nierozpoznanie) samo przez się nie uprawnia

⁹ K. Sosin, Wyjaśnienia w kryminalistyce, (w:) Materiały III Chęcińskiego Sympozjum Metodologii Kryminalistyki, Wyd. UŚI, Katowice 1983; J. Konieczny, Identyfikacja kryminalistyczna jako diagnoza, (w:) Wybrane zagadnienia teorii i metodologii kryminalistyki, pod red. J. Władackiego, Wyd. UŚI, Katowice 1983, s. 100–105; T. Władła, Główne kryteria oceny dowodu z opinii biegłego, (w:) VIII Sympozjum Metodologii Kryminalistyki i Nauk Pokrewnych, pod red. J. Koniecznego, powielony maszynopis, Chęciny 1987, s. 88.

¹⁰ J. Władcki, Wprowadzenie do problematyki identyfikacji kryminalistycznej, (w:) Kryminalistyka, pod red. J. Władackiego, Wyd. C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 156–168.

¹¹ J. Wójcikiewicz, *op. cit.*, s. 249.

do stanowczych decyzji w rodzaju: tak – nie! Nierzadko to dopiero początek roboty śledczej.

Wydaje mi się, że niektórzy autorzy zestawiają, szufladkują i proponują reguły okazania dopasowywane do rozpoznawania za pomocą zmysłów, przede wszystkim wzroku i słuchu. Tą drogą zawęży się optykę problemu. Z. Czeczot i T. Tomaszewski trafnie podnoszą, że w praktyce śledczej występują przypadki rozpoznania dzięki także innym zmysłom, np. dotyku. Przekonuje o tym casus porwania i zabójstwa w 1932 r. dziecka znanego pilota K.A. Lindbergha. Osoba wręczająca okup porywaczowi zidentyfikowała go potem nie tylko po znamienym akcencie i złej wymowie angielskich słów, lecz także po sposobie uścisku dłoni¹². Analogiczny incydent zdarzył się i w mojej praktyce „powiatowej”. Pokrzywdzona już w pierwszym przesłuchaniu wyraziła zdanie, że złodzieja kieszonkowca rozpoznała po „szczególnie wydelikaczonej dłoni”, za którą przez moment udało się jej przytrzymać tego intruza.

Skąd jednakże wzięła się potrzeba psychiczna podzielenia się tymi spostrzeżeniami, z czego wynika ich uzasadnienie. Co tylko podany przykład i generalnie obserwacja „życia” naprowadzają myśl, że prokurator i policjant są skazani na częste improwizowanie rozwiązań metodyki czynności wykrywczo-dowodowych. Trudność w tym, że modyfikacje sposobu okazania powinny zapewniać: a) nienaruszanie przepisów procesowych, b) zachowanie przyzwoitości zawodowej, c) przybliżanie do prawdy, kto jest sprawcą danego czynu. Przypuszczam, że cztery kolejne przykłady z własnej praktyki rzucają nieco światła dodatkowego na sygnalizowane kwestie.

Przykład pierwszy. Będąc podprokuratorem Prokuratury Powiatowej otrzymałem zawiadomienie o znalezieniu na polnej ścieżce zwłok Henryka Z. Obok zwłok znajdował się jego rower. Ostatni raz – przed kilku godzinami – denata widziano wśród gości weselnych we wsi S. Stamtąd około godz. 23.00 rowerem odjechał w kierunku miejsca zamieszkania w osiedlu G.M. Jeden ze świadków zeznał, że jako nieproszony gość z dała usiłował podglądać przebieg weselnej zabawy i około wymienionej godziny zobaczył „wysokiego mężczyznę w szarym ubraniu i gumiakach z wywiniętymi cholewami w taki sposób, iż wokół podudzi widoczne były białe opaski”. Po stosownym doprecyzowaniu tej relacji doszło do typowania wersji osobowych, w tym także wersji Stanisława H. Dla ułatwienia dysputy nadmienię, że według biegłych Henryk Z. został ugodzony jeden raz w głowę narzędziem tępym o znacznej masie, np. grubym kołkiem. Pomimo poważnego obrażenia mógł jednak rowerem przejechać kilka kilometrów do

¹² Z. Czeczot, T. Tomaszewski, *Kryminalistyka ogólna*, Wyd. Comer, Toruń 1996, s. 141.

miejsca, gdzie postępujący obrzęk mózgu i wewnątrzczaszkowa ciasnota spowodowały upadek i zgon pokrzywdzonego Z.

Paradę osób okazywałem w ruchu i statycznie, w naturalnych warunkach, to jest w polu, w podobnej pogodzie i oświetleniu księżycem. Świadek skonstatawał zgodnie z oczekiwaniami tyle, że Stanisław H. ma sylwetkę, ubranie, buty oraz chód bardzo podobne do widzianych w krytycznym czasie i miejscu. Ten rezultat krzyżówki okazania z eksperymentem i wizją lokalną stał się impulsem do dokładniejszego sprawdzenia hipotezy, że Stanisław H. może być zabójcą. Maksymalnie streszczając ustalenia powiem, że po jednoznacznym wykazaniu mu braku alibi i udowodnieniu, iż wobec pokrzywdzonego żywił zadawniony uraz zrodzony na tle rywalizacji o jedną kobietę, podejrzany przyznał się do winy. Potwierdzały ją liczne poszlaki. Sąd podzielił tezy oskarżenia.

Drugi przykład dotyczy okazania połączonego z konfrontacją i przesłuchaniem. Był rok 1959. W odstępie kilkunastominutowym najpierw komendant Posterunku MO we wsi B., a następnie komendant Posterunku MO w miasteczku B. telefonicznie informowali mnie o niebywałej „kontrolu”, odbytej u nich tego samego dnia. Oto umundurowany kontroler, przedstawiający się jako „wicekomandor Marynarki Wojennej”, nie podający innych danych osobowych, w wyniku „inspekcji” wytknął im niedostatki w realizowaniu zadań służbowych i ustawowych. Komendant z miasteczka B. ponadto twierdził, że „wicekomandor” grożąc spowodowaniem kłopotów w pracy nauczycielce języka polskiego w tamtejszym liceum wymusił od niej „pożyczkę” w kwocie 300 zł. Nota bene, zarabiałem wtedy 1525 zł brutto. Wówczas jeszcze nie wiedziałem, że w Marynarce Wojennej nie ma stopnia „wicekomandora”. Niemniej z uzyskanych informacji wynikało uzasadnione podejrzenie, że doszło do uzurpacji władzy, gróźb karalnych i oszustwa. Poleciałem więc zatrzymać i doprowadzić domniemanego przestępcę do Prokuratury, m.in. w celu upewnienia się w kwestiach kompetencyjnych, czy faktycznie chodzi o wojskowego. Rychło zobaczyłem rosnącego, potężnie zbudowanego mężczyznę, liczącego około 40 lat, którego umundurowanie musiało wzbudzać duże zaciekawienie. Stał w zawadiacko na głowie ułożonym, bardzo obszernym, czarnym berecie z dwoma gwiazdkami. W bluzie koloru khaki zdobnej złocistymi guzikami metalowymi z wzorkami jakichś zwierząt i lśniącymi białą sznurami. Rajtuzy granatowe z lampasami, buty czarne z wysokimi cholewami, przykrywającymi kolana. I wreszcie, ostrogil! Barwy złotej, zastanawiająco długie, zakończone brzęczącymi kóleczkami.

A ileż zaskakujących ciekawostek i inspiracji kryło się w bagażu „wicekomandora”! Składały się na nie dokumenty opiewające na różne nazwiska i sugerujące, że hochsztaplerską i przestępczą działalność kontynuował on od dawna na terenie kilku województw. Na przykład, zastanawiało pozwolenie na broń

palną wydane mu przez Komendanta Wojewódzkiego w L. Stukartkowy zeszyt w kratkę, w którym znajdowała się notatka opatrzona stemplem i podpisem sekretarza Komitetu Wojewódzkiego PZPR w K., potwierdzająca fakt przeprowadzenia rozmów na temat uruchomienia (wydawania) z pomocą „wicekomandora” miesięcznika społeczno-kulturalnego. W tym samym zeszycie Prezes Sądu Wojewódzkiego w B. swoim podpisem i pieczęcią uwiecznił rozmowę o szczególe z administracji sądowej. Komendant Powiatowy OHP w I. własnoręcznie udokumentował fakt udzielenia temuż wyludzaczeni (w nagłej potrzebie) pożyczki w kwocie 600 zł. Tym razem przedstawiał się on jako oficer marynarki oddelegowany do Komendy Głównej OHP w Warszawie, skąd służbowo przybył do I. Na koniec tej wyliczanki jeszcze jedna perełka. Było nią poświadczenie przez zastępcę dowódcy do spraw polityczno-wychowawczych podwarszawskiej jednostki lotniczej, że „wicekomandor” organizuje amatorski teatr w tej jednostce. Ten dokument pozwolił wyjaśnić zagadkę, skąd podejrzany wzięt „taki” mundur. Wypożyczył go w całości z magazynu–rekwizytorni Teatru Słowackiego w Krakowie, oczywiście na potrzeby sceny wojskowej.

Przejdę do wstępnego przesłuchania. Na odnośne pytania odpowiadał po namyśle, posiłkując się zapiskami w kieszonkowym kalendarzyku, z którego odczytał, że nazywa się „Strzaska Ostroróg”, a mieszka „w Gdyni, ulica Kosynierów Czerwonych 144” itd. itp. Pilną rzeczą było zorganizowanie okazania go pokrzywdzonym i w ogóle świadkom. Ale, jak dopiąć, by w paradzie byli „podobni” przebierańcy, by zadość stało się podręcznikowym zasadom. Doszedłem, może do błędnego wniosku, że ten wysiłek byłby sprzeczny ze zdrowym rozsądkiem i techniczno-ekonomicznymi możliwościami, jakimi dysponowałem. Odstąpiłem od modelowego *entourage’u* okazania i prezentowałem podejrzanego w jego umundurowaniu bez przybierania innych osób. Rozpoznającym stawiałem pytania: czy, a jeśli tak, to gdzie, kiedy i w jakich okolicznościach spotkali tego mężczyznę.

Trzeci przykład. Czerpię go ze śledztwa przeciwko Zdzisławowi Marchwiciemu, podejrzanemu (i skazanemu) m.in. o dokonanie w dniu 11 października 1966 r. w Będzinie zabójstwa Jolanty Gierek. Ukradł jej zegarek marki „Wiesna”, którego karta gwarancyjna zachowała się u rodziców zmarłej. Z związku z tym przyjęto wersję, że sprawca może podjąć próbę sprzedaży łupu u zegarmistrzów, jubilerów lub na bazarze. Do tych założeń dopasowano czynności procesowe i operacyjne. W pierwszych dniach listopada 1966 r. ukrytą kamerą fotografowano bazar w Będzinie, od początku kontaktowano się z odpowiednimi rzemieślnikami. Jeden z nich powiadomił, że „taki zegarek” oddał do naprawy emerytowany górnik Alojzy M. Zabezpieczono dowód rzeczowy, następnie indywidualnie zidentyfikowany jako stanowiący własność Jolanty Gierek, a Aloj-

zemu M. przedstawiono zarzut paserstwa. Przekonująco tłumaczył się, że rzecz zakupił od dwóch opisanych przez niego mężczyzn na targu w Będzinie. Film, którego zaraz nie wywołano, zawieruszył się w Komendzie Wojewódzkiej MO i przy moim nacisku został odszukany dopiero w 1973 r. Obrazował on m.in. chwilę pertraktacji Alojzego M. ze Zdzisławem Marchwickim i najprawdopodobniej jego bratem Henrykiem. Biegli z zakresu antropologii, antropometrii i fotografii potwierdzili to zdanie. Zdjęcia utrwaliły również ówczesny wygląd bazaru, w następnych latach zupełnie przebudowanego. Aby zapobiec ewentualnemu zarzutowi zmanipulowania zdjęć (obrazów), odnaleziono dokumentację techniczną dawnego stanu bazaru i porównano ją z tymi zdjęciami. Uzyskano potwierdzenie autentyczności i wiarygodności tychże.

Formuła okazań musiała uwzględniać ogół tych okoliczności. Osoby i dowodowe fotografie były prezentowane świadkom i podejrzanym w różnych układach, optymalnie weryfikujących: kto, co i kiedy robił. Wszystko składało się na swoistą, zwartą całość, której szczegóły zahaczały o imponderabilia niejednego rodzaju czynności.

Czwarty przykład. Odwołam się do powszechnie znanej, swego czasu ostro dyskutowanej sprawy porwania w czerwcu 1970 r. z Płocka lek. med. Stefanii Kamińskiej przez Iwana Slezkę vel Zygmunta Bielaję. Kłopoty z rozpoznawaniem go uległy pogłębieniu dość nietypowo. Cechujący się niezwykłą przebiegłością i doświadczeniem agenta NKWD Iwan Slezko zaraz po zatrzymaniu i osadzeniu go w areszcie KGMO poprosił obsługę „o ostrzyżenie głowy na krótko ze względów higienicznych”. Prośbę aresztanta przyjęto bez podtekstów i włosy zostały ścięte na „zapałkę”. Potem czynił on wszystko, żeby nie odrosły do stanu sprzed zatrzymania. Sęk zaś w tym, że Slezko w czerwcu 1970 r. nosił fryzurę dość obfitą, średnio długą, przy czym bardzo charakterystyczny był kręcony lok (pęk) włosów opadający pośrodku czoła. Taki wygląd podejrzanego pamiętali świadkowie i taki również utrwalono ukrytą kamerą na progu baru „Piasł” w Płocku, gdzie miało dojść do odebrania okupu od wystannika Kazimierza Kamińskiego. Iwan Slezko, co oczywiste, stanowczo negował, by przyjechał do Płocka do baru „Piasł” w celu nawiązania kontaktu, o którym mowa.

Zbędnie tłumaczyłbym, że proces identyfikacji podejrzanego komplikował się. Takiego samego, jak w czerwcu 1970 r., nie można go było okazywać. Stąd na drugi plan, albo i na dalszy odeszło zastanawianie się nad systematyką okazań. Kwestie bezpośredniości czy pośredniości musiały być traktowane zgodnie z logiką faktów, że najwartościowszym materiałem identyfikacyjnym są fotografie osoby, w różnych konstelacjach okazywane świadkom.

Moje myślenie i znaki zapytania nie pretendują do oryginalności. Mam świadomość, że wielu prokuratorów i policjantów w swoich archiwach i zaka-

markach pamięci posiada podobne lub nawet ciekawsze przykłady, ilustrujące rzeczywistość śledczo-dochodzeniową, w której wszystko płynie (*panta rhei*) i z trudem mieści się w niejednym kanonie teorii. W tych meandrach praktyki nie pogubi się ten, u kogo wrażliwe sumienie, doświadczenie profesjonalne i gruntowna wiedza stanowią jedno.

Być może wyrażałem się nie dość jasno, wskutek czego moje intencje mogłyby być opacznie odczytywane. Z ostrożności zatem podkreślam, że byłem i jestem gorącym zwolennikiem maksymalnego wykorzystywania w praktyce procesu karnego całej oferty nauk sądowych (pomostowych). Wciąż zresztą usiłuję z nich czerpać inspiracje do kolejnych przemyśleń kwestii z pogranicza tych dwóch dziedzin: procesu i nauk sądowych.

Dlatego podsumowuję powtórzeniem, że ani kryminalistyka, ani żadna inna gałąź doktryny nie przewidzi i nie opracuje gotowej recepty na każdą ewentualność śledczą. Niemniej bez ich znajomości nie sposób rozwiązać występujących w praktyce nietypowych sytuacji w zgodzie z art. 2 k.p.k.

Odpowiedzi na pytania prawne



Wincenty Grzeszczyk

Zamach uzasadniający prawo do obrony koniecznej

1. W naszym kręgu kulturowym instytucja obrony koniecznej jest znana od dawna. Współcześnie przyjmuje się, że prawo do obrony koniecznej ma na celu nie tyle ochronę abstrakcyjnej idei prawa, ile konkretnych dóbr prawnych¹. Obronę tę uzasadnia bezpośredni, bezprawny zamach, czyli zachowanie stwarzające realne niebezpieczeństwo dla dobra chronionego prawem (art. 25 § 1 k.k.).

Zamachem jest najczęściej gwałtowne działanie o charakterze agresywnym. Może być nim również zachowanie bierne, polegające na zaniechaniu naruszającym lub zagrażającym dobru prawnemu, np. gdy sprawca narusza mir domowy i odmawia opuszczenia cudzego mieszkania². Sąd Najwyższy uznał za zamach zagrozenie drogi (poprzez stanięcie przez sprawcę na jej środku i niepozwalanie na przejazd) obciążonej służebnością przejścia i przejazdu³. Może być nim również agresja słowna – wypowiedanie słów obelżywych i wszelkiego rodzaju gróźb.

Prawo do obrony przysługuje wobec zamachu na „jakiegokolwiek dobro chronione prawem”, a zatem może on być skierowany nie tylko przeciwko życiu i zdrowiu, ale także przeciwko wolności, czci i nietykalności jednostki. Dobrem takim może być – jak już wspomniano – również mir domowy oraz upoważnienie do korzystania z przejścia i przejazdu w ramach ustanowionego orzeczeniem sądowym ograniczonego prawa rzeczowego (służebności).

2. W ramach obrony koniecznej można odpierać tylko zamach bezpośredni, a więc taki, który grozi natychmiastowym niebezpieczeństwem dla określonego dobra prawnego. Bezpośredniość równoległa do trwania zamachu zawsze uzasadnia obronę. Gdy jednak dobro jest bezpośrednio zagrożone obrona jest również uzasadniona przed atakiem, który ma w najbliższej chwili nastąpić. Nie można bowiem wymagać od zagrożonego, aby biernie czekał na wykonanie ataku, którego odparcie byłoby w wielu wypadkach już niemożliwością⁴. Dla

1 Zob. A. Marek, Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna, Warszawa 1999, s. 63.

2 Zob. L. Gardocki, Prawo karne, Warszawa 1999, s. 109; J. Wojciechowski, Kodeks karny. Komentarz i orzecznictwo, Warszawa 1997, s. 67; R. Góral, Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 1998, s. 47; A. Wąsek, Kodeks karny. Komentarz, t. 1. Gdańsk 1999, s. 299.

3 Wyrok SN z 22 sierpnia 1996 r., IV KKN 48/96, OSP 1997, nr 10, poz. 187 z aprobowaną glosą J. Satko, s. 496.

4 Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, pod red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 688.

przyjęcia znamienia bezpośrednio nie jest więc konieczne, aby atak na dobro już się rozpoczął lub żeby wystąpiło jego uszkodzenie⁵.

Nie występuje działanie bezpośrednio skierowane ku urzeczywistnieniu ataku, gdy napastnik nie przedsięwziął czynności charakteryzujących napaść. Jeżeli zagrożenie nie przekroczyło granic przygotowania (choćby karalnego), zamach nie cechuje się bezpośredniością zezwalającą na jego odpieranie w ramach obrony koniecznej. Nie może powoływać się na obronę konieczną także sprawca, który np. zainstalował urządzenie powodujące skutek śmiertelny lub uszczerbek na zdrowiu na wypadek, gdyby do jego domu próbował dostać się złodziej⁶. W takiej sytuacji występuje jedynie potencjalne, a nie bezpośrednie zagrożenie.

Bezpośredniość zagrożenia zachodzi wtedy, gdy istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa, iż zagrożone dobro zostanie zaatakowane bezzwłocznie⁷. Bezpośredniość ta musi być oceniana z uwzględnieniem konkretnych okoliczności zdarzenia, a zwłaszcza zachowania się osoby atakującej w całym jego przebiegu, a nie tylko w momencie podjęcia akcji obronnej. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy po pierwszym ataku i krótkiej przerwie napastnik zmierza do jego powtórzenia w najbliższej chwili⁸.

Zamach jest bezpośredni tak długo, jak długo utrzymuje się stan niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. W ramach obrony koniecznej można więc odebrać uciekającemu napastnikowi skradzioną rzecz⁹. Jeżeli zamach ma charakter przestępstwa trwałego (np. bezprawnego pozbawienia wolności), bezpośredniość istnieje dopóty, dopóki trwa stan bezprawia.

3. Prawo do obrony przysługuje jedynie wobec zamachów bezprawnych, a więc sprzecznych z porządkiem prawnym. Najczęściej są nimi zamachy przestępne, przy czym bezprawność zamachu nie jest zależna od ponoszenia odpowiedzialności prawnej przez napastnika. Można więc odpierać zamach ze strony osoby nieletniej lub niepoczytalnej, mimo iż takim sprawcom zamachu nie można przypisać winy.

Bezprawność zamachu występuje również np. w razie naruszenia posiadania¹⁰. Nie można też wyłączyć prawa do obrony koniecznej wobec działania w stanie wyższej konieczności, gdy chodzi o przeciwdziałanie skutkom poświę-

⁵ K. Buchała, A. Zoll, Kodeks karny. Część ogólna, Wyd. „Zakamycze”, Kraków 1998, s. 214.

⁶ J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 67.

⁷ Wyrok SN z 11 grudnia 1978 r., II KR 266/78, OSNKW 1979, nr 6, poz. 65.

⁸ Por. uchwałę SN z 31 marca 1988 r., I KR 60/88, OSNKW 1988, nr 9–10, poz. 64; wyrok SN z 8 lutego 1985 r., OSNKW 1985, poz. 92.

⁹ Por. K. Buchała, A. Zoll, *op. cit.*, s. 215.

¹⁰ Zob. A. Marek, Obrona konieczna w prawie karnym, Warszawa 1979, s. 47.

cenia dobra większej wartości dla ratowania dobra o wartości mniejszej (art. 26 § 2 k.k.)¹¹.

Pozbawione są cechy bezprawności działania funkcjonariuszy publicznych, podjęte przez nich w ramach wykonywania szczególnych uprawnień lub obowiązków, w granicach kompetencji i przewidzianym przez prawo trybie postępowania. Nie jest więc zamachem bezprawnym na wolność obywatela zatrzymanie go przez policjanta w razie wystąpienia uzasadnionego przypuszczenia, iż popełnił on przestępstwo, ani takim zamachem na mienie zajęcie rzeczy przez komornika wykonującego wyrok sądowy. Ewentualna niezasadność tej decyzji może być kwestionowana i wyjaśniana w odpowiednim trybie ustawowym.

Jeżeli jednak działanie funkcjonariusza nie jest w ogóle oparte na prawie (np. służy załatwieniu prywatnych porachunków), albo stanowi nadużycie prawa, np. bicie osoby zatrzymanej, usiłowanie kradzieży podczas przeszukania, wówczas jest ono zamachem bezprawnym upoważniającym do obrony koniecznej¹².

4. Prawo do obrony koniecznej przysługuje jedynie wobec zamachów rzeczywistych, a nie urojonych. Zamach urojony występuje wówczas, gdy ktoś sądzi, że jest przedmiotem zamachu, podczas gdy w rzeczywistości stan zagrożenia nie występuje (np. ze strony listonosza doręczającego nocą telegram). Do takich sytuacji należy stosować przepisy o błędnie co do okoliczności uchylających odpowiedzialność (art. 29 k.k.).

5. Prawo do obrony koniecznej nie przysługuje przy celowej prowokacji. Przyjęcie takiej możliwości prowadziłoby do zaakceptowania obrony koniecznej dla osłony przestępstwa¹³.

11 A. Marek, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 65.

12 A. Marek, *Komentarz...*, *op. cit.*, s. 66; K. Buchała, A. Zoll, *op. cit.*, s. 217–218; L. Gardocki, *op. cit.*, s. 110.

13 *Kodeks karny...*, pod red. G. Rejman, s. 695.

*Z orzecznictwa
Europejskiego Trybunału*



Bożena Gronowska

Sprawa Dalban przeciwko Rumunii¹ – problem legitymacji czynnej w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka oraz rola prasy w kontekście swobody wypowiedzi

Uwagi ogólne

Ustanowiona przez twórców Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r. (KE) instytucja skargi indywidualnej wywołała niewątpliwą rewolucję w zakresie tradycyjnego widzenia miejsca i roli jednostki w obrębie prawa międzynarodowego publicznego. Instytucja ta bowiem upodmiotowiła jednostki indywidualne, zapewniając im *locus standi* w procedurze międzynarodowej.

W oryginalnym kształcie KE z 1950 r., tj. przed reformą procedury kontrolnej dokonanej na mocy protokołu dodatkowego nr 11 z 1994 r. (protokół wszedł w życie 1 XI 1998 r.), zakres legitymacji czynnej regulował art. 25 (obecnie art. 34). Zgodnie z tym przepisem skargą indywidualną posłużyć się mogą następujące kategorie podmiotów: każda osoba fizyczna (*per analogiam* także osoba prawna w zależności od istoty danego prawa), organizacja pozarządowa lub grupa osób. Absolutnie wiodącym wymogiem przesądzającym o *ratione personae* było i jest zastrzeżenie, że podmioty te muszą twierdzić, iż stały się ofiarą naruszenia jednego z praw czy wolności uregulowanych w KE (także w merytorycznych protokołach dodatkowych do tego traktatu). Powyższy wymóg oznacza, iż w systemie KE można dochodzić jedynie własnych interesów, a zatem nie jest tu dopuszczalna tzw. *actio popularis*, czyli działanie w trybie skargowym na rzecz interesów innych podmiotów.

Powyższa zasada nie przekreśla możliwości dysponowania legitymacją czynną przez tzw. ofiary pośrednie, a więc osoby najbliższe w stosunku do bezpośrednio pokrzywdzonego, w sytuacji, gdy ten ostatni zmarł. Co jednak istotne, to fakt, iż ta kategoria ofiar nie wstępuje w prawa osoby zmarłej, a dochodzi swoich własnych roszczeń wiążących się z faktem śmierci ofiary bezpośrednio.

Prezentowana poniżej sprawa ilustruje to właśnie zagadnienie, i co więcej, dotyka dodatkowego aspektu legitymacji czynnej, tzn. sytuacji jej występowania

¹ Sprawa relacjonowana w oparciu o wyrok: Case of Dalban v. Romania, judgment, Strasbourg 28 September 1999.

w przypadku uzyskania przez pokrzywdzonego korzystnej dla niego decyzji końcowej. Dodatkowo, stan faktyczny sprawy Dalban przeciwko Rumunii ukazuje szczególnie rolę prasy w związku ze standardem swobody wypowiedzi, o którym mowa w art. 10 KE.

Stan faktyczny

Ionel Dalban był zawodowym dziennikarzem prowadzącym lokalny tygodnik „Cronica Romascană”. W dniu 23 września 1992 r. na łamach swojego czasopisma powód opublikował artykuł ujawniający serię poważnych oszustw i sugerujący jednoznacznie, iż osobą odpowiedzialną za te czyny był prezes państwowego gospodarstwa rolnego FASTROM. Autor artykułu odwołując się do sporządzonych ekspertyz fachowych szacował straty spowodowane oszustwami na sumę 23 mln lei. W treści artykułu znalazła się także sugestia, iż bezpośredni sprawca działań z pomocą jednego z aktualnych senatorów rumuńskich. Ten ostatni za swój udział w całym procederze – w opinii powoda – otrzymywał co miesiąc sumę setek tysięcy lei. W kolejnym artykule opublikowanym w styczniu 1993 r. powód ujawnił następną rewelację dotyczącą senatora, a mianowicie fakt, iż przez ponad rok senator korzystał w weekendy z państwowego samochodu należącego do FASTROMU, którym dowożono go i odwożono z lotniska.

Obie osoby „oskarżone” na łamach dziennika przez I. Dalbana złożyły zawiadomienie o popełnieniu przeciwko nim przestępstwa zniesławienia. W wyniku przeprowadzonego postępowania karnego właściwy sąd pierwszej instancji skazał powoda na karę 3 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania oraz zasądził w trybie procesu adhezyjnego odszkodowanie w wysokości 300 tys. lei dla obu poszkodowanych. Na mocy tego samego wyroku zakazano powodowi wykonywania zawodu na czas nieokreślony.

Warto zaznaczyć, że w trakcie przewodu sądowego ustalono, iż przeciwko prezesowi FASTROMU prowadzono wcześniej dwa postępowania przygotowawcze, w wyniku których nie udało się znaleźć podstaw do postawienia go w stan zarzutu. W odniesieniu natomiast do senatora ustalono, iż w kwestionowanym okresie jego dochody wynosiły 55 tys. lei (a nie „setki tysięcy”) oraz że władze lokalne miały obowiązek zapewnić senatorom środki transportu w celu ułatwienia wykonywania ich obowiązków i w tym właśnie przypadku władza lokalna zwróciła się do FASTROMU z prośbą o udostępnienie senatorowi samochodu.

Ionel Dalban odwołał się od wyroku skazującego sądu pierwszej instancji, kwestionując trafność poczynionych ustaleń faktycznych, choć przyznał, iż sam popełnił błąd w wyliczeniach dotyczących dochodów senatora. Nadal jednak utrzymywał, iż w przedstawionej dokumentacji rachunkowej istnieją ewidentne dowody na nielegalne operacje finansowe prowadzone przez prezesa FASTROMU. W grudniu 1994 r. sąd drugiej instancji utrzymał w mocy zaskarżony wyrok w zakresie kary pozbawienia wolności i zasądzonego odszkodowania, natomiast uchylił zakaz wykonywania zawodu z powodu „zastępującego na pochwałę zachowania się oskarżonego w trakcie procesu”. Wyrok ten zapadł większością głosów, a sędzia przegłosowany w swoim zdaniu odrębnym podkreślał szczególną rolę prasy w zakresie konieczności monitorowania różnych sfer życia publicznego.

Końcowym efektem rewelacji opublikowanych przez I. Dalbana było zwrócenie się przez parlamentarny komitet do spraw wykrywania nadużyć do prokuratora z wnioskiem o zajęcie się sprawą. Na całą sytuację nie pozostała obojętna także prasa, która żywo zareagowała na wyroki skazujące powoda, uznając je za akt wyraźnego zastraszania dziennikarzy.

W rezultacie tej atmosfery w kwietniu 1998 r. Prokurator Generalny wniósł do Sądu Najwyższego rewizję nadzwyczajną w sprawie I. Dalbana. W wyroku z marca 1999 r. Sąd Najwyższy uniewinnił powoda z zarzutu zniesławienia prezesa FASTROMU, uznając, iż powód działał w dobrej wierze, natomiast w stosunku do drugiego zarzutu wyrok uchylono i przekazano sprawę do ponownego rozpoznania. W związku ze śmiercią powoda w marcu 1998 r. postępowanie umorzono.

Stan prawny

W kwietniu 1995 r. powód skierował skargę do Europejskiej Komisji Praw Człowieka (EKPCz), w której stwierdzał, iż władze rumuńskie naruszyły jego swobodę wypowiedzi w rozumieniu art. 10 KE. Ponadto, w opinii powoda przeprowadzone przeciwko niemu postępowanie karne nie odpowiadało wymogom 6 § 1 KE. W swojej opinii końcowej ze stycznia 1998 r. EKPCz zajęła jednomyślne stanowisko odnośnie faktycznego naruszenia swobody wypowiedzi powoda, natomiast nie uznała za konieczne rozważanie sprawy przez przyzmat art. 6 KE.

W niniejszej sprawie strona rządowa kwestionowała przede wszystkim uzyskanie statusu procesowego pokrzywdzonego przez wdowę po powodzie, która po jego śmierci zadeklarowała chęć kontynuacji postępowania. Co więcej,

w opinii strony rządowej, legitymacja czynna w sprawie wygasła wraz z korzystną dla powoda decyzją Sądu Najwyższego.

Rozważając powyższe argumenty Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) stwierdził, iż fakt uzyskania przez powoda „decyzji czy środka dla niego korzystnego nie jest co do zasady wystarczający do pozbawienia go jego statusu ofiary, chyba że władze krajowe uznają w sposób wyraźny lub zasadniczy naruszenie Konwencji, a następnie przyznają mu w związku z tym zadośćuczynienie”².

W badanej sprawie decyzja Sądu Najwyższego uniewinniająca powoda w związku ze stwierdzeniem działania przez niego w dobrej wierze może być potraktowana jako „uznanie” w istocie, że swoboda wypowiedzi została nieustannie ograniczona, jednak w opinii ETPCz decyzja ta nie prowadziła do zapewnienia adekwatnego naprawienia szkody, tak jak wymaga się tego w świetle strasburskiego *case-law*. Wprawdzie – co podnosiła strona rządowa – w niniejszej sprawie istniała możliwość uruchomienia zarówno drogi cywilnoprawnej, jak i karnoprosesowej. Co jednak ważne, to fakt, iż obowiązująca w tym przypadku regulacja cywilnoprawna uzależniała odpowiedzialność od dowodu winy. Zdaniem sędziów ETPCz oznaczało to, iż możliwości uzyskania odszkodowania przez wdowę po powodzie były wysoce wątpliwe. Podobne stanowisko zajął ETPCz w odniesieniu do ewentualnej procedury karnej, gdyż wcześniejsze losy sprawy, a więc skazanie go w pierwszej instancji, utrzymanie wyroku przez sąd drugiej instancji, wreszcie złożenie rewizji nadzwyczajnej sprawiały, że „nie byłoby rozsądne domagać się od powódki uruchamiania kolejnego postępowania, którego wynik byłby co najmniej niepewny”. W konsekwencji powyższych stwierdzeń ETPCz uznał, iż wdowa po powodzie ma pełne prawo do twierdzenia, iż jest „ofiara” w rozumieniu art. 34 KE.

Zarzut merytoryczny podniesiony w prezentowanej sprawie dotyczy ingerencji w swobodę wypowiedzi. Ingerencja ta była niewątpliwie zgodna z obowiązującym prawem, a także była podjęta w związku z potrzebą ochrony usprawiedliwionego celu (ochrona reputacji konkretnych osób). Zasadniczy problem natomiast sprowadzał się do proporcjonalności zastosowanej ingerencji, a więc stwierdzenia, czy była ona rzeczywiście „konieczna w społeczeństwie demokratycznym”. Zgodnie z ustaloną linią orzecniczą ETPCz ocena występowania takiej konieczności odbywa się poprzez stwierdzenie, na ile kwestionowana ingerencja odpowiadała „palącej potrzebie społecznej”, na ile była proporcjonalna w stosunku do chronionego „celu prawowitego” oraz na ile

² Stanowisko takie sformułowano wcześniej w sprawie *Amur v. France*, judgment, Strasbourg 25 June 1996.

uzasadnienie podane przez władze krajowe było „odpowiednie i wystarczające”.

Odnosząc ten test do niniejszej sprawy ETPCz bardzo mocno wyeksponował zasadniczą rolę, jaką w społeczeństwie demokratycznym odgrywa prasa. Chociaż bowiem „prasa nie powinna przekraczać pewnych granic, zwłaszcza w zakresie reputacji i praw innych osób oraz potrzeby zapobieżenia ujawnienia informacji poufnych, to tym niemniej jej obowiązkiem jest rozpowszechnianie – w sposób zgodny z obowiązkami i odpowiedzialnością – informacji oraz idei dotyczących wszelkich spraw dotyczących interesu publicznego. Co więcej, ETPCz zdaje sobie sprawę z faktu, że wolność dziennikarska obejmuje także ewentualne posłużenie się przesadą, czy nawet prowokacją. W sprawach takich, jak niniejsza, krajowy margines swobody określony jest interesem społeczeństwa demokratycznego w zakresie umożliwienia prasie wykonywania jej słusznej roli „stróża publicznego” w zakresie upowszechniania informacji o poważnym znaczeniu publicznym”.

Analizując artykuły opublikowane przez powoda, ETPCz stwierdził, iż ich treść nie była całkowicie nieprawdziwa, a także celem autora nie było wzniecenie oszczerczej kampanii przeciwko obu osobom publicznym. Powód nie pisał o aspektach życia prywatnego tych osób, a jedynie o ich postawach i zachowaniu w sferze publicznej. W takiej sytuacji konsekwencje prawne, które dotknęły powoda w postaci skazania na karę pozbawienia wolności, przekroczyły granice proporcjonalności. W tej sytuacji ETPCz jednomyślnie stwierdził naruszenie art. 10 KE.

W sprawie tej także pojawiła się kwestia słusznego zadośćuczynienia, gdyż powódka złożyła wniosek o zasądzenie na jej rzecz z tytułu poniesionych szkód niemajątkowych (utrata dobrej reputacji) oraz majątkowych (zamknięcia gazety) stosownego odszkodowania. Rozpatrując ten wniosek ETPCz nie doszukał się istnienia związku przyczynowego pomiędzy roszczeniami powódki a wskazaną przez nią szkodą majątkową. Natomiast w odniesieniu do doznanej przez nią krzywdy ETPCz zdecydował, iż satysfakcja moralna płynąca z faktu wygrania sprawy na wokandzie międzynarodowej nie byłaby wystarczająca, i w konsekwencji zasądził na rzecz powódki kwotę 20 tys. lei.

Sprawozdania i informacje



Ryszard Walczak

II Konferencja Eurojustice (Rouen, Francja, 28–29 października 1999 r.)

W październiku 1999 r. w Rouen we Francji odbyła się II Konferencja Eurojustice, która zgromadziła prokuratorów z państw Unii Europejskiej i innych krajów, w tym tych, które są kandydatami do Unii Europejskiej. Konferencja stanowiła kontynuację pierwszej Konferencji Eurojustice, która miała miejsce w czerwcu 1998 r. w Noordwijk w Holandii. Organizatorem i gospodarzem spotkania była Francja. Celem konferencji było umożliwienie prawnikom praktykom wymiany informacji celem poszukiwania lepszych metod zwalczania przestępczości zorganizowanej, poprawy wymiany informacji, kooperacji, wspieranie inicjatyw oraz badań mających na celu głębokie poznanie i zrozumienie zjawiska przestępczości zorganizowanej w skali międzynarodowej i pomoc w działaniach na rzecz jej skutecznego zwalczania. Ma to bardzo istotne znaczenie teraz, kiedy wiele dziedzin naszego życia ulega radykalnym zmianom, a w przeszłość odchodzi społeczeństwo przemysłowe z gospodarką, dla której najważniejszą sprawą było wytwarzanie produktów materialnych, a jej miejsce zajmuje gospodarka cyfrowa z najważniejszym produktem i surowcem – informacją. Za tym procesem z trudem nadążają regulacje prawne, mimo że społeczeństwo w narastającym stopniu jest coraz bardziej zależne od systemu przetwarzania danych. W obliczu nowych szans i zagrożeń, jakie niesie za sobą rewolucja megabitowa, pojawiają się problemy w strukturach społecznych, gospodarczych i administracyjnych państwa. Problemy te wystąpiły ze szczególną ostrością w Polsce na początku lat 90., kiedy to produkcja i dystrybucja programów komputerowych, kaset wideo, wydawnictw książkowych, podrobionych wyrobów markowych firm etc. stały się zjawiskiem narastającym w sposób lawinowy. Istnieje konieczność skoordynowania wysiłków organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości na całym świecie, aby stawić czoło wyzwaniom przyszłości.

Otwarcia konferencji dokonała Minister Sprawiedliwości Francji Pani Elisabeth Guigou, a po niej głos kolejno zabrali Minister Sprawiedliwości Holandii Pan Albert Korthals i Minister Sprawiedliwości Hiszpanii Pani Margarita Mariscal de Gante.

Posiedzenia plenarne toczyły się wokół programów zwalczania przestępczości zorganizowanej, w tym zwalczania przestępczości informatycznej, prania pieniędzy oraz działań na rzecz pomocy ofiarom przestępstw. Głos zabierali

przedstawiciele Francji, Niemiec, Włoch, Szwecji, Finlandii, Holandii, Belgii, Polski i innych państw. W czasie posiedzeń plenarnych po wystąpieniach referentów z poszczególnych krajów były wygłaszane komentarze pozostałych uczestników tych posiedzeń i odbywała się ogólna dyskusja. Organizatorzy zapewnili tłumaczenia symultaniczne na cztery języki: angielski, francuski, niemiecki i hiszpański. Z państw kandydujących do Unii Europejskiej było po dwóch przedstawicieli. Z Polski jedynym uczestnikiem był piszący te słowa. Przedstawiciel naszego kraju wygłosił referat na sesji plenarnej, którą zatytułowano „Walka z przestępczością informatyczną w Polsce”, natomiast pozostali uczestnicy z państw ubiegających się o członkostwo w Unii Europejskiej nie mieli możliwości wystąpienia z referatem. Na konferencji głos kolejno zabrali: Christian Rysseguier, Szef Prokuratury Apelacyjnej w Rouen, który zaprezentował główne założenia i zadania, jakie konferencja postawiła przed jej uczestnikami i dbał o jej rytmiczny, niezakłócony przebieg. Prokurator Dato Steenhuis z Holandii przedstawił, jak wprowadzono w życie ustalenia konferencji, która odbyła się w czerwcu 1998 r. w Noordwijk, podkreślając aspekty praktyczne, w tym zwłaszcza kooperację między prokuraturami z poszczególnych krajów w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej. Te same kwestie podniosła w swoim wystąpieniu prokurator Ursula Reichling z Niemiec. Prokurator Corrado Lembo z Włoch omówił wieloaspektowość współpracy między prokuraturą a policją w realiach włoskich i podkreślił, że w Europie powinniśmy standaryzować kryteria tej kooperacji, zwłaszcza jeżeli chcemy skutecznie zwalczać przestępczość transgraniczną. Szef Prokuratury Apelacyjnej z Lyonu – Francois Falletti zaprezentował ideę nowych programów szkoleniowych przydatnych w szkoleniu sędziów i prokuratorów w zjednoczonej Europie, odnoszących się do krajów Unii Europejskiej. Przedstawicielka Szwecji Agneta Blidberg i Raija Toiviainen z Finlandii dzieliły się swoimi pierwszymi impresjami dotyczącymi działalności wymiarów sprawiedliwości tych krajów w sieci kooperacji zwanej European Judicial Network, podkreślając wagę bezpośrednich kontaktów prokuratorów, sędziów i policjantów w skutecznym zwalczaniu przestępczości, ze szczególnym położeniem nacisku na szybkość, bezpośrednią informację umożliwiającą skuteczne działanie. Peter Vallance z Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Wielkiej Brytanii i Winfried Schubert prokurator z Niemiec przedstawili swoje przemyślenia na temat oszustw związanych ze spekulacją akcjami i manipulowaniu podatkami w celu uzyskiwania nielegalnych dochodów i prania tych pieniędzy, by wpuścić je do legalnego obrotu finansowego. Problematyka ta, co obaj zgodnie podkreślali, wymaga od osób zajmujących się tymi kwestiami wąskiej specjalizacji, by być solidnym przeciwnikiem przestępców, którzy korzystają z pomocy i wiedzy doradców finansowych, prawnych etc.

Dwa referaty poświęcone były ofiarom przestępstw i ofiarom różnych katastrof, jak np. kolizji drogowej w tunelu pod Mont Blanc we Francji, gdzie zginęło wiele osób. Wygłosili je prokurator Helene Magliano, Szefowa Prokuratury Apelacyjnej w Dijon we Francji, i Carlos Ganzenmuller Roig z Hiszpanii. Zastanawiano się, jakie efektywne działania należy podejmować, jaka jest rola policji, prokuratury, kto powinien być głównym koordynatorem akcji ratowniczej, poruszono problemy udzielania szybkiej i sprawnej pomocy medycznej, związanych z tym odszkodowań finansowych itd. Generalnie uznano, że należy wypracować obowiązujące wszystkich standardy, ponieważ ułatwi to usuwanie skutków katastrof i pomoże efektywnie wesprzeć poszkodowanych, bez zbędnej mitręgi biurokratycznej. Ciekawostką konferencji było przedstawienie przez Pana Rogera Tacheau uwag i spostrzeżeń dotyczących zabezpieczenia przez policję i prokuraturę porządku w czasie Mistrzostw Świata w Piłce Nożnej, które odbyły się we Francji w 1998 r., oraz związanych z tym zagrożeń i trudności.

Krzysztof Karsznicki

Międzynarodowe Seminarium dotyczące konfiskaty i przepadku korzyści majątkowych pochodzących z przestępstw (Celle, Niemcy, 7–10 lutego 2000 r.)

W dniach 7–10 lutego 2000 r. w Celle (Niemcy) zorganizowane zostało przez Prokuraturę Generalną Dolnej Saksonii seminarium poświęcone stosowaniu przepisów prawnych dotyczących konfiskaty i przepadku mienia pochodzącego z przestępstw. Drugim istotnym tematem poruszonym podczas konferencji były instrumenty operacyjne wykorzystywane w ramach współpracy międzynarodowej w tzw. „postępowaniach transgranicznych”. Na konferencję zaproszeni zostali przedstawiciele organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości z 8 krajów Unii Europejskiej oraz z 8 krajów Europy Środkowo-Wschodniej.

Celem konferencji było porównanie przepisów prawnych obowiązujących w państwach europejskich w zakresie ścigania nielegalnych zysków oraz wykorzystania środków operacyjnych w postępowaniach karnych. Omówiono także problemy, przed jakimi stają często organy wymiaru sprawiedliwości i policja w sprawach, w których niezbędna jest pomoc prawna innych państw.

Zajęcia miały formę wykładów i ćwiczeń w grupach roboczych. Zajęcia te wykazały, że nie ma istotnych różnic pomiędzy przepisami państw europejskich regulującymi kwestie stosowania instrumentów operacyjnych w postępowaniach karnych.

Zainteresowanie wszystkich uczestników seminarium wzbudziła jednak instytucja tajnego funkcjonariusza policji w systemie niemieckim (tzw. Verdeckte Ermittler) uregulowana odmiennie niż w innych państwach.

Verdeckte Ermittler to funkcjonariusz policji, który ma za zadanie dostać się do grupy przestępczej w celu poznania mechanizmu jej funkcjonowania, a następnie zebrania dowodów. Zastosowanie tej instytucji jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy inne środki i metody śledcze nie przyniosły pozytywnego rezultatu i jednocześnie istnieją rzeczywiste podstawy do przypuszczeń, że dokonano czynu karalnego:

- dotyczącego nielegalnego obrotu narkotykami oraz bronią,
- fałszerstwa pieniędzy bądź papierów wartościowych,
- dotyczącego ochrony państwa,
- w ramach działań zorganizowanej grupy przestępczej.

Ukryci funkcjonariusze policji mogą poza tym zajmować się wykrywaniem przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności co najmniej 1 roku, jeżeli na podstawie ujawnionych okoliczności zachodzi obawa ponownego dokonania tego rodzaju przestępstw.

Wprowadzony do grupy przestępczej policjant występuje pod tzw. „legendą” (zmienioną tożsamością). W celu stworzenia legendy, mogą być sporządzane i zmieniane dokumenty oraz akta osobowe.

Powyższe warunki skorzystania z tej instytucji zostały określone w art. 110a StPO (niemieckiego kodeksu postępowania karnego).

Działalność ukrytego funkcjonariusza policji następuje po wyrażeniu zgody przez prokuraturę.

Istotne jest to, że osoba taka nie może popełniać żadnych przestępstw. W związku z tym działalność takiej osoby można sobie wyobrazić jedynie na tzw. „obręczach” zasadniczej grupy przestępczej. Dostanie się do jądra grupy jest praktycznie niemożliwe.

Uzyskane przez osobę tajną informacje wykorzystywane są w procesie sądowym. Jeżeli tożsamość tej osoby pozostaje w tajemnicy, jej przełożony – urzędnik policji, przyjmuje od niej zeznanie, a następnie występuje na rozprawie jako świadek. Jeżeli tożsamość osoby ukrytej przestała być zachowywana w tajemnicy, osoba ta osobiście składa zeznanie jako świadek.

Istotne różnice między przepisami prawnymi państw–uczestników seminarium zarysowały się w zakresie możliwości ściągania zysków pochodzących z działalności przestępczej.

Uczestnicy konferencji za najbardziej nowoczesny model prawny uznali system niemiecki, a następnie holenderski.

W systemie niemieckim spośród instrumentów prawnych służących pozbawianiu sprawców przestępstw osiągniętych przez nich nielegalnych zysków wyróżnia się: konfiskatę, przepadek mienia, zabezpieczenie majątkowe oraz zabezpieczenie gotówki, papierów wartościowych, kamieni szlachetnych i metali szlachetnych w przypadku podejrzenia transgranicznego „prania brudnych pieniędzy”.

1. Konfiskata (*Einziehung*)

Konfiskata uregulowana jest w § 74 niemieckiego kodeksu karnego i dotyczy tzw. „narzędzi przestępstwa” i „owoców przestępstwa”.

Zgodnie z treścią tegoż paragrafu konfiskata obejmuje przedmioty i prawa, które służyły do przygotowania bądź dokonania przestępstwa umyślnego, a także przedmioty i prawa, które są rezultatem tego przestępstwa.

Konfiskacie podlegają też przedmioty, które ze względu na ich rodzaj i okoliczności stanowią powszechne zagrożenie lub zachodzi uzasadnione niebezpieczeństwo, że zostaną wykorzystane do popełnienia przestępstwa. W tym przypadku konfiskata jest dopuszczalna nawet wtedy, gdy sprawcy nie można przypisać winy.

§ 74a niemieckiego kodeksu karnego przewiduje orzeczenie konfiskaty przedmiotów w stosunku do osoby, która nawet nieumyślnie umożliwiła popełnienie bądź przygotowanie do dokonania przestępstwa poprzez wykorzystanie przez sprawcę należących do niej rzeczy (np. użyczenie samochodu, który posłużył do dokonania czynu karalnego). Orzeczenie konfiskaty w takim przypadku jest możliwe, gdy przepis ustawy wyraźnie o tym stanowi.

2. Przepadek mienia (*Verfall*)

a. Przepadek w znaczeniu podstawowym

Zgodnie z treścią § 73 ust. 1 niemieckiego kodeksu karnego sąd obligatoryjnie orzeka przepadek zysków osiągniętych przez sprawcę lub uczestnika czynu, jeżeli zyski te pochodzą bezpośrednio z przestępstwa. Warunkiem przepadku na podstawie § 73 ust. 1 niemieckiego kodeksu karnego jest rzeczywiste posiadanie przez sprawcę bądź uczestnika czynu uzyskanego mienia.

b. Przepadek przeciwko „trzeciemu odbiorcy”

Dotyczy to sytuacji, kiedy sprawca lub uczestnik czynu działał na korzyść innej osoby i osoba ta weszła na skutek tego działania w posiadanie uzyskanego mienia. Przepadek stosuje się wówczas wobec tej osoby (§ 73 ust. 3 niemieckiego kodeksu karnego).

c. Przepadek przeciwko trzeciemu właścicielowi

Zgodnie z treścią § 73 ust. 4 niemieckiego kodeksu karnego sąd orzeka przepadek mienia stanowiącego własność osoby trzeciej, jeżeli osoba ta wiedziała o okolicznościach popełnionego przestępstwa i o okolicznościach pochodzenia posiadanego przez nią mienia.

d. Przepadek równowartości pieniężnej

Przepadek równowartości pieniężnej dotyczy sytuacji, kiedy pierwotnie uzyskana z przestępstwa korzyść nie istnieje. Sąd orzeka wówczas przepadek sumy pieniężnej, której wartość odpowiada wartości tego, co zostało uzyskane w wyniku przestępstwa.

e. Rozszerzony przepadek (wprowadzony do niemieckiego kodeksu karnego w 1992 r.)

Korzyść płynąca z tego uregulowania to redukcja wymagań dowodowych. Wystarczy udowodnić, że posiadane przez sprawcę mienie zostało uzyskane w sposób nielegalny, bez potrzeby wykazywania, że pochodzi z danego konkretnego przestępstwa, o które toczy się postępowanie.

3. Zabezpieczenie majątkowe

Według § 111b niemieckiego kodeksu postępowania karnego mogą być zabezpieczone przez zajęcie przedmioty, jeśli istnieją podstawy do przyjęcia, że zostały spełnione warunki ich przepadku lub konfiskaty. Dotyczy to również nieruchomości, przy czym nieruchomości są zabezpieczane przez odpowiednią adnotację w księdze wieczystej.

Decyzję o zabezpieczeniu majątkowym podejmuje sędzia.

4. Zabezpieczenie gotówki, papierów wartościowych, kamieni szlachetnych i metali szlachetnych w przypadku podejrzenia transgranicznego „prania brudnych pieniędzy”

Ustawą z 4 maja 1998 r. dotyczącą poprawy zwalczania przestępczości zorganizowanej zostały wprowadzone do ustawy o zarządzaniu finansami specjalne przepisy służące do walki z transgranicznym „praniem brudnych pieniędzy”. Zgodnie z tymi przepisami każdy, kto przekracza granice zewnętrzne Unii Europejskiej i przewozi gotówkę, papiery wartościowe, kamienie szlachetne bądź metale powyżej wartości 30.000 DM, powinien zgłosić ten fakt służbom celnym podając pochodzenie i cel wykorzystania środków. Przy podejrzeniu „prania brudnych pieniędzy” wymienione wyżej przedmioty bądź gotówka mogą być zatrzymane do 3 dni, a na mocy decyzji sędziowskiej – na okres do 1 miesiąca.

Oprócz działań legislacyjnych podjęto w Niemczech działania organizacyjne i strukturalne. Na szczególną uwagę zasługuje dolnosaksoński model organizacyjny wykorzystywany przy prowadzeniu śledztw wymagających sprawdzenia pochodzenia korzyści majątkowych.

Model ściągania zysków pochodzących z przestępstw wypracowany w Dolnej Saksonii opiera się na prowadzeniu śledztwa w sposób dwutorowy. Gdy jedna grupa robocza zajmuje się problemami winy i kary, gromadząc dowody w celu przedstawienia zarzutu, a następnie skierowania aktu oskarżenia, druga

grupa robocza zajmuje się ustalaniem stanu majątkowego sprawcy przestępstwa.

Wprowadzając ten model Niemcy wykorzystali doświadczenia amerykańskie. Dzięki takiej koncepcji rozdzielenia zadań Amerykanie mogli odnosić sukcesy.

Postępowanie konfiskacyjne przebiega następującymi etapami:

- ocena stanu majątkowego,
- czynności zmierzające do ustalenia pochodzenia i ustalenia tytułu własności,
- przygotowania do tymczasowego zabezpieczenia,
- wsparcie I grupy roboczej przy sporządzaniu aktu oskarżenia,
- wsparcie w trakcie rozprawy sądowej.

Kluczem do sukcesu jest ścisła współpraca pomiędzy wymiarem sprawiedliwości, policją, organami podatkowymi i celnymi. Przy Policji Kraju Dolnej Saksonii w ramach tego modelu stworzono 25 posterunków specjalnych grup śledczych zajmujących się konfiskatą.

Jednocześnie wyznaczeni zostali partnerzy kontaktowi w prokuraturze, w organach celnych, w organach podatkowych i w policji.

W Głównym Urzędzie Kryminalnym Kraju Dolnej Saksonii działa 5 urzędników, którzy tworzą Centralną Grupę Śledczą do Spraw Konfiskaty Nielegalnych Zysków (ZEGV). Zadaniem tej grupy jest koordynacja działań w terenie i doradztwo. Zajmuje się ona też szkoleniem i kształceniem.

Przy Prokuraturze Miasta Stołecznego Dolnej Saksonii, tzn. w Hannoverze, został utworzony samodzielny wydział specjalny do ściągania nielegalnych korzyści majątkowych, prania brudnych pieniędzy i walki z korupcją. Wydział ten doskonale wyposażony kadrowo i technicznie, zajmuje się wyłączenie badaniem pochodzenia majątku w prowadzonych sprawach karnych.

Pracę Wydziału można podzielić na dwie fazy:

- ukrytą (podczas której bada się pochodzenie majątku),
- jawną (gdy następuje przeszukanie i zajęcie mienia).

W pozostałych 10 prokuraturach Dolnej Saksonii działa po jednym stałym partnerze odpowiedzialnym za koordynację, kontakty i współpracę.

Opisany powyżej model ma być testowany do końca 2000 roku.

Już w tej chwili można mówić o pierwszych sukcesach. Do końca 1999 r. prokuratury Dolnej Saksonii ściągnęły mienie wartości 55 mln DM, z czego największa część przypada na nieruchomości (25.215,311 DM).

